

Estudios

- Alcune incoerenze nell'attuale disciplina sullo stabilimento delle società
Some inconsistencies in the current regulation of the right of establishment of companies
GIANLUCA CONTALDI 10
- Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo
Commercial arbitration and public policy in Spain and in comparative law: special reference to the European Union's public policy in the judicial review of awards
DIEGO AGULLÓ AGULLÓ 28
- Validez y eficacia traslativa de las cláusulas atributivas de jurisdicción en la contratación marítima internacional: Ley de Navegación Marítima (LNM) versus Reglamento Bruselas I bis a la luz de la STJUE de 25 de abril de 2024, *Maersk A/S y Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA contra Allianz Seguros y Reaseguros SA y MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co, C-345/22*.
International maritime contracting and autonomy of will: validity and translational effectiveness of clauses conferring jurisdiction. Maritime Navigation Law (LNM) versus Brussels I bis. Judgment of the 6th Court of Justice, April 25, 2024, Maersk A/S y Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA contra Allianz Seguros y Reaseguros SA y MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co, C-345/22
JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO 73
- Extensão de competência através de “pacto tácito de jurisdição”. Breves reflexões sobre o art. 26.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 (Bruxelas I Bis)
Prorogation of jurisdiction by “tacit agreement on jurisdiction” (prorogation by submission). Short reflections on article 26 of Regulation (EU) no. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 december 2012 (recast)
NUNO ANDRADE PISSARRA 97
- Problemas jurídicos en la venta paralela de productos de lujo (“accesible”): ¿Una industria multimillonaria que juega a dos bandas?
Legal problems in the parallel sale of products luxury (“accessible”): A multi-billion dollar industry that plays both sides?
ISABEL ANTÓN JUÁREZ 134

Erosionando la asimetría del arbitraje de inversión: hacia un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores <i>Eroding the asymmetry of investment arbitration: towards a model of environmental obligations for investors</i> PEDRO J. ARÁNGUEZ DÍAZ	201
Intermediarios en el Derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado <i>Intermediaries in European law: traces of their liability for lack of intermediated contract fulfilment</i> LIDIA ARNAU RAVENTÓS	223
La descarbonización del transporte marítimo y la problemática relativa a la prueba de las emisiones de efecto invernadero en la UE <i>Decarbonization of maritime transport and the problem related to proofing greenhouse emissions in the EU</i> SILVIA BADIOLA COCA	249
Translucent barriers that GAFTA award holders encounter when seeking to enforce them: the public policy exception as GAFTA's Achilles heel <i>Barreras translúcidas que se encuentra la parte vencedora de un laudo arbitral GAFTA cuando intenta ejecutarlo: la excepción de orden público como el talón de Aquiles de GAFTA</i> MÓNICA BENAVENTE NORZA	269
Contratación transfronteriza: necesidad e importancia de su armonización en un mundo globalizado <i>International legal contracting: the need for and Importance of its harmonization in a globalized world</i> EMMANUEL GUILLERMO CARREÑO BERNAL	281
Inteligencia artificial aplicada por las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño para mitigar los riesgos sistémicos en línea <i>Artificial intelligence applied by very large online platforms and search engines to mitigate systemic online risks</i> JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR	308
Efectos patrimoniales de las uniones familiares y cuestiones vinculadas desde una perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español: la atribución del uso del domicilio familiar tras la disolución <i>Property effects of couples and connected issue from a european and spanish PIL: the use of the family home after the breakout</i> CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ	329
The Fight Against Greenwashing in the European Union: Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, and the Portuguese Case <i>O Combate ao Greenwashing na União Europeia: A Diretiva (EU) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024 e o caso português</i> SÉRGIO MANUEL DA COSTA MACHADO	353
La regulación jurídica de la inteligencia artificial (IA) en Europa: dos pasos decisivos, aunque insuficientes, del Consejo de Europa y la Unión Europea * <i>The legal regulation of Artificial intelligence (AI) in Europe: two decisive (but insufficient) steps of the Council of Europe and the European Union</i> ELENA C. DÍAZ GALÁN	366
La circulación y el trasplante del modelo de arbitraje testamentario español en América Latina: entre mejoras y perspectivas de futuro <i>The circulation and legal transplant of the Spanish model of arbitration constituted by will in Latin America: between improvements and future prospects</i> ALFREDO FERRANTE	391

Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: el Tribunal de Casación francés marca la pauta. <i>Surrogacy abroad and exequatur: the French Court of Cassation sets the tone</i> Nota sobre Cass, 1re civ, 2 oct. 2024, n° 22-20.883, Cass. 1re civ, 2 oct. 2024, n° 23-50.002 y Cass. 1re civ, 14 nov. 2024, n° 23-50.016. ESTELLE GALLANT	407
Notificación de documentos extrajudiciales por notario en el ámbito de la Unión Europea: la designación de organismos transmisores y su comunicación a la Comisión. La elección de los medios notificación en función de sus efectos <i>Notarial Service of Extrajudicial Documents in the European Union: the Designation of Transmitting Agencies and its Communication to the Commission. The Choice of Means of Service Depending on its Effects</i> JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ	420
Las redes sociales a juicio. Patrones adictivos, datos y responsabilidad en la economía de la atención <i>Social networks on trial. Addictive patterns, data and responsibility in the attention economy</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	443
En el laberinto digital: las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOS) ante el derecho internacional privado europeo <i>In the digital labyrinth: decentralized autonomous organizations (DAOS) and European private international law</i> ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ	461
Apropiación cultural y moda <i>Cultural appropriation and fashion</i> MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO	478
Culpa in contrahendo: de la perspectiva histórica a los retos de la nueva revolución industrial. Una mirada a los Reglamentos base (1215/2012 y 864/2007) y a su enlace frente a los nuevos mecanismos de resolución de conflictos precontractuales <i>Culpa in contrahendo: from the historical perspective to the challenges of the new industrial revolution. A look at the basic regulations (1215/2012 and 864/2007) and their link with the new pre-contractual dispute resolution mechanisms</i> PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ	507
Nuevas reglas de la UE relativas al desistimiento del consumidor en los contratos a distancia sobre servicios financieros y a través de interfaces en línea <i>New EU rules relating to the consumer withdrawal in distance contracts on financial services and through online interfaces</i> LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO	527
La consideración comunitaria acerca de la liquidación simplificada de microempresas insolventes: una visión desde el Derecho español y portugués <i>The community consideration regarding the simplified winding-up of insolvent microenterprises: a view from Spanish and Portuguese Law</i> CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ	571
El hidrógeno en el marco de la Unión Europea: avances y obstáculos <i>Hydrogen in the European Union's framework: progress and obstacles</i> GUILLERMO MOYA BARBA	597
La desestimación temprana en el arbitraje comercial internacional y su adopción por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional <i>Early dismissal in international commercial arbitration and its adoption by the United Nations Commission on International Trade Law</i> FERNANDO ORRANTIA DWORAK	619

	Neuroderechos: relevancia jurídica y regulación a través de Derecho comparado <i>Neurorights: legal relevance and regulation through comparative law</i> MARÍA TRINIDAD PLÁ HERRERO	631
	Exequátur sobre incapacidad y privación de derechos en materia electoral. Un estudio desde la perspectiva del DIPr y del Derecho comparado, a la luz de la sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida en el Rol nº 87.878-2023 <i>Exequatur on incapacity and deprivation of rights in electoral matters. A study from the perspective of PIL and Comparative Law, in the light of the judgement of the Supreme Court of Chile in case no. 87.878-2023</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO / ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ	654
	From the 2001 Evidence Regulation to its 2020 Recast: what does it remain and has it changed? <i>Del reglamento de obtención pruebas en material civil y mercantil del 2001 a su refundición del 2020: ¿qué permanece y qué ha cambiado?</i> CARLOS SANTALÓ GORIS	671
	I doveri degli amministratori in prossimità della crisi nel diritto italiano e spagnolo alla luce della direttiva <i>Insolvency</i> <i>Directors' duties in proximity of crisis in Italian and Spanish law in the framework of the Insolvency Directive</i> STEFANIA SERAFINI	682
	Las plataformas creadoras de mercado como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen <i>Market makers platforms as “false intermediary platforms” and responsible for the products or services they offer</i> EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA	703
<hr/>		
El Derecho internacional privado e interregional español en el cincuenta aniversario del Título Preliminar del Código Civil	Elaboración y significado de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 en el Derecho internacional privado español <i>Drafting and significance of the reform of the Preliminary Title of the 1974 Civil Code in the Spanish private international law</i> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS	735
	Significado de la reforma para el Derecho interregional <i>Meaning of the reform for interregional Law</i> RAFAEL ARENAS GARCÍA	827
	Modificaciones del Capítulo I , posteriores a la Constitución Española <i>Amendments To Chapter IV, subsequent to The Spanish Constitution</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	878
Directores José Carlos Fernández Rozas	Incidencia de la europeización del Derecho internacional privado <i>Impact of the europeanization of Private international law</i> PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO	907
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	Reflexiones en torno al frustrado proyecto español de Ley Especial de Derecho Internacional privado <i>Reflections on the frustrated Spanish project for a Special Law on Private International Law</i> GUILLERMO PALAO MORENO	933
	Derecho de la persona y de la familia <i>Person and family Law</i> PILAR BLANCO-MORALES LIMONES	955

Las reglas del Título Preliminar del Código Civil en materia patrimonial <i>The rules of the Preliminary Title of the Civil Code on patrimonial matters</i> SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO	986
Sucesiones <i>mortis causa</i> <i>Succession mortis causa</i> ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	1014
Permanencia del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil: Tratamiento de los problemas generales de aplicación <i>Permanence of Chapter IV of the Preliminary Title of the spanish civil code: The conflict rule and its problems of implementation</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1056
Incidencia del art. 149.1.8ª de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil <i>Incidence of art. 149.1.8ª of the Constitution in Chapter V of the Preliminary Title of the Civil Code</i> ALBERT FONT I SEGURA	1162
Relaciones entre los Capítulos IV y v del Título Preliminar del Código Civil en la aplicación del Derecho civil de las comunidades autónomas <i>Relationships between chapters iv and v of the preliminary title of the civil code in the application of civil law of the autonomous communities</i> JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO	1197
<hr/>	
Varia	
Transformación digital del transporte marítimo: Blockchain para la ventanilla única europea <i>Digital transformation of maritime transport: blockchain for the European single window</i> JAVIER MARTÍNEZ BOADA	1234
Contratos internos, internacionalidad y prorrogación de la competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de febrero de 2024, asunto C 566/22 <i>Internal contracts, internationality and jurisdiction clause. Purpose to the CJEU judgement of 8th February 2024, case C-566/22</i> LUIS F. CARRILLO POZO	1245
De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, Mirin <i>From gender identity to free movement in the European Union. Another step in the right direction at the mercy of the CJEU of 4 October 2024, C-4/23, Mirin</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	1260
¿Se están desdibujando los límites entre la jurisdicción ordinaria y el procedimiento arbitral? A propósito de la intervención de la jurisdicción penal en el caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia <i>Are the Boundaries Between Ordinary Jurisdiction and Arbitral Proceedings Blurring? The Intervention of Criminal Jurisdiction in the Heirs of the Sultan of Sulu vs. the Federation of Malaysia case</i> IGNACIO FORNARIS VALLS	1270
El difícil diálogo entre la jurisdicción nacional y el TJUE: el caso español de los indefinidos no fijo <i>The difficult dialogue between national jurisdiction and the CJEU: the Spanish case of non permanent employment of indefinite duratio</i> <i>The difficult dialogue between national jurisdiction and the CJEU: the Spanish case of non permanent employment of indefinite duration</i> FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA	1288

Denegación indebida de la ejecución de un laudo y responsabilidad ante el TEDH (BTS c. Eslovaquia) <i>Wrongful refusal to enforce an award and liability before the ECtHR (BTS v. Slovakia)</i> INÉS VÁZQUEZ GARCÍA / INÉS PUIG-SAMPER NARANJO / VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ	1297
Mejor último domicilio conocido (en la UE) que domicilio por conocer. La determinación de la competencia judicial internacional en un contrato celebrado con un consumidor, a propósito de la STJUE de 11 de abril de 2024, <i>Credit Agricole Bank Polska</i> , C-183/23 <i>Better the Last Known Domicile (in the EU) than an Unknown One: The Determination of International Jurisdiction in a Contract Concluded with a Consumer, Regarding the CJEU Judgment of 11 April 2024, Credit Agricole Bank Polska, C-183/23</i> ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ	1305
Transport of Human Reproductive Samples and Regulatory Security Controls Systems in EU Airports <i>El transporte de las muestras reproductivas humanas y la regulación de los controles de seguridad en los aeropuertos de la UE</i> MARIO MONACO	1315
International Jurisdiction in Diesel Emissions Claims under the Brussels Ibis Regulation <i>La giurisdizione internazionale nelle controversie sulle emissioni Diesel in base al Regolamento Bruxelles Ibis</i> REBEKKA MONICO	1323
The EU Declaration on the legal consequences of the Komstroy judgment on intra-EU arbitration under the Energy Charter Treaty <i>La Declaración de la UE sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia Komstroy sobre el arbitraje intracomunitario bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía</i> JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA	1334
Algunas observaciones sobre la Ley aplicable a la determinación de la filiación natura (art. 9.4.I Ce): Análisis de la SAP Valencia nº414/24 de 26 de junio <i>Some observations on the law applicable to the determination of natural filiation (art. 9.4.I Ce): analysis of the Valencia SAP of June 26</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	1349
Rapto Internacional de Crianças - Comentário ao Processo C-35/23 do Tribunal de Justiça da União Europeia <i>International Child Abduction - Commentary on the Case C-35/23 of the Court of Justice of the European Union</i> ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES	1359
<hr/>	
Recensiones	
RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ. <i>Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional.</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	1367
ALFONSO YBARRA BORES. <i>Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés.</i> ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT	1371
B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.). <i>Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111.</i> ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT	1375
CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ. <i>Litigación internacional en la Unión Europea (VII): Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019.</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	1378

E. J. BRÖDERMANN. <i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - An Article-by-Article Commentary.</i>	
E. J. BRÖDERMANN. <i>Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales - Commentarios artículo por artículo.</i>	
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	1384
ELSA DIAS OLIVEIRA. <i>Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o estudo da Parte Geral.</i>	
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	1387
SILVIA VILAR GONZÁLEZ. <i>Madre legal, abuela biológica. Sobre la filiación, la fecundación post mortem y otras cuestiones jurídicas.</i>	
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	1392
A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (directores), D. CARRIZO AGUADO (coordinador). <i>Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional.</i>	
MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN	1395
I. ANTÓN JUÁREZ. <i>La distribución de productos de lujo en la Unión Europea. Estudio en torno al Reglamento (UE) n° 2022/720, aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.</i>	
FERNANDO DIEZ ESTELLA	1397
ANA FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.). <i>Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones.</i> (IV Foro Europeo de Derecho internacional privado).	
NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO	1400
M. ZERNIKOW. <i>Es règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur. Étude en droit international privé européen de travail.</i>	
MIGUEL GARDEÑES SANTIAGO	1404
I. ANTÓN JUÁREZ (Dir). <i>20 cuestiones clave sobre el derecho de la moda.</i>	
PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ	1408
J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, R.ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO. <i>Derecho de los negocios internacionales.</i>	
CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ	1412
LORENA SALES PALLARÉS y MARÍA ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA (COORDINADORAS). <i>Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género.</i>	
MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	1417
ANNA ORIOLO, ANDREA R. CASTALDO, ANGELA DI STASI, MICHELE NINO (a cura di). <i>Criminalità transnazionale e Unione europea.</i>	
IVAN INGRAVALLO	1420
JÉSSICA MARQUES FERREIRA. <i>A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas – Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu.</i>	
DULCE LOPES	1423
V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO. <i>Subjetividad de la Santa sede en la sociedad internacional. Estudio de sus fundamentos históricos y jurídicos.</i>	
ANA MANERO SALVADOR	1425
D. CARRIZO AGUADO. <i>La empresa familiar y su protocolo en el tráfico externo.</i>	
MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ	1427
Reseña a la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos	
MARÍA CHIARA MARULLO	1429
CARRUTHERS, JANEEN M./ LINDSAY, BOBBY W.M. (Eds.). <i>Research Handbook on International Family Law.</i>	
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1431

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III de Madrid

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Catedrática de la Universidad de Sevilla

CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

GIANLUCA CONTALDI, Università di Macerata.

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París

SILVIA MARINO, Università degli Studi dell'Insubria, Italia.

ILARIA PRETELLI, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO TIRADO MARTÍ, Secretario General de UNIDROIT

FRANCESCA C. VILLATA, Università Degli Studi di Milano

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid

STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano

CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo

CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia

ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

ORNELLA FERACI, Università di Siena.

PIETRO FRANZINA, Universidad Católica del Sacro Cuore

ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid

HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia

CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid

PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo

ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg

FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens

MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT

CARMEN HERRERO SUÁREZ, Universidad de Valladolid

HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln

DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina

PIERALBERTO MENGOZZI, Universidad de Bolonia

RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra

JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid

DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa

HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París

JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana

JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid

LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid

LÚIS DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa

CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

FRANCESCA RAGNO, Università di Bologna

MARTA REQUEJO ISIDRO, Universidad de Santiago de Compostela

GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid

LUKAS RADEMACHER, Universidad de Kiel

FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara

ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Universidad de La Rioja

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, Universidad de Sevilla

ÁNGEL GARCÍA VIDAL, Universidad de Santiago de Compostela

NATIVIDAD GOÑI URRIZA, Universidad Pública de Navarra

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Cantabria

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Universidad de Sevilla

FRANCEZCO SEATZU, Università degli studi di Cagliari

ESTUDIOS

Alcune incoerenze nell'attuale disciplina sullo stabilimento delle società*

Some inconsistencies in the current regulation of the right of establishment of companies

GIANLUCA CONTALDI

*Professore ordinario di diritto dell'Unione europea
nell'Università degli studi di Macerata*

Recibido: 01.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9320

Resumo: In una recente sentenza, la Corte di giustizia ha nuovamente affrontato il problema della libertà di stabilimento delle società e del rapporto che questa presenta con le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato. Benché la decisione non costituisca una novità, essa pone con urgenza il problema della tutela dei soggetti che rischiano di essere pregiudicati da uno spostamento della sede all'estero ovvero dal cambiamento della legge applicabile, quali i creditori, i soci di minoranza e i lavoratori.

La situazione si è complicata ulteriormente, perché, a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Polbud* e della direttiva 2019/2121, esistono ora due diverse modalità di esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società. Dette diverse modalità, seppure nettamente distinte dal punto di vista giuridico, risultano scarsamente coordinate proprio sotto il profilo della tutela dei soggetti che avevano fatto affidamento su un determinato assetto giuridico della società. Per risolvere l'aporia, il legislatore dell'Unione dovrebbe intervenire completando l'armonizzazione normativa del settore ovvero con l'adozione di un regolamento (c.d. Roma V) sulla legge applicabile alle società.

Parole chiave: Libertà di stabilimento delle società, diritto internazionale privato delle società, incorporation, esigenze imperative.

Abstract: In a recent ruling, the Court of Justice once again addressed the issue of the freedom of establishment of companies and its relationship with national rules of Private International law. Although the decision is nothing new, it urgently raises the issue of the protection of persons who may be affected by a transfer of the seat abroad or by a change in the applicable law, such as creditors, minority shareholders and employees.

The situation has become even more complicated because, following the ruling of the Court of Justice in the *Polbud* case and Directive 2019/2121, there are now two different ways for companies to exercise their right of establishment. These different modes, although clearly distinct from a legal point of view, are poorly coordinated precisely from the point of view of the protection of those who had relied on a particular legal asset of the company. In order to resolve this aporia, the European Institutions should intervene by completing the regulatory harmonisation of the sector or by adopting a regulation (so-called Rome V) on the law applicable to companies.

Keywords: Freedom of establishment of companies, rules of private international law on companies, incorporation, mandatory provisions.

*Il presente scritto è in onore del Prof. Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

Sommario: I. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Edil Work 2*. II. La giurisprudenza della Corte di giustizia sullo stabilimento secondario delle società. III. La trasformazione transfrontaliera alla luce della direttiva 2019/2121. IV. La tutela di soci di minoranza, creditori e lavoratori in ipotesi di stabilimento secondario ovvero di trasformazione transfrontaliera. V. La proposta del rapporto Letta di creazione di un ventottesimo regime normativo. VI. La perdurante necessità dell'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in materia societaria.

I. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Edil Work 2*

1. Con la decisione nel caso *Edil Work 2*, la Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata sul tema del rapporto intercorrente tra libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto¹. La fattispecie esaminata dalla Corte è caratterizzata da una concatenazione di eventi appositamente studiati per trarre vantaggio delle differenze normative intercorrenti tra gli ordinamenti nazionali. Nella specie, una società italiana, che aveva quale unico cespite patrimoniale un castello situato in Italia², aveva deciso, nel corso del 2004, di spostare la sede statutaria in Lussemburgo. Con apposita delibera assembleare, l'ente aveva, infatti, trasferito la sede in detto Stato membro ed aveva al contempo assunto la forma di una società a responsabilità limitata prevista dall'ordinamento lussemburghese³. Successivamente, nel 2010, un'assemblea straordinaria nominò amministratrice la signora S.B., che contestualmente conferì l'incarico di mandatario, con pieni poteri, al signor F.F., estraneo ai componenti del consiglio di amministrazione. Tale conferimento di poteri, pur legittimo secondo la legge lussemburghese, si poneva in contrasto con il disposto dell'art. 2381 del codice civile italiano. Detta disposizione vieta, infatti, l'attribuzione di poteri gestori a soggetti esterni all'organo direttivo. In tale veste, il signor F.F., sfruttando i poteri attribuiti, trasferisce l'immobile ad un'altra società, la quale, a propria volta, lo conferisce ad una terza società, da lui stesso controllata⁴.

2. La società lussemburghese, a seguito di un apparente ripensamento dell'amministratrice⁵, contesta la validità del primo trasferimento del cespite, sul presupposto che il conferimento di poteri al mandatario fosse illegittimo, per violazione del citato art. 2381 c.c. Il diritto italiano si applicherebbe alla fattispecie per effetto del disposto dell'art. 25 della legge n. 218/95, legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Detta previsione, come è noto, utilizza, quale criterio di collegamento in materia societaria, quello dell'*incorporation*⁶. Tuttavia, l'applicazione della legge del luogo

¹ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, ECLI:EU:C:2024:348. Per il commento v. F.M. MUCCIARELLI, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nasce da errori, equivoci e curiosi fatti di cronaca rosa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2024, p. 936 ss.; G. DEMONTIS, *Trasferimento della sede sociale all'estero, legge applicabile e libertà di stabilimento: la Corte di giustizia si pronuncia sull'articolo 25 l.n. 218/95*, in *Dir. comm. int.*, 2024, p. 778 ss.

² L'immobile, noto con la denominazione di Castello di Tor Crescenza, è una struttura rinascimentale, di origine militare, costruita attorno ad una torre di guardia situata nella campagna a nord di Roma. L'immobile non ha, invero, mai assolto a funzioni militari, dal momento che già nel corso del XVI secolo (quando assunse la forma attuale) era adibito a residenza di campagna. Al giorno d'oggi, l'attività imprenditoriale consiste essenzialmente nella locazione dell'immobile per eventi privati e set cinematografici (v. il sito: <https://www.castelloditorcrescenza.it/>).

³ La costituzione di società rientra in quelle ipotesi che, dal punto di vista del diritto internazionale privato, vengono definite "ibride", nel senso che vengono create con il necessario intervento di autorità pubbliche prive di natura giurisdizionale. Il ruolo dell'autorità consiste, infatti, solo nell'accertare che l'accordo concluso dai privati sia conforme alla legge (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, in C. VON BAR, O.L. KNÖFEL, U. MAGNUS, H.P. MANSSEL, A. WUDARSKI (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, 2024, p. 101 ss., 107 s.).

⁴ Da una visura societaria risulterebbe che la soc. *Edil Work 2* sia attualmente nullatente: il cespite sarebbe stato oggetto di un ulteriore trasferimento ad un quarto ente.

⁵ Il ripensamento era verosimilmente legato alle vicende personali intercorrenti tra la sig.ra S.B. ed il Sig. F.F. Le cronache dell'epoca riportarono alcuni episodi, variamente interconnessi con le vicissitudini della proprietà del castello (v. *Castello di Tor Crescenza, storia di amanti e schiaffi tra nobili*, consultabile al sito <https://www.ilfattoquotidiano.it/2013/12/07/castello-di-tor-crescenza-storia-di-amanti-e-schiaffi-tra-nobili/804753/>).

⁶ Art. 25, primo comma, l. 218/95: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova

di costituzione non è incondizionata, dal momento che, nella seconda parte, questa è esclusa nel caso in cui «la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». In tale ultima ipotesi, si applica, per l'appunto, la legge italiana. Sulla base della formulazione della disposizione di conflitto, non sussistevano, pertanto, dubbi che la società lussemburghese fosse soggetta al diritto italiano, dal momento che l'oggetto principale della società (nella specie: l'unico oggetto dell'attività imprenditoriale) era costituito dal cespite immobiliare situato in Italia.

3. Secondo la Corte, l'applicazione della legge italiana, ad una società costituita secondo il diritto lussemburghese, costituirebbe tuttavia una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento, dal momento che l'ente «potrebbe essere assoggettato, *cumulativamente*, tanto al diritto lussemburghese quanto al diritto italiano»; e tale applicazione cumulativa potrebbe «rendere più difficile la gestione di tale società»⁷.

4. La soluzione si presta indubbiamente a critiche. Innanzitutto non è chiaro perché l'applicazione cumulativa di due diverse leggi nazionali rappresenti necessariamente un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento, dal momento che questa eventualità, in assenza di armonizzazione europea, appare quasi una conseguenza naturale del carattere di transnazionalità della fattispecie⁸.

È poi opportuno porre in rilievo che non è affatto certo che si verteva in un'ipotesi di applicazione cumulativa di due diverse leggi nazionali al medesimo ente. In materia societaria, infatti, il diritto lussemburghese, a differenza del sistema di diritto internazionale privato italiano, segue il criterio della sede⁹. Da ciò discende la conseguenza che entrambi gli ordinamenti in gioco (tanto quello lussemburghese, quanto quello italiano) verosimilmente concordavano circa l'applicazione alla fattispecie della legge italiana¹⁰. In questo contesto, non ricorrerebbe, pertanto, quella restrizione alla libertà di stabilimento determinata dall'applicazione cumulativa di due leggi nazionali ad un medesimo ente.

5. A prescindere da questi rilievi, è tuttavia evidente che, al di là di talune affermazioni di principio rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia, le libertà costitutive del mercato interno in-

l'oggetto principale di tali enti». In dottrina v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, vol. 14, Torino, 1997, 142 ss.; M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, 64 ss.; A. SANTA MARIA, *Società - Diritto internazionale privato*, in *Enc. giur.*, vol. 24, Roma, Giuffrè, 1998, 3 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 351 ss.; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia societaria*, Bari, Cacucci, 2004, p. 31 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 161; S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione Europea*, Torino, 2016, p. 17 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 6a ed., Torino, 2023, p. 66 ss.; S. TONOLO, *Società e persone giuridiche*, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, 5 a ed., Torino, 2024, p. 147.

⁷ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, cit., par. 34.

⁸ Questo assunto può avere senso solo ove si attribuisca al principio del mutuo riconoscimento un carattere totalizzante, come sembra in effetti orientata a fare la Corte di giustizia, nel senso che, per effetto di detto principio, la fattispecie deve produrre nel paese di destinazione solo ed esclusivamente gli effetti che la stessa determina nell'ordinamento di origine (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 115).

⁹ Più precisamente, l'art. 1300-2 della legge 10 agosto 1915, sulle società commerciali, stabilisce che: «Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché de Luxembourg, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger». La norma, anche se formulata in maniera unilaterale, è generalmente considerata quale disposizione bilaterale di conflitto, da parte della giurisprudenza. Essa fa riferimento al luogo di amministrazione principale, che si presume coincidente, fino a prova contraria, con la sede statutaria (v. F. BENYAHIA, *Rattachement de la société en commandite spéciale au droit luxembourgeois*, in *JurisNews - Droit des sociétés*, 2019, p. 405 ss.; G. CUNIBERTI, *Droit international privé luxembourgeois*, vol. 1, 2eme éd., Luxembourg, 2024, p. 210 ss.).

¹⁰ V. l'osservazione del Prof. Cuniberti nel blog di EAPIL (The European Association of Private International Law): «The obvious flaw in the CJEU's decision is that Luxembourg also applies the real seat theory. So the company was not going to be subject to both Luxembourg and Italian law, but only to Italian law (the only possible exception could be if the location of the real seat was unclear, as there is a presumption under Luxembourg PIL that it coincides with the registered seat)» (consultabile al sito <https://eapil.org/2024/05/29/a-conflict-of-laws-rule-fo-companies-at-last-the-cjeu-in-edil-work-2/>). Sul piano dell'ordinamento italiano, entrerebbe comunque in funzione il rinvio indiretto, di cui all'art. 13, primo comma, lett. b, della l. 218/95, che consentirebbe di rendere applicabile la legge italiana.

cidano profondamente sulle norme di diritto internazionale privato nazionali¹¹. Come è noto, in materia societaria, i meccanismi normalmente diffusi si fondano su due principi tra di loro difficilmente conciliabili¹²: il primo è il criterio, originario dei sistemi di *common law*, dell'*incorporation*. Gli ordinamenti che si basano su tale principio stabiliscono quali siano le società nazionali sulla base della legge che ne ha concretamente disciplinato il procedimento costitutivo¹³. I sistemi giuridici appartenenti al secondo gruppo sono invece soliti determinare l'appartenenza delle società ad un determinato ordinamento sulla base del luogo in cui si trova la "sede effettiva" (c.d. *Sitztheorie*)¹⁴.

È, allo stato, opinione diffusa che il criterio della sede, tuttora impiegato da una pluralità di ordinamenti nazionali¹⁵, risulti oggi recessivo rispetto al sistema dell'*incorporation*¹⁶, proprio perché il primo finisce per subire, molto più del secondo, i condizionamenti discendenti dall'operatività del principio del mutuo riconoscimento¹⁷. D'altro canto, anche nella stessa dottrina italiana, antecedente all'affermazione della Corte, era sostanzialmente pacifico che l'art. 25, primo comma, della legge italiana di diritto internazionale privato, nella parte in cui rendeva applicabile la legge interna alle società validamente costituite in altri Stati membri, laddove queste avevano in Italia la sede ovvero l'oggetto principale dell'amministrazione, fosse incompatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸.

¹¹ D'altro canto, è pacifico che «the principle of mutual recognition operates as a principle of European international public policy... because it prevents the application of the conflict rules of the State of destination» (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 104).

¹² In astratto si può anche ipotizzare un terzo criterio, oltre ai due menzionati nel testo, che è quello della *lex mercatus*, ovvero della legge del mercato nel quale la società si trova in concreto ad operare. Questo ulteriore orientamento, che allo stato è assolutamente minoritario rispetto agli altri due menzionati nel testo, presenta, tuttavia, il vantaggio di considerare l'ente inserito in un determinato contesto socio-economico, che è sovente caratterizzato dall'applicazione di regole giuridiche privatistiche e pubblicistiche (v. S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, Catania, 2008, p. 13 ss.; L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 397, 2019, spec. cap. III, p. 401 ss.).

¹³ Dal punto di vista testuale, il citato art. 25, legge 218/95, fa riferimento al criterio del "luogo di costituzione" («Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente... sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione»). Non vi sono dubbi, nella dottrina italiana, che il termine "luogo" identifichi non un luogo fisico, ma l'ordinamento che, in concreto, ha disciplinato il procedimento costitutivo dell'ente. È inoltre opportuno segnalare che tale apparente discrasia tra formulazione della disposizione e la sua interpretazione letterale potrebbe presto risolversi, dal momento che è attualmente pendente un disegno di legge che riformula la disposizione in questione in modo maggiormente conforme alla sua interpretazione. Detto disegno di legge prevede infatti che: «le parole "nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione" sono sostituite dalle seguenti: "in base al quale sono stati costituiti"» (v. il Disegno di legge contraddistinto con il n. m_dg.LEG.07/11/2024.0011092).

¹⁴ È bene avvertire che anche sul significato da attribuire al termine "sede" non sussiste uniformità di opinioni e le varie legislazioni tendono in alcuni casi a privilegiare la sede effettiva, in altri la sede sociale risultante dallo statuto ovvero dal registro. È infatti pacifico che, nella prassi commerciale, le società di capitali abbiano abitualmente tre sedi, che possono anche non coincidere: la sede sociale, risultante dall'atto costitutivo (ed eventualmente spostata in seguito con delibera assembleare straordinaria); la sede amministrativa, dove la società è correntemente gestita e dove si trovano gli organi direttivi e, infine, la sede di quotazione, che è il luogo nel quale la sede è quotata sul mercato dei capitali (v. A. POMELLI, *Dall'arbitraggio regolamentare all'arbitraggio sistemico: il vero gioco (e rischio) delle migrazioni societarie in Olanda*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 337 ss., 340-342).

¹⁵ V. il rapporto commissionato dalla Commissione europea, C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Study on the Law Applicable to Companies. Final Report*, Bruxelles, 2016, p. 134 s. Secondo gli autori, alcuni Stati europei seguono tuttora il criterio della sede (Austria, Belgio, Lussemburgo, Grecia, Portogallo), mentre molti altri, pur adottando il criterio dell'*incorporation*, hanno introdotto diversi temperamenti che consentono di applicare la legge del foro, nel caso in cui l'ente straniero presenti collegamenti rilevanti, quali la sede effettiva, con il territorio dello Stato (Bulgaria, Ungheria, Paesi Bassi, Estonia, Italia, Spagna, Croazia, Francia).

¹⁶ V., ad es., M. MENUJQ, *Droit international et européen des sociétés*, 4ème éd., France, 2016, p. 139, secondo il quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha determinato una situazione «très favorable» per le società che si costituiscono negli Stati membri che adottano il criterio dell'*incorporation*. Per la medesima ragione, l'*Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris*, in un rapporto presentato nel corso del 2021, ha suggerito al legislatore francese di abbandonare del tutto il criterio della sede a favore di quello dell'*incorporation*, in quanto più adatto a favorire gli investimenti (*Rapport sur le rattachement des sociétés*, 31 marzo 2021; il rapporto è reperibile sul sito della Banca di Francia: <https://www.banque-france.fr>).

¹⁷ V. le sentenze della Corte, 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering BV*, ECLI:EU:C:2002:632, punto 82; 25 aprile 2024, causa C.276/22, *Edil Work 2*, cit., punti 29-32.

¹⁸ V. T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, Torino, Utet, vol. 9, t. 1, 99; Id., *Diritto internazionale privato*, cit., p. 363; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 79; F.C. VILLATA, "Materia societaria" e riforma del

6. Questa conclusione, fondata sull'osservazione della prevalente giurisprudenza della Corte, risulta cionondimeno scarsamente convincente alla luce dell'evoluzione del diritto materiale europeo. Il ricorso al criterio della sede, nel diritto internazionale privato comparato, viene infatti tradizionalmente giustificato dall'esigenza di proteggere le categorie dei soggetti che entrano in contatto con un determinato ente e che potrebbero essere all'oscuro della sua legge regolatrice; o, più semplicemente, che avevano fatto conto su un determinato assetto giuridico e che potrebbero venire pregiudicati da un mutamento della sede ovvero della legge regolatrice dell'ente, quali, in particolare, i creditori sociali, i lavoratori e, infine, i soci di minoranza o dissidenti¹⁹. Pertanto, possiamo anche accettare che, nel funzionamento del mercato interno, uno dei due criteri di collegamento risulti maggiormente efficiente per consentire una libera circolazione delle società; ma ciò non significa che vengano meno le esigenze di tutela delle predette categorie.

7. La salvaguardia degli interessi dei soggetti che hanno fatto affidamento su un dato assetto empirico e giuridico dell'ente è, invero, presente nella motivazione della Corte di giustizia, ma questo non giustifica, comunque, un'applicazione incondizionata della legge del paese della sede. Nel caso in esame, infatti, l'ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento sarebbe rappresentato dall'estensione indiscriminata della legge italiana a tutti gli aspetti concernenti il funzionamento degli organi societari. Secondo la Corte, infatti, «se l'articolo 25, paragrafo 1, seconda frase, della legge n. 218/1995 dovesse essere interpretato nel senso di implicare che qualsiasi atto di gestione di una società validamente costituita secondo il diritto di un altro Stato membro ma che svolge la parte principale delle sue attività in Italia debba essere assoggettato alla normativa italiana, non sarebbe possibile verificare l'esistenza, in un caso concreto, di un rischio di lesione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza o dei lavoratori. (...) Ciò considerato, una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo»²⁰.

In altri termini, l'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato risulta incompatibile con il funzionamento del mercato interno solo perché conduce ad un'applicazione generalizzata del diritto italiano; ma la Corte non esclude affatto che talune disposizioni materiali possano comunque trovare applicazione, laddove esse rispondano al noto test *Gebhard*²¹. In questo modo, tuttavia, la tutela delle categorie sopra ricordate (creditori, soci di minoranza e dipendenti), finisce per dipendere da un confronto, che deve essere condotto caso per caso, tra la legge del paese di costituzione e quella del paese di destinazione della società. Questa soluzione, come è evidente, determina una frammentazione

sistema italiano di diritto internazionale privato tra (improcrastinabili) esigenze di coordinamento e di modernizzazione, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2019, p. 79 ss., 93; S. TONOLO, *Società e persone giuridiche*, cit., p. 152. Secondo M. BENEDETTELLI, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in M. BENEDETTELLI, M. LAMANDINI (a cura di), *Diritto societario europeo ed internazionale*, Milano, 2017, p. 1 ss., 15, tuttavia, la funzione della seconda parte dell'art. 25, l. 218/95 era solo quella di rendere applicabili a società straniere «alcune norme di diritto interno in virtù dei particolari contatti che tali società hanno con la comunità nazionale».

¹⁹ Le due teorie rispondono ad obiettivi sociali ed economici diversi. I sistemi che seguono la teoria della sede si propongono l'obiettivo di tutelare le categorie deboli nei loro rapporti con l'ente (lavoratori, creditori, soci di minoranza), sottoponendo tutte le società che operano sul proprio territorio alla legge del foro. In qualche modo tutelano l'apparenza e l'affidamento indotto dal fatto che una società opera in un determinato contesto territoriale. Al contrario, la tesi dell'*incorporation* mira sia a favorire l'operatività all'estero delle società nazionali, le quali possono liberamente costituire succursali e filiali, sia ad attirare investimenti stranieri (v. S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 63 s.).

²⁰ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, cit., punti 42-43.

²¹ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, punto 37, secondo cui i «provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo». Con specifico riferimento alle società, v. le sentenze della Corte del 9 marzo 1999, in causa C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126, punto 34; del 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512, punto 133. Applicando questi principi al caso *Edil Work 2*, è in effetti dubitabile che l'art. 2381 cod. civ. italiano (che era la disposizione la cui applicazione veniva invocata dalla parte attrice) assolva alla tutela di interessi pubblici, dal momento che esso sembra proteggere eminentemente gli interessi privati dei manager (per rilievi critici sul punto v. MUCCIARELLI, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento*, cit., par. 4).

nel funzionamento del mercato interno ed una notevole incertezza circa l'assetto giuridico che accompagna un trasferimento societario da uno Stato membro all'altro.

Ma soprattutto, ciò che risulta contraddittorio è che le predette categorie di soggetti fruiscono di un diverso standard di tutela, a seconda delle modalità con le quali la società esercita il proprio diritto di stabilimento. Per chiarire perché i risultati ai quali perviene la Corte di giustizia possano risultare contraddittori è opportuno distinguere due ipotesi, chiaramente diverse sul piano teorico, ma che, come vedremo, possono anche condurre a risultati pratici analoghi. La prima è quella della società costituita e regolarmente stabilita in uno Stato membro che, tuttavia, intende esercitare la propria attività in un paese dell'Unione europea diverso, attraverso la costituzione di una succursale (quindi, mediante uno stabilimento secondario). La seconda è quella di una società che intende trasferirsi, con la sede principale, in un diverso Stato membro (c.d. trasferimento primario). Analizziamo separatamente dette fattispecie.

II. La giurisprudenza della Corte di giustizia sullo stabilimento secondario delle società

8. La prima modalità di stabilimento delle società consiste nell'apertura di filiali o succursali in Stati membri diversi da quello di origine. Si tratta di una modalità di esercizio del diritto che si è progressivamente affermata in via prevalentemente giurisprudenziale. L'apporto della Corte di giustizia è stato, d'altro canto, fondamentale, dal momento che le disposizioni del Trattato lasciavano adito a talune discrasie. Il diritto primario, infatti, menziona gli enti collettivi in varie disposizioni, la lettura congiunta delle quali presenta profili contraddittori. Innanzitutto l'art. 49 TFUE, nel prevedere un diritto di stabilimento per le persone fisiche e giuridiche, stabilisce che esso importa l'accesso alle attività non salariate «nonché la costituzione e la gestione di imprese ed in particolare di società». Sulla base della formulazione, detta disposizione dovrebbe essere suscettibile di produrre effetti diretti, senza necessità di normative nazionali di attuazione.

In secondo luogo l'art. 50, par. 2, lett. g), affida alle istituzioni europee il compito di emanare direttive finalizzate a rendere equivalenti le garanzie che sono richieste alle società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi. Tale previsione, pertanto, prende atto della necessità di assicurare un'adeguata tutela ai soggetti che entrano in contatto con le persone giuridiche che operano nel mercato unico, al fine di evitare che costoro ricevano pregiudizio a causa dei contenuti divergenti degli ordinamenti nazionali. Il processo di armonizzazione è tuttora in corso di evoluzione²². Ai fini del prosieguo del discorso, è opportuno avvertire che si è ancora lontani dalla realizzazione di una completa armonizzazione dei diritti societari nazionali, con la conseguenza che l'operatività concreta del diritto di stabilimento subisce, tuttora, i limiti determinati dall'esistenza di una pluralità eterogenea di ordinamenti degli Stati membri.

²² Le direttive che le istituzioni europee hanno adottato nel corso degli anni possono essere suddivise in tre gruppi principali. Nel primo di questi rientrano tutte tra le direttive in tema di *assetto della società*, ivi inclusa la struttura e la costituzione dell'ente: al riguardo è opportuno menzionare la prima direttiva, in materia di nullità della società (direttiva 68/51, in GU, L 65/68), la terza in materia di fusioni (78/855, in GU, L 295/78): entrambe dette direttive sono ora sostituite dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, in GUUE L 169 del 30/06/2017, p. 46–127. Particolarmente innovativa è stata poi la direttiva 89/667 (in GU, L 395/89; successivamente abrogata dalla direttiva 2009/102/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, in materia di diritto delle società, relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, in GUUE L 258 del 01/10/2009, p. 20–25), che ha introdotto la possibilità di costituire società a responsabilità limitata aventi un unico socio, aprendo così anche ad individui singoli la strada del ricorso allo strumento societario, in tal modo consentendo agli operatori commerciali di svolgere attività economiche attraverso il rischio del solo capitale conferito. Nel secondo gruppo rientrano tutte le direttive concernenti il *bilancio* delle società ovvero le operazioni commerciali compiute da tali enti: in questo ambito è opportuno ricordare la settima, riguardante il bilancio consolidato (83/349, in GUCE, L 193/83, successivamente abrogata dalla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, in GUUE L 182 del 29/06/2013, p. 19–76) e la direttiva 2004/25 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto (in GU, L 142, 30 aprile 2004, p. 12). Nel terzo gruppo devono invece includersi le direttive concernenti la creazione di *modelli intesi a favorire la cooperazione tra società o tra professionisti* situati in Stati membri diversi. Lo strumento al riguardo più risalente è il GEIE (Gruppo europeo di interesse economico), istituito con reg. n. 2137/1985 del Consiglio del 25 luglio 1985, in GUCE, L 199, 31 luglio 1985, p. 1, che consente di creare una struttura di coordinamento tra liberi professionisti situati in Stati membri diversi.

9. In terzo luogo, l'art. 54 stabilisce che le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e che abbiano la sede, l'amministrazione centrale o il centro di attività in uno Stato membro sono, ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento, equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza di un paese comunitario.

Il punto cruciale, come è ovvio, verte sul significato che si ritiene ragionevole attribuire a tale ultima disposizione. Sul piano dell'esegesi letterale la norma in questione sembra assolvere ad una funzione di carattere marginale: ovvero quella di "individuare" gli enti che possono fruire dei diritti di stabilimento. Essa, tuttavia, assolve a tale funzione attraverso un rinvio agli ordinamenti nazionali. Secondo la Corte, infatti, spetta agli Stati membri stabilire quali sono le società che risultano costituite secondo il loro diritto nazionale e che, conseguentemente, possono fruire della libertà di stabilimento garantita dal Trattato²³. In altri termini, gli Stati sono liberi, nel novero delle ipotesi previste dalla disposizione pattizia, di "scegliere" il criterio di collegamento che consente di stabilire l'ordinamento di appartenenza delle persone giuridiche e degli enti collettivi.

10. Se spetta agli Stati membri stabilire quali società godono del diritto di stabilimento, compete pur sempre a costoro prevedere quali siano le condizioni per spostare liberamente la sede ovvero per aprire una filia e o una succursale in un diverso Stato membro, mantenendo la personalità acquisita sulla base dell'ordinamento di origine e conservando, al contempo, la medesima legge regolatrice. Il ruolo che presenta, in relazione alla libertà di stabilimento delle società, il diritto nazionale dello Stato di origine era in definitiva chiaro fin dalle prime sentenze della Corte. La Corte di giustizia aveva, infatti, già affermato detto principio nel noto caso *Daily Mail*²⁴. Si tratta di una decisione piuttosto nota, perché in essa è stato affermato un principio che costituisce una sorta di diffusa idea di fondo, specie nella dottrina di lingua francese, della portata normativa attribuita all'art. 54 TFUE. In particolare secondo la Corte, «le società sono enti creati da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento». Dal momento che sussistono profonde divergenze tra i vari ordinamenti sia per quanto concerne i criteri di collegamento impiegati, sia per quanto riguarda le norme materiali regolatrici degli enti giuridici, non sarebbe possibile far discendere dall'art. 54 un diritto di stabilimento primario.

Da detta decisione emerge un elemento che contraddistinguerà la giurisprudenza successiva. Sembra infatti possibile rilevare una propensione a fornire una lettura limitativa del disposto del citato art. 54 TFUE: in particolare la Corte menziona solo una modalità di attuazione del diritto di stabilimento, consistente nella costituzione di filiali o succursali²⁵, mentre non tratta estensivamente la questione, di primaria importanza per l'attuazione della libertà di stabilimento, della possibilità di trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro, mantenendo tuttavia inalterato lo *status* giuridico acquisito sulla base dell'ordinamento di origine. Tale lettura limitativa, in astratto, costituisce una circostanza

²³ Sentenza della Corte 16 dicembre 2008, causa C210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punto 110: «Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione». V. anche le sentenze del 25 ottobre 2017, C106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, punto 34 e del 25 aprile 2024, causa C.276/22, *Edil Work 2*, cit., punto 26.

²⁴ Sentenza della Corte 27 settembre 1988, causa 81/87, ECLI:EU:C:1988:456, punto 19.

²⁵ Si ritiene abitualmente che il diritto dell'Unione europea non contenga una nozione univoca di succursale. D'altro canto, la stessa undicesima direttiva (direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, in GU L 395 del 30.12.1989, p. 36-39; poi abrogata dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, cit.), non fornisce una nozione di succursale. Gli autori sono tuttavia concordi nel senso di ritenere che la nozione stessa debba essere interpretata in maniera estensiva, in modo da comprendere qualunque tipologia di struttura societaria alla quale si è soliti fare ricorso nella prassi commerciale, in modo da consentire la massima estensione possibile del diritto di stabilimento secondario. In dottrina v. A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 169 ss.; L. ENRIQUES, *Società costituite all'estero*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 2007, p. 37.

piuttosto singolare: vertendosi in tema di libertà fondamentali per la realizzazione del mercato interno, dovrebbe, semmai, prevalere una linea interpretativa di segno opposto.

11. Ad ogni buon conto, l'impostazione giurisprudenziale non subisce variazioni di rilievo nella giurisprudenza successiva, fino al noto caso *Centros*²⁶. Nella specie si trattava di una società costituita nel Regno Unito da una coppia di coniugi danesi al solo fine di operare, tramite una sede "secondaria", in Danimarca; tale marchingegno era stato probabilmente concepito allo scopo di eludere le norme danesi in materia di conferimento del capitale sociale. Le autorità danesi si erano, tuttavia, rifiutate di iscrivere nel registro delle imprese la società *Centros* come sede secondaria di una società inglese, dal momento che tale tentativo rappresentava, dal loro punto di vista, una sorta di frode alla legge. Secondo i giudici di Lussemburgo, «il diniego, da parte di uno Stato membro, di registrazione della succursale di una società costituita in conformità al diritto di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede per il motivo che la succursale è destinata a consentire a tale società di svolgere l'intera sua attività economica nello Stato di accoglienza ... è incompatibile con gli artt. (49 e 54 TFUE), in quanto impedisce qualsiasi attuazione del diritto al libero stabilimento secondario». Questa sentenza quindi, nonostante le peculiarità del caso, non sembra attribuire un diritto allo stabilimento primario, ponendosi, *formalmente*, in linea di continuità rispetto alla lettura limitativa discendente dalla decisione *Daily Mail*.

Tuttavia, non può sfuggire che la stessa valutazione della Corte, nella misura in cui fa discendere dall'art. 54 l'esistenza di un mero diritto allo stabilimento secondario, appare parzialmente contraddetta nei fatti. Nel caso *Centros* siamo, infatti, a ben vedere di fronte a una società costituita in uno Stato membro, che tuttavia decideono di aprire una succursale in un diverso paese, anche se questa si presenta come *l'unica sede operativa*. In altri termini, è verosimile che, nell'ordinamento di origine la società *Centros* avesse lasciato solo un punto di contatto, privo di effettivo rilievo nella gestione concreta dell'ente²⁷.

12. Il fatto è che il concetto di stabilimento primario si adatta bene alle persone fisiche. Al contrario è una nozione che, rispetto alle società, finisce per rispondere ad un concetto assai vago. Si identifica infatti tale fattispecie con l'ipotesi di un ente, costituito secondo una determinata legge, che decide di spostare la sede effettiva all'estero, conservando, tuttavia, la sede sociale sul territorio del paese di costituzione e mantenendo, conseguentemente, lo statuto giuridico originario. Questa ipotesi, che già risulta alquanto indefinita sulla base del Trattato istitutivo, è resa invero ulteriormente problematica dal fatto che su di essa incidono i diversi criteri di collegamento impiegati e le disposizioni materiali presenti nei sistemi giuridici nazionali. È infatti possibile che gli Stati membri consentano alle società costituite secondo la propria legge di stabilire – o di spostare in un momento successivo – la sede all'estero²⁸.

La lettura che la Corte fornisce dell'art. 54, che viene appunto condotta prevalentemente sul piano del diritto dell'Unione europea, risulta incompleta nella misura in cui trascura di considerare la molteplicità di effetti che tale ordinamento determina al momento del suo impatto con i sistemi giuridici nazionali. Per consentire un effettivo trasferimento della sede occorre, pertanto, qualcosa di più, che l'ordinamento sovranazionale non può, in assenza di una completa armonizzazione delle norme materiali e di conflitto, realizzare. Occorre, infatti, che le norme di diritto internazionale privato dello Stato di origine siano disposte ad attribuire pieno valore alla modifica consistente nel trasferimento della sede all'estero. È necessario, in altri termini, che le norme di conflitto nazionali dello Stato di origine accettino il trasferimento della sede all'estero, mantenendo intatta la propria personalità giuridica acquisita e

²⁶ Sentenza della Corte 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459, punto 30. Questo caso appare un vero proprio *turning point* nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v. l'editoriale di L. ENRIQUES, *A venticinque anni da Centros: il punto su concorrenza tra ordinamenti e migrazioni societarie*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 303 ss.

²⁷ Emerge dalla sintetica espositiva in fatto che nel Regno Unito si trovava solo «la sede [sociale, ndr.] della società è nel Regno Unito, con domicilio presso un amico del signor Bryde» (ovvero del marito della coppia che aveva costituito la società *Centros*): v. Corte 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 3.

²⁸ Come avviene per l'ordinamento inglese, per quello olandese e per quello italiano: cfr., rispettivamente, Corte giustizia 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, cit.; 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, ECLI:EU:C:2011:785; 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft*, ECLI:EU:C:2012:440. È opportuno chiarire che, sul punto, l'ordinamento italiano, è stato parzialmente modificato (v. i riferimenti *infra*, nota 39).

che, contestualmente, le disposizioni materiali che disciplinano il funzionamento delle società si limitino a prescrivere che gli enti che emigrano conservino solo un tenue legame (di natura eminentemente formale) con l'ordinamento di origine²⁹. Per questo, detta fattispecie, pur presentandosi come un mero stabilimento secondario, può, sul piano empirico, assumere quasi i connotati di un vero e proprio stabilimento primario.

13. Una volta stabilita la rilevanza delle norme sostanziali e di conflitto di origine statale, il problema da superare diviene quello della loro funzionalità nella prospettiva di una maggiore integrazione comunitaria. Sembra, infatti, evidente che le società che provengono da uno Stato che accoglie il criterio della sede siano in qualche modo svantaggiate rispetto a quelle costituite in un ordinamento che, attraverso il ricorso al criterio dell'*incorporation*, consente alle persone giuridiche di trasferire all'estero la propria sede mantenendo intatta la personalità validamente acquisita³⁰. I sistemi che si fondano sulla sede per la determinazione della legge regolatrice dell'ente, infatti, difficilmente consentono il trasferimento all'estero della persona giuridica: tale fenomeno dovrebbe, dal punto di vista di questi ordinamenti, essere assimilato ad un mutamento della legge applicabile, con conseguente trasformazione dello statuto giuridico dell'ente. Un problema siffatto tende viceversa a non porsi nei sistemi che si ispirano al criterio del luogo di costituzione: detti ordinamenti rendono infatti possibile il mantenimento della disciplina originaria indipendentemente dai mutamenti che intervengono nella struttura societaria.

14. La circostanza che, in materia societaria, vi siano due sistemi di conflitto che si fondano su principi tra di loro non compatibili è tuttavia, in parte, risolto attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. L'operatività concreta del principio del mutuo riconoscimento implica infatti che la legge dello Stato membro di provenienza, almeno per le società c.d. *in entrata*, assuma un ruolo centrale nella configurazione della fattispecie. L'applicazione del principio in questione alla materia societaria comporta, in concreto, che il legislatore nazionale e l'interprete non possano prescindere dal fatto che un determinato ente esiste, sia dotato di un'autonoma capacità e svolga talune attività all'interno dell'ordinamento di un altro Stato membro³¹.

15. L'assenza di principi comuni in tema di "nazionalità" delle società può peraltro determinare l'insorgenza di discrasie di vario genere ed in particolare di conflitti positivi tra i sistemi giuridici nazionali. Può infatti accadere che determinate società siano considerate come enti appartenenti ad una pluralità di ordinamenti, ciascuno dei quali valuta la medesima fattispecie dal proprio esclusivo punto di vista. In questo contesto potrebbero addirittura sussistere dubbi, in capo agli operatori, su quale sia in concreto la legge regolatrice di un determinato ente³².

In assenza di criteri uniformi è dubitabile se esistano strumenti per risolvere simili conflitti di competenza. Al riguardo è stato sostenuto che si potrebbe individuare un principio implicito nel funzionamento del Trattato istitutivo che riconosca ai privati la libertà di sottoporsi al sistema giuridico che

²⁹ Sentenza della Corte 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, cit., punto 110: «(u)no Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione».

³⁰ V. la sentenza della Corte 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512.

³¹ Discende, infatti, dall'operatività del principio del mutuo riconoscimento «l'obbligo corrispettivo di qualsiasi altro Stato membro in cui le [società] intendano trasferire la sede, intraprendere un'attività, o aprire una filiale, di riconoscerne la personalità e la capacità giuridica anche quando la legge applicata alla creazione degli enti in questione nel Paese di origine non è quella che sarebbe designata all'uso dalle pertinenti norme di conflitto del Paese di ricevimento» (v. A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 319 ss., 357; A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 103).

³² Come potrebbe avvenire nell'ipotesi in cui una società provenga da un ordinamento che segue il criterio dell'*incorporation*, ma si trovi ad operare principalmente in un sistema giuridico che predilige il criterio della sede (intesa come sede effettiva): entrambi gli ordinamenti avrebbero infatti vocazione ad applicarsi per la regolamentazione del medesimo ente (v. C. GERNER-BUEERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation*, cit., p. 9).

considerano più idoneo alla soddisfazione delle proprie esigenze. Secondo questa tesi il meccanismo distributivo tra i vari ordinamenti si fonderebbe sul potere degli individui di costituire la società secondo la legge che giudicano maggiormente opportuna sulla base di proprie personali valutazioni³³.

La tesi è ben motivata ed appare sicuramente apprezzabile alla luce dei principi liberistici che caratterizzano il Trattato. Ci sembra tuttavia esatto ritenere che la sussunzione di questa facoltà attribuita ai privati alla stregua di un vero e proprio principio normativo di soluzione dei conflitti positivi in materia societaria sia una valutazione eccessiva. L'esistenza di un mercato comune, infatti, chiaramente consente agli individui di godere di maggiori opzioni, alla stessa stregua in cui costoro possono scegliere lo Stato nel quale produrre una determinata merce per poi rivenderla in un paese diverso ovvero conseguire una certa qualificazione professionale che, successivamente, decidono di sfruttare altrove usufruendo dei diritti di matrice europea. Tale potere, più che un vero e proprio principio distributivo, sembra corrispondere ad una mera libertà di fatto connaturata all'esistenza di uno spazio economicamente integrato.

16. Anche secondo questa linea di pensiero, può tuttavia accadere che, pure in presenza di disposizioni di diritto internazionale privato che consentano ad una società di spostare la propria sede all'estero mantenendo intatta la personalità giuridica acquisita, si ravvisino degli ostacoli di diritto materiale nell'ordinamento di origine.

Può ad esempio avvenire che, pur consentendo la migrazione della sede, le norme sostanziali del paese la cui legge regola la vita dell'ente, imponga il completamento di formalità eccessivamente gravose e tali da precludere in via di fatto lo spostamento.

Il diritto dell'Unione europea, d'altro canto, subisce in questa materia una sorta di limite funzionale: il principio del mutuo riconoscimento può infatti incidere sulle condizioni imposte dalla legislazione dello Stato membro ospite; ma non può, ovviamente, intervenire su quella dello Stato membro di origine. Se l'ostacolo alla mobilità della sede è rappresentato, non dalla normativa dello Stato membro ospite, ma dalle disposizioni materiali dello Stato di origine, l'ordinamento sovranazionale può, in certe ipotesi, intervenire attraverso il principio del trattamento nazionale, prescrivendo che lo Stato membro di origine non possa imporre condizioni più rigorose per lo svolgimento di un'operazione societaria transnazionale rispetto a quelle previste per la realizzazione della medesima operazione al proprio interno³⁴.

A prescindere, tuttavia, da questa ipotesi, peraltro non frequente nella prassi, la regolamentazione delle condizioni per l'uscita delle società rientra, in linea di principio, nella competenza di ogni Stato membro. Ne consegue che, pur nel funzionamento del mercato interno, gli Stati membri possano mantenere talune restrizioni, determinate dall'esistenza del criterio di collegamento adottato ovvero da disposizioni materiali che impongano particolari condizioni, alle società che intendano trasferire la propria sede all'estero, mantenendo, tuttavia la personalità e la disciplina giuridica originaria³⁵.

Un superamento di questo assetto frammentato, che – come si è visto – risulta fortemente tributario delle norme di conflitto e di quelle materiali dell'ordinamento di provenienza, può in realtà avvenire solo attraverso l'attività armonizzatrice delle istituzioni europee, come è, in parte, avvenuto con l'introduzione dell'istituto della trasformazione transfrontaliera.

III. La trasformazione transfrontaliera alla luce della direttiva 2019/2121

17. Al fine di regolamentare il fenomeno delle società che migrano da un determinato Stato membro per dirigersi verso un ordinamento diverso, accettando conseguentemente le prescrizioni del

³³ M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 605 ss.; Id., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in LIGUSTRO, SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 615 ss.; Id., *Introduzione al diritto internazionale privato*, cit., p. 20.

³⁴ V. la sentenza della Corte 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, punto 43.

³⁵ Così E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, 3a ed., Torino, 2016, p. 95 ss., 123.

nuovo sistema giuridico, il legislatore europeo ha adottato la direttiva 2019/2121, concernente la disciplina della trasformazione, fusione e scissione internazionale delle società³⁶.

Nella specie con detto atto normativo, il legislatore sovranazionale ha introdotto un istituto nuovo, denominato “trasformazione transfrontaliera”, che nella sostanza dà attuazione ad una soluzione prefigurata dalla Corte di giustizia nel caso *Polbud*³⁷. Questa consiste nella possibilità di trasferire la sede sociale, da uno Stato membro all'altro, senza procedere allo scioglimento o alla liquidazione dell'ente – conservando, quindi, la personalità giuridica acquisita nello Stato membro di partenza – ma trasformandosi in una delle forme di società di capitali previste dalla legislazione dello Stato membro di destinazione³⁸.

Il vantaggio principale di tale operazione è che la stessa è, almeno in parte, disciplinata da norme armonizzate a livello europeo. Essa, inoltre, consente agli enti di mantenere la personalità giuridica acquisita nello Stato membro di origine, preservando i rapporti giuridici ed economici costituiti nel corso degli anni ed evitando di porre in essere procedimenti di scioglimento e di successiva ricostituzione, che verosimilmente condurrebbero ad una dispersione del patrimonio societario e delle relazioni commerciali acquisite³⁹.

18. Per effettuare la trasformazione transfrontaliera, la direttiva stabilisce una specifica procedura che deve essere posta in essere, in primo luogo, nello Stato membro di origine. Detta procedura mira all'ottenimento di un *certificato preliminare*, che rappresenta il documento idoneo a dimostrare che sono state espletate tutte le formalità necessarie nello Stato membro di origine e che, pertanto, ricorrono i presupposti giuridici per procedere alla trasformazione dell'ente in una struttura giuridica disciplinata in un nuovo ordinamento.

In sintesi, gli amministratori della società devono predisporre il progetto di trasformazione, nel quale devono esplicitare la tipologia di società che intendono costituire nello Stato membro ospite, nonché allegare una bozza dell'atto costitutivo, che risulterà a seguito della trasformazione.

Tale progetto deve essere accompagnato da una relazione nella quale il Consiglio di amministrazione precisa le conseguenze della trasformazione ed i mezzi di tutela esperibili da parte dei soci dis-

³⁶ Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, in GU, L 321 del 12.12.2019, p. 1–44 (i riferimenti normativi, nelle note che seguono, saranno direttamente alle disposizioni della direttiva modificata: ovvero la n. 2017/1132). In dottrina v. F. GARCIMARTÍN, E. GANDÍA, *Cross-Border Conversions in the EU: the EU Commission Proposal*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, p. 15 ss.; M. MENUJOCQ, *Les transformations transfrontalières*, in B. FRANÇOIS (cur.), *La mobilité des sociétés dans l'Union européenne*, Paris, 2020, 182 ss.; B. LECOURT, *Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés!*, in *Rev. soc.*, 2020, 338 ss.; L. BOGGIO, *Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell'Unione europea*, Torino, 2022; C. TEICHMANN, *Cross-Border Mergers, Demergers, Transformations*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *Il diritto societario europeo: quo vadis?*, Milano, 2023, p. 175 ss.; F. MAGLIULO, *L'attuazione della Direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 2023, 526 s.; ID., *La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie*, Studio 44-2023/I, a cura del Consiglio nazionale del notariato; A. BUSANI, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, in *Le società*, 2023, p. 446 ss.

³⁷ V. la sentenza della Corte 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*, cit., punti 43-44.

³⁸ L'art. 86 *ter*, par. 1, n. 2, direttiva 2017/1132, definisce la trasformazione transfrontaliera come: «l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, pur conservando la propria personalità giuridica, muta il tipo in cui è iscritta nello Stato membro di partenza in uno dei tipi di società elencati nell'allegato II previsti per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale». È stato posto correttamente in rilievo che l'art. 86 *ter*, della direttiva 2019/2121 prevede esclusivamente l'obbligo di trasferimento della sede sociale; ma questo trasferimento non deve essere necessariamente accompagnato anche da quello della sede effettiva, che può pertanto essere localizzata anche in un altro ordinamento (v. N. DE LUCA, “Almeno” la sede sociale. *Diritto europeo e criteri di collegamento delle società*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 387 ss.).

³⁹ È opportuno chiarire che il legislatore italiano, al momento dell'attuazione della direttiva, ha avuto cura di precisare che il trasferimento all'estero della sede statutaria può avvenire solo con il procedimento previsto per la trasformazione transfrontaliera (art. 2510 *bis* cod. civ., disposizione introdotta dal d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, Attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere). In dottrina v. C. RINALDO, *Le trasformazioni transfrontaliere*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1399 ss., 1431; ID., *Per una ricostruzione sistematica della trasformazione transfrontaliera. Prime riflessioni*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 407 ss.; N. DE LUCA, *Prime riflessioni sul nuovo art. 2510-bis c.c., in materia trasferimento della sede all'estero. Veramente l'Italia abbandona il criterio dell'incorporazione?*, in *Riv. dir. soc.*, 2024, p. 243 ss.).

senzienti e dei dipendenti. Detto documento deve essere inoltre esaminato da un esperto indipendente, il quale redige una relazione, al fine di attestare la convenienza dell'operazione

Il progetto e, eventualmente, la relazione dell'esperto indipendente devono essere pubblicati nel registro delle imprese del luogo nel quale si trova la sede sociale, con un congruo anticipo rispetto alla data nella quale si svolgerà l'assemblea per l'approvazione dell'operazione. L'assemblea approva, quindi, il progetto con la maggioranza prevista per le operazioni straordinarie, purché sia pari ad almeno due terzi del capitale sociale.

Una volta completato il procedimento, un notaio o altro pubblico ufficiale abilitato stila il certificato preliminare di trasformazione, da trasmettere all'autorità competente dello Stato membro di destinazione, con il quale attesta che sono state rispettate tutte le formalità necessarie e che il procedimento di trasformazione può essere completato e produrre effetto nello Stato membro di destinazione⁴⁰.

Come è evidente, questa operazione, pur consentendo all'ente di mantenere la personalità giuridica acquisita nell'ordinamento di origine, determina, sul piano della regolamentazione positiva, una netta cesura rispetto alla società preesistente. Essa, pertanto, non si pone necessariamente in contrasto con la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Daily Mail* e con l'affermazione, in essa contenuta, secondo la quale le società sono enti che esistono in base ad un determinato ordinamento giuridico, quanto piuttosto in linea di continuità con la stessa, dato che essa mira pur sempre a mantenere un contatto tra la società ed un determinato sistema giuridico nazionale di riferimento⁴¹.

19. In questo contesto, il problema maggiore, è quello di apprestare adeguati strumenti di tutela per le categorie che rischiano di essere maggiormente pregiudicate dall'operazione. Queste sono le medesime contemplate dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza sul diritto di stabilimento secondario esaminata nel paragrafo precedente: ovvero i soci di minoranza, i creditori e, infine, i dipendenti, che avevano fatto affidamento su un certo assetto giuridico, oltre che su una determinata localizzazione dell'attività.

Per quanto riguarda i soci dissenzienti, costoro possono recedere dal rapporto societario e hanno diritto ad alienare la propria quota alla società stessa. In caso di disaccordo sul valore della liquidazione offerta dalla società, i soci possono rivolgersi all'autorità giudiziaria (ovvero ad appositi procedimenti arbitrali) per consentire di addivenire ad una valutazione oggettiva del valore della quota di partecipazione.

I creditori, nel caso in cui ritengano che la trasformazione leda le loro prerogative, entro tre mesi dalla pubblicazione del progetto nel registro delle imprese, possono rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di ottenere che questa stabilisca, a carico della società, l'obbligo di costituire garanzie adeguate. In questo caso, tuttavia, l'accoglimento dell'azione è subordinato alla dimostrazione del pregiudizio, almeno potenziale, che discenderebbe dalla trasformazione. Inoltre, costoro hanno diritto, fino al termine di un periodo di due anni dal completamento del procedimento, a promuovere le azioni a tutela del proprio credito nello Stato membro di origine.

20. I dipendenti, diversamente dalle altre due categorie, non vantano diritti di natura sostanziale. Essi, infatti, hanno essenzialmente diritto ad essere compiutamente informati, in conformità alle disposizioni normative in materia di informazione dei lavoratori e di partecipare alle deliberazioni dell'organo direttivo secondo modalità analoghe a quelle che spettavano loro prima della trasformazione⁴²; ma, a

⁴⁰ Da questo momento in poi, la fattispecie verrà disciplinata attraverso l'applicazione della legge dello Stato membro di destinazione: spetta, pertanto, a detta legge stabilire quale sia l'autorità competente a ricevere il certificato preliminare e provvedere alle iscrizioni nel registro delle imprese (F. MUCCIARELLI, *L'ambito di applicazione del decreto legislativo sulle operazioni transfrontaliere e internazionali e il mutamento di legge applicabile alle società*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 397 ss.).

⁴¹ Fatta, ovviamente, eccezione per la personalità giuridica già acquisita sulla base dell'ordinamento giuridico di origine (v. BOGGIO, *Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell'Unione europea*, Torino, 2022, spec. p. 63 ss.; C. RINALDO, *Le trasformazioni transfrontaliere*, cit., p. 1435).

⁴² Si tratta, soprattutto, dei diritti previsti dalle direttive 2002/14/CE, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, in GUUE L 80 del 23.3.2002, pag. 29 e 2009/38/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in GUUE L 122 del 16.5.2009, p. 28-44 (entrambi i testi normativi sono stati modificati dalla direttiva (UE) 2015/1794 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015).

fronte di dette prerogative procedimentali, non possiedono strumenti effettivi per opporsi o per contrastare la trasformazione e, ciò che evidentemente interessa maggiormente tale categoria, la conseguente rilocalizzazione della sede sociale in un altro Stato membro. Si tratta, in definitiva, di un'evidente dis-crasia nel funzionamento del mercato interno: mentre gli operatori economici, infatti, vantano un diritto pieno di spostarsi verso il territorio dello Stato membro che risulta più vantaggioso dal punto di vista giuridico o economico (anche in termini di minore costo del lavoro o di tassazione inferiore⁴³), i lavoratori non possono frapporre i propri diritti e l'aspettativa ad una certa localizzazione del rapporto, al fine di contrastare tale diritto alla mobilità transfrontaliera⁴⁴.

IV. La tutela di soci di minoranza, creditori e lavoratori in ipotesi di stabilimento secondario ovvero di trasformazione transfrontaliera

21. In sintesi, le due ipotesi esaminate nei precedenti paragrafi sono chiaramente distinte sul piano teorico. Nel primo caso (par. II) siamo in presenza di una società costituita in uno Stato membro che mira ad esercitare un diritto di stabilimento secondario attraverso l'apertura di una succursale in un secondo paese. In questa ipotesi, pertanto, la società non intende né modificare la propria legge regolatrice, né spostare la sede principale. Il tipo di legame che la società intende mantenere con l'ordinamento del paese di origine finisce, conseguentemente, per dipendere dalle norme sostanziali e di conflitto di detto ordinamento.

Nella seconda ipotesi (par. III), invece, siamo in presenza di una società che, assai probabilmente, intende trasferire la propria sede principale, accettando, di conseguenza, le norme sostanziali e di conflitto del nuovo ordinamento, pur mantenendo la personalità giuridica acquisita sulla base del sistema giuridico di origine.

22. Il punto, tuttavia, è che le due ipotesi considerate, pur nettamente distinte sul piano teorico, possono in concreto produrre risultati assai simili, specie laddove le disposizioni di conflitto e le norme materiali dell'ordinamento di origine consentano di conservare solo un tenue legame con l'ordinamento di origine. Può infatti bene accadere che i contatti che l'ordinamento di origine mantiene con le proprie società siano estremamente flebili, facendo assomigliare la fattispecie della apertura di succursali quasi ad uno stabilimento primario, come si è verificato nel caso *Centros*. Il fatto di conservare solo un tenue legame con l'ordinamento di origine, d'altronde, non incide in maniera negativa sulla possibilità di fruire di una delle libertà circolatorie previste dal Trattato e, conseguentemente, sull'operatività del principio del mutuo riconoscimento⁴⁵. In questa situazione, tuttavia, il diritto dell'Unione europea non prevede

⁴³ È opportuno rilevare che, in astratto, la direttiva consente alle autorità dello Stato membro di origine di rifiutare il rilascio del certificato preliminare nel caso in cui abbiano il sospetto che l'operazione di trasformazione «è effettuata per scopi abusivi o fraudolenti, comportando la o essendo diretta all'evasione o all'elusione del diritto dell'Unione o nazionale, ovvero per scopi criminali» (art. 86 *quaterdecies*, par. 8, direttiva 2017/1132).

⁴⁴ Il contrasto tra la libertà di stabilimento delle società ed il diritto dei lavoratori a preservare il posto di lavoro in un dato luogo è affrontato in talune leggi nazionali. Tra queste, è opportuno segnalare quella francese e quella italiana: v., rispettivamente, per la Francia, la l. n. 824, del 29 marzo 2014, c.d. *Loi Florange*; per l'Italia, il d.l. 87/2018 ed i commi 224-238, della legge n. 234, del 31 dicembre 2021 e, infine, il d.l. 144/2022, c.d. *aiuti ter*. Nella sostanza, le leggi emanate in questi paesi impongono alle imprese che intendono chiudere taluni stabilimenti produttivi (con conseguente soppressione dei posti di lavoro) una serie di cautele procedimentali, quali quello di avviare una serie di consultazioni con le parti sociali e con gli enti pubblici coinvolti, la cui finalità è quella di ridurre il più possibile l'impatto sociale della chiusura ovvero del trasferimento della sede, eventualmente anche cercando un acquirente sul mercato ed imponendo sanzioni alle imprese che delocalizzano l'attività produttiva prima del decorso dei termini legislativamente previsti (invero alquanto prolungati) per la conclusione del procedimento. Anche in questo caso, tuttavia, l'obbligo del rispetto della disciplina europea sui licenziamenti collettivi, finisce per imporre alle imprese determinate cautele di carattere procedurale, esaurite le quali, l'impresa può liberamente procedere ad effettuare i licenziamenti e spostare l'attività produttiva in un diverso sito. In dottrina v. P. LOKIEE, *La Loi Florange o il licenziamento come extrema ratio*, in *LavoroDirittiEuropa*, 4/2021, p. 1 ss.; D. MEZZACAPO, *I licenziamenti "per delocalizzazione" dopo il c.d. decreto aiuti ter*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, I, p. 495 ss.; V. NUZZO, *Delocalizzazioni e chiusure di stabilimenti: i nuovi limiti all'iniziativa economica privata tra scelte legislative e prospettive possibili*, ivi, p. 518 ss.

⁴⁵ È pacifico, infatti, che «a legal situation created in Member State with which it has no objective links should not be

particolari strumenti per tutelare le categorie deboli, perché apparentemente, non essendo mutata né la legge regolatrice, né la sede statutaria, non ricorrerebbero specifiche esigenze di tutela dei soggetti che avevano riposto un certo affidamento su una data situazione fattuale e giuridica. E l'ordinamento del paese ospite interverrà eminentemente per salvaguardare i nuovi creditori ed i soggetti che entrano in contatto con la società, i quali potrebbero essere all'oscuro della circostanza che l'ente è disciplinato da una legge diversa da quella del luogo nel quale agisce⁴⁶.

In altri termini, mentre nella trasformazione transfrontaliera la tutela delle categorie "deboli" si fonda essenzialmente su norme armonizzate per l'incidenza del diritto dell'Unione europea, nel caso dell'apertura di uno stabilimento secondario, realizzato in conformità alla giurisprudenza *Centros*, la tutela dei soggetti deboli finisce per dipendere da un confronto, caso per caso, tra la legge del paese di origine e quella del paese di destinazione e dalla circostanza che le norme del nuovo ordinamento siano necessarie e sufficientemente proporzionali da trovare applicazione

Fino ad arrivare a vere e proprie discrasie, come può ad esempio accadere per creditori sociali e per i soci dissenzienti. I creditori possono infatti chiedere adeguate garanzie e continuare ad agire sul territorio dello Stato di origine anche quando la società abbia rescisso qualunque legame con detto sistema giuridico. Parimenti, i soci dissenzienti, nel caso della trasformazione transfrontaliera (quindi, in ipotesi di stabilimento primario) si vedono attribuito un diritto di recesso pieno e alla conseguente liquidazione della propria quota; del quale, al contrario, non godono in ipotesi di stabilimento secondario, anche nel caso in cui il legame fattuale che la società conserva con l'ordinamento di origine ziveste un carattere meramente formale.

23. In conclusione, siamo in presenza di due situazioni che, dal punto di vista pratico, possono risultare piuttosto simili, ma che finiscono per essere soggette a regole integralmente diverse. È evidente che questo assetto determina un forte grado di disomogeneità ed una notevole frammentazione nel funzionamento del mercato interno. In questo scenario, potremmo finanche assistere ad una sorta di effetto *Delaware* (dal nome del paese degli Stati Uniti d'America che ha la legislazione più permissiva), caratterizzato dalla circostanza che gli operatori economici tenderanno a localizzarsi nei paesi che presentano la legislazione societaria o fiscale più favorevole⁴⁷; e che, magari, contengono anche minori clausole di protezione dei lavoratori e dei creditori sociali⁴⁸. La concorrenza tra ordinamenti, che spesso è vista come uno dei vantaggi che discende dal funzionamento del mercato interno, in materia societaria potrebbe risolversi in una vera e propria concorrenza al ribasso, con notevole pregiudizio delle categorie maggiormente bisognose di protezione.

In questo contesto, è necessario che intervenga il legislatore, cercando di risolvere la discrasia riscontrata. Detta questione potrebbe essere affrontata sia sul piano del diritto materiale, sia sul piano del diritto internazionale privato.

V. La proposta del rapporto Letta di creazione di un ventottesimo regime normativo

24. Da lungo tempo, il legislatore europeo persegue l'obiettivo di creare strumenti societari che siano regolati dall'ordinamento sovranazionale e che, in quanto tali, possano prescindere dai legami che

penalised» (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 111).

⁴⁶ Ed in tale ipotesi, l'applicazione delle disposizioni del paese ospite è subordinata al consueto test di proporzionalità e necessità. V. i riferimenti *supra*, nota 21.

⁴⁷ In genere, le migrazioni societarie, nell'ordinamento dell'Unione europea, sono dirette soprattutto verso il sistema giuridico olandese. Questo è dovuto ad una pluralità di ragioni che vanno da una legislazione più favorevole al management societario alla fiscalità più conveniente. V., in generale, L. ENRIQUES, *Migrazioni societarie in Olanda e voto maggiorato*, 9 marzo 2023, disponibile al sito <https://fchub.it/migrazioni-societarie-in-olanda-e-voto-maggiorato/>.

⁴⁸ C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies*, Law Working Paper, n. 549/2020, consultabile al sito https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/geuernerbeurlemucciarellischustersiemsfinal_0.pdf, p. 12, rilevano, tuttavia, che tra gli Stati membri intercorrono maggiori distanze, sul piano linguistico, culturale ed economico, che renderebbero difficilmente replicabile il modello del Delaware in Europa.

gli stessi presentano con taluni ordinamenti nazionali: questa soluzione, in astratto, potrebbe in effetti eliminare i ravvisati rischi di una concorrenza verso il basso, ravvisati nel precedente paragrafo.

Già nel rapporto Monti del 2010, si proponeva di istituire una sorta di società privata europea, che avrebbe consentito alle società di accedere più facilmente al mercato unico. Secondo detto rapporto, infatti: «Occorre progredire ulteriormente verso l'adozione di uno statuto della società privata europea, che consentirebbe agli imprenditori di costituire la propria impresa nella stessa forma a prescindere dal fatto che svolgano la propria attività commerciale nel loro Stato membro o in un altro»⁴⁹.

25. Un'analogia soluzione è stata successivamente ipotizzata anche nel rapporto che il Prof. Letta ha presentato nel corso del 2024. Si può, per l'appunto, leggere in detto rapporto che sarebbe funzionale all'instaurazione di uno spazio giuridico maggiormente armonizzato la creazione di una sorta di ventottesimo regime commerciale (che, pertanto, si andrebbe ad aggiungere alle legislazioni dei ventisette Stati membri), che le imprese sarebbero libere di adottare, in luogo della normativa nazionale di uno degli Stati membri, per facilitare lo svolgimento di operazioni transfrontaliere nel mercato interno⁵⁰.

L'idea di fondo, nell'attesa di riuscire a dare vita ad un vero e proprio codice commerciale europeo, sarebbe pertanto quella di creare una sorta di regime giuridico aggiuntivo rispetto a quelli previsti dagli ordinamenti nazionali dei paesi membri, al quale le imprese potrebbero fare ricorso per creare una struttura che consentirebbe di spostarsi agevolmente da uno Stato all'altro, senza passare per procedure articolate che si svolgono secondo gli ordinamenti nazionali coinvolti.

In sostanza, si tratterebbe di un'ulteriore struttura a carattere sovranazionale, che andrebbe ad aggiungersi alla c.d. Società europea⁵¹. Solo che, a differenza di quest'ultima, non realizzerebbe una sovrastruttura concepita per permettere alle società esistenti di porre in essere uno strumento di cooperazione tra enti stabiliti in Stati membri diversi, ma darebbe vita ad una vera e propria struttura di base, alla quale parteciperebbero direttamente degli individui.

26. Il suggerimento del Prof. Letta è indubbiamente brillante. Lo stesso, tuttavia, appare assai farraginoso sul piano pratico. Un'impresa dovrebbe decidere, fin dal momento della sua costituzione, se vuole operare prevalentemente sul mercato nazionale ovvero direttamente sul mercato interno europeo. Le cose, tuttavia, non funzionano abitualmente in questo modo. Di regola, gli operatori economici danno vita ad una società con un piccolo apporto di capitale. Poi, man mano che il fatturato cresce, decidono di ampliare il giro di affari e cercano di offrire i propri beni e servizi anche all'estero. In questa situazione, gli oneri burocratici, anziché semplificarsi, si complicherebbero ulteriormente, perché si costringerebbero gli operatori a mutare l'assetto giuridico originario verso la nuova struttura disciplinata dal diritto europeo. In altri termini, non si semplificherebbero affatto i passaggi procedurali, ma verosimilmente questi si aggraverebbero ulteriormente.

⁴⁹ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea - Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, p. 105 (il rapporto, dal quale è desunta la citazione inserita nel testo, è tratto dal dossier preparato in occasione dell'audizione del Prof. Monti al Senato italiano, del 25 novembre 2010, ed è consultabile sul sito di detta istituzione (<https://www.senato.it>)).

⁵⁰ Più dettagliatamente, la creazione di un ventottesimo regime giuridico rappresenterebbe un passaggio intermedio rispetto alla creazione di un codice commerciale europeo, sulla tipologia dello Uniform Commercial Code statunitense: «A European Code of Business Law would be a transformative step towards a more unified Single Market, providing businesses with a 28th regime to operate within the Single Market. It would directly address the current patchwork of national regulations, acting as a key to unlock the full potential of free movement within the EU. (...) An initial step involves the systematic codification of the existing legal framework. However, merely codifying existing laws will not suffice to realise a truly integrated European market. It is essential to complement the codification process with innovative elements and new European tools designed to meet the needs of European enterprises. Such innovations must include the establishment of a Simplified European Company to provide a more adaptable legal structure for businesses. (...) Therefore, a European Business Code would provide economic players with a 28th regime to aid their Europeanisation, making the Single Market the natural horizon for business development» (E. LETTA, *Much more than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all citizens*, aprile 2024, p. 108 s. Il rapporto è consultabile al sito <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>).

⁵¹ Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), GU L 294 del 10.11.2001, p. 1–21.

Al punto che è prevedibile che la stessa proposta, se fosse tradotta in atti normativi concreti, non troverebbe un effettivo riscontro in pratica. Ma soprattutto, anche laddove venisse recepita in uno specifico regolamento, come è appunto avvenuto per la Società europea, questa non consentirebbe di fornire un'adeguata tutela proprio delle categorie "deboli", ovvero di quei soggetti – creditori, soci dissenzienti, lavoratori – che rischiano di essere maggiormente pregiudicati dai fenomeni di migrazione transfrontaliera. Lo stesso statuto della società europea risulta, proprio su questo aspetto carente, perché rimette all'ordinamento del paese nel quale si trova la sede sociale la tutela delle categorie maggiormente pregiudicate dai cambiamenti ai quali non partecipano, tra cui rientrano, per l'appunto, i creditori sociali ed i lavoratori⁵².

In altri termini, per essere soddisfacente, la proposta stessa dovrebbe essere accompagnata dall'armonizzazione anche degli aspetti esterni alla gestione societaria strettamente intesa, altrimenti la stessa non risolverebbe il problema, al quale si è fatto cenno, del diverso standard di tutela di dette categorie.

VI. La perdurante necessità dell'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in materia societaria

27. Una strada più semplice, rispetto a quella della creazione di figure societarie disciplinate direttamente dall'ordinamento sovranazionale, potrebbe essere quella dell'armonizzazione delle norme di conflitto tra gli Stati membri

Tralasciando il progetto di Convenzione di Bruxelles del 1968, ormai non più attuale⁵³, è opportuno trattare, seppure brevemente, di due proposte elaborate da gruppi di accademici e dirette ad invitare la Commissione a formulare un'apposita proposta di regolamento in materia⁵⁴.

28. La prima di queste è un progetto, elaborato da parte del *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, anche conosciuto come progetto Sonnenberger, dal nome del principale curatore, e pubblicata in un volume collettaneo del 2007, nella collana del Max-Planck-Institut⁵⁵.

Secondo questo testo, le società sono regolate dalla legge dello Stato nel quale si trova il registro nel quale sono iscritte; nel caso in cui manchi l'iscrizione, esse sono comunque disciplinate «dalla legge dello Stato in base alla quale sono organizzate» (art. 2, par. 2, del progetto).

Pure a fronte del generale accoglimento del criterio dell'incorporazione, la proposta prevedeva tuttavia diversi temperamenti volti a tutelare i terzi che, in buona fede, avevano fatto affidamento sul fatto che l'ente fosse soggetto una legge diversa. Così, in via esemplificativa, la società non può invocare le limitazioni alla capacità di agire dei propri organi discendenti dalla legge del luogo di costituzione, se agisce in uno Stato nel quale tali limitazioni non sono previste, a meno che, sulla falsariga dell'analogia regola contenuta nel regolamento Roma I, il terzo non ne fosse a conoscenza o lo avesse colpevolmente ignorato (art. 3, par. 2, del progetto). Parimenti, per quanto concerne la pubblicità ed i requisiti formali,

⁵² Il regolamento istitutivo della società europea, infatti, disciplina solo gli aspetti interni; ed al contempo precisa che, per tutto quanto non espressamente previsto, la società è disciplinata dal diritto dello Stato membro nel quale si trova la sede (v. art. 3, par. 1, e 9, par. 1, lett. c, del regolamento 2157/2001, cit.).

⁵³ Nella specie, l'art. 220 del Trattato CEE (abrogato dal Trattato di Lisbona), aveva previsto la conclusione di convenzioni fra gli Stati membri, per garantire «il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro». L'unico tentativo di dare attuazione a detta disposizione fu rappresentato dalla firma a Bruxelles di una convenzione nel corso del 1968. Detta Convenzione non ha, tuttavia, mai raggiunto il numero di ratifiche necessarie (su detto progetto v. A. SANTA MARIA, C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le società estere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, 2015, p. 56 ss.).

⁵⁴ Tutti gli autori che se ne sono occupati ipotizzano che un'eventuale regolamentazione europea dovrebbe essere contenuta in un regolamento, adottato in base all'art. 81 TFUE (C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation*, cit., p. 14).

⁵⁵ H. J. SONNENBERGER (ed.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tubingen, 2007. Il progetto di regolamento riportato nel testo è ivi pubblicato in varie versioni linguistiche (tedesco, inglese, francese, italiano).

si prevede che, in linea di principio, l'ente debba applicare sia le disposizioni della legge del paese di origine, sia quelle del paese nel quale si trova la sede ovvero del luogo nel quale l'atto è compiuto.

Per quanto poi concerne il mutamento della legge applicabile, l'art. 7, par. 2, del progetto stabilisce che siano adempiute tutte le formalità previste dalla precedente legge regolatrice a tutela dei soci dissenzienti; e che i creditori debbano essere invitati ad insinuare i propri crediti, facendo loro presente l'imminente cambiamento di legge applicabile.

Come si può agevolmente vedere, pertanto, il progetto utilizza il principio dell'incorporazione, quale criterio di collegamento principale in materia societaria, ma accompagna tale soluzione con una serie di cautele specificamente previste per proteggere i terzi che entrano in contatto con la società. In questo modo tale progetto, pur prediligendo un criterio di collegamento che è certamente più funzionale alla realizzazione della libertà di stabilimento, introduce diversi temperamenti in funzione della salvaguardia dei diritti dei soggetti che avevano riposto fiducia su un determinato assetto giuridico e fattuale della società. Quale critica, si può porre in rilievo che sarebbe opportuno che il progetto preveda anche ulteriori disposizioni per tutelare i lavoratori, che si trovano chiaramente in una posizione diversa da quella dei terzi e dei soci dissenzienti rispetto all'operazione di mutamento della legge regolatrice. Ma è anche vero che detto progetto considerava il cambiamento della legge regolatrice alla stregua di un fenomeno diverso dal semplice spostamento della sede: in altri termini, il cambiamento della legge applicabile poteva essere o no accompagnato dallo spostamento della sede. In definitiva, i lavoratori sono maggiormente pregiudicati dalla chiusura di uno stabilimento produttivo o dallo spostamento all'estero dell'attività sociale, più che dai semplici mutamenti nella regolamentazione giuridica di un dato ente. In questo contesto, si spiega verosimilmente perché i redattori del progetto decisero di non occuparsi specificamente della salvaguardia dei diritti dei lavoratori

29. Il secondo progetto che è opportuno menzionare, è quello elaborato dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato, nel corso della riunione svoltasi a Milano nel 2016⁵⁶. Tale seconda proposta, figurativamente denominata regolamento "Roma V", fa, del pari, riferimento alla legge del luogo di incorporazione; ma al contempo – sulla falsariga del progetto Sonnenberger – circoscrive l'applicazione di tale legge con una serie di contemperamenti in vista delle prerogative dei terzi.

Tra questi è opportuno menzionare, innanzitutto, la regola sopra riportata in materia di capacità per la tutela dei terzi in buona fede: nel caso in cui la società agisca in un ordinamento diverso da quello che ne disciplina il funzionamento, la stessa non può invocare i limiti alla propria capacità di agire che discendono dalla sua legge regolatrice.

In secondo luogo, l'art. 8, in tema di mutamento della legge applicabile, prevede espressamente che la legge precedente al cambiamento si applichi «to measures for the protection of minority shareholders, creditors and employees of the company». Evidentemente questa previsione va al di là della giurisprudenza della Corte, dal momento che rimette integralmente la tutela di queste categorie al sistema giuridico di origine, anche dopo il cambiamento della legge regolatrice, accompagnato o meno dal trasferimento all'estero della sede. Nella sostanza: il mutamento di legge applicabile non può in alcun incidere sui diritti dei terzi, dei soci di minoranza e, infine, dei dipendenti. Quindi, non vi è spazio per l'applicazione delle norme imperative del paese ospite, creando in tal modo un clima di maggiore certezza giuridica⁵⁷.

30. Entrambe le proposte alle quali abbiamo fatto riferimento in questo paragrafo, presentano molti pregi: il primo è quello di rendere oggettivamente individuabile, nel funzionamento del mercato interno, la legge regolatrice dell'ente. Sotto questo profilo, il criterio dell'*incorporation* è indubbiamente adatto a conferire certezza giuridica, in quanto la legge applicabile non subisce alcuna conseguenza per effetto dello spostamento di sede in un diverso Stato membro. Detto criterio, laddove venisse unifor-

⁵⁶ La proposta è pubblicata sul sito del GEDIP ed è reperibile al seguente link: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2016/09/Company-law-3rd-draft.pdf>. Per il commento v. F. GARCIMARTÍN, *The Law Applicable to Companies in the European Union. A Proposal by the European Group for Private International Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 949 ss.

⁵⁷ A meno che non siano norme di applicazione necessaria del foro o di paesi terzi (cfr. art. 10, del Progetto GEDIP).

memente recepito da tutti gli Stati membri, è inoltre conoscibile da tutti ed è immune dalle valutazioni di carattere discrezionale, che possono discendere dalle varie modalità che contraddistinguono il criterio della sede (che portano, alle volte, a preferire la sede statutaria; oppure, in altri casi, a privilegiare il collegamento con un dato ordinamento della sede effettiva ovvero di quella amministrativa). Soprattutto poi, come si è visto, rappresenta un criterio di collegamento idoneo a facilitare l'esercizio della libertà di stabilimento. Ma, al contempo, la scelta della legge del luogo di costituzione è accompagnata da una serie di temperamenti tendenti a salvaguardare le prerogative delle categorie di soggetti che entrano abitualmente in contatto con una determinata società e che richiedono l'introduzione di specifiche cautele

31. Nessuna delle proposte menzionate in questo paragrafo è stata, tuttavia, coltivata dalla Commissione europea, la quale ha preferito limitare il proprio campo di azione all'adozione della direttiva sulla trasformazione transfrontaliera⁵⁸. In questo modo, tuttavia, l'incertezza circa le modalità di protezione dei soggetti che avevano fatto affidamento su un determinato assetto giuridico e fattuale dell'ente risulta fortemente avvertita. In detto contesto, caratterizzato da una forte incertezza e da una notevole disomogeneità, risultano favoriti gli operatori economici di maggiori dimensioni e che dispongono delle più estese risorse economiche, i quali sono in grado di operare su una pluralità di sistemi giuridici e possono conseguentemente trarre profitto delle differenze normative fra gli ordinamenti degli Stati membri. Non sembrano, pertanto, affatto scongiurati i rischi di una concorrenza al ribasso, determinata dalla naturale propensione delle società multinazionali a stabilirsi negli ordinamenti che presentano maggiori vantaggi dal punto di vista fiscale ovvero sul piano di una regolamentazione giuridica meno restrittiva

⁵⁸ V. il documento *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, COM/2018/241 final, p. 20: «given that the instances in which clarity is most needed, namely specific issues related to the law applicable to limited liability companies in cross-border situations, will be addressed in the proposed legislation on cross-border conversions, mergers and divisions, it was decided *not to propose a specific legislative act on conflict-of-laws* at this point in time» (corsivo aggiunto).

Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo

Commercial arbitration and public policy in Spain and in comparative law: special reference to the European Union's public policy in the judicial review of awards

DIEGO AGULLÓ AGULLÓ*

*Profesor colaborador asistente de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

ORCID ID: 0000-0003-2263-9369

Recibido: 20.12.2024 / Aceptado: 06.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9321

Resumen: En este trabajo se analiza la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo arbitral en España y en el Derecho comparado, con particular atención al orden público de la Unión Europea. En este artículo se defiende que los tribunales ordinarios deben tener deferencia hacia el arbitraje, interpretando la noción de orden público de manera restrictiva y protegiendo la autonomía de la institución arbitral, tan relevante en el comercio internacional, sin que el órgano jurisdiccional de control pueda entrar a valorar el fondo del laudo ni sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral. Se defiende, entre otras cuestiones, una aproximación minimalista del control jurisdiccional del laudo comercial, de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave: Orden público, Unión Europea, arbitraje comercial.

Abstract: This paper analyses the notion of public policy in the jurisdictional review of commercial arbitral awards in Spain and in comparative law, with particular attention to the public policy of the European Union. This article argues that courts should show deference towards arbitration, interpreting the notion of public policy in a restrictive manner and protecting the autonomy of the arbitration institution, which is so important in international trade. The court should not be able to enter into an

*Algunas de las ideas que se contienen en este trabajo fueron expuestas en el *VII Symposium on Salient Issues in International Arbitration - International Arbitration: Evolution or Devolution?*, organizado en Washington, D.C. por el *Center on International Commercial Arbitration at American University Washington College of Law* y el *Institut Suisse de Droit Comparé*, bajo la dirección del Prof. H. A. GRIGERA NAÓN y la Prof^a. K. NADAKAVUKAREN. Agradezco al Prof. B. ARP su fantástica labor en la organización de este simposio. Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad de León (506) titulado “Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales -EUROHIST.org-”, del que el autor es miembro colaborador. Este trabajo lo ha leído el Prof. P. FAJARDO MARTOS, de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), a quien agradezco sus comentarios. Agradezco los comentarios de los Prof. S. ADROHER BIOSCA, I.E. LÁZARO GONZÁLEZ, M. J. LUNAS DÍAZ y E. ÁLVAREZ ARMAS, de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), con quien he tenido la oportunidad de intercambiar opiniones sobre el tema abordado en este artículo. Agradezco a los evaluadores independientes y anónimos de la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* por sus valiosos comentarios. Agradezco la asistencia de C. MARÍN BOSCH, alumna colaboradora del área de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) durante el curso académico 2022-2023. Las opiniones expresadas en este trabajo y cualquier error que pueda encontrarse en él son responsabilidad exclusiva del autor. Trabajo modificado por última vez en fecha 01-02-2025

assessment of the merits of the award or replace the decision-making work of the arbitral tribunal. This paper supports, among other aspects, a minimalist approach to the jurisdictional review of the award, in accordance with the recent case law of the Spanish Constitutional Court.

Keywords: Public policy, European Union, commercial arbitration.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de orden público en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español. III. Una primera aproximación a la naturaleza constitucional del arbitraje en España y al principio de mínima intervención jurisdiccional. IV. Entendiendo la cláusula de orden público. Orden público y normas imperativas. Los adjetivos del orden público: el orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “internacional español”, “negativo”, “positivo”, “transnacional” y “europeo”. 1. Algunas precisiones de Derecho internacional privado. 2. La noción *ius* internacional privatista de orden público trasladada al control jurisdiccional del laudo arbitral en España: el control del laudo doméstico, internacional y extranjero. V. La noción de orden público de la Unión Europea en el ámbito arbitral comercial. 1. La jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje comercial y orden público. 2. Límites y técnicas de aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. A) Límites de conexidad: la “vinculación mínima” y el orden público europeo “de proximidad”. Especial referencia al Derecho europeo de la competencia y a las sanciones internacionales. B) La cuestión prejudicial como elemento esencial en el aseguramiento de la efectividad del Derecho de la Unión Europea: ¿es posible la aplicación del Derecho de la Unión Europea por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados? Del arbitraje de inversiones al arbitraje comercial, pasando por el arbitraje deportivo obligatorio. C) El límite de la caducidad de la acción de anulación y del principio dispositivo del proceso civil aplicable a la acción de anulación en el ordenamiento español. D) Límites al control judicial de la motivación del laudo arbitral. E) La posición maximalista del Tribunal Federal alemán frente a la posición minimalista (y mucho más apropiada) del Tribunal Constitucional español en relación con la jurisprudencia del TJUE. VI. Consideraciones finales

I. Introducción

1. La cláusula general de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral comercial o como causal para el no reconocimiento y ejecución de laudo extranjero es un asunto que preocupa a la comunidad arbitral porque puede comprometer la viabilidad de un laudo arbitral que debe poner fin a una controversia comercial. En este trabajo se estudia la noción de orden público en profundidad, sobre todo el concepto de orden público de la Unión Europea (UE) y se defiende una aproximación minimalista del orden público y del control jurisdiccional del laudo, en la que los jueces muestren una imprescindible deferencia hacia el arbitraje.

2. España es una jurisdicción pro-arbitraje, con una *lex arbitri* moderna, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley de Arbitraje o LA), que sigue lo dispuesto por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional. Además, España tiene ratificado el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York) con carácter *erga omnes* ya que nuestro país no hizo uso de la reserva de reciprocidad. En caso de conflicto entre tratados en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, rige en España el principio de máxima eficacia, siguiendo el ordenamiento español una orientación pro-reconocimiento¹.

3. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid vino anulando, sobre todo a partir de 2015, algunos laudos arbitrales aplicando la causal de contrariedad de la sentencia arbitral con

¹ A.L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, (*acceso online*).

el orden público del art. 41.1 f) LA². El Tribunal Constitucional español (TC) ha venido a su vez, en los últimos tiempos, estimando diversos recursos de amparo ejercitados contra sentencias anulatorias del TSJ de Madrid, por excederse en el control judicial del laudo y vulnerar de esta manera el art. 24 de la Constitución Española, y declarando nulas dichas resoluciones judiciales. Ello ha permitido perfilar la noción y contenido de la cláusula de orden público en España como motivo de anulación del laudo arbitral, estableciendo, en esencia, que el arbitraje pende de los arts. 1 (libertad) y 10 (libre desarrollo de la personalidad) y no del art. 24 (tutela judicial efectiva o acceso a la justicia) y que, como consecuencia, debe evitarse un desbordamiento de la noción de orden público que lo convierta en un “cajón de sastre”, y que la motivación del laudo no se rige por las mismas exigencias que la de las resoluciones judiciales, siguiendo la motivación del laudo un parámetro propio³.

4. En cuanto a la definición de orden público, el TC, en su Sentencia 46/2020 dispone que:

“(…) por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero ; 116/1988, de 20 junio , y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”.⁴

5. El control jurisdiccional del laudo se ejercita una vez emitido el laudo: esencialmente en sede de anulación o en materia de reconocimiento y ejecución de sentencia arbitral extranjera. La acción de anulación es una medida excepcional y que, consecuentemente, debe estimarse en atención a una interpretación restrictiva de las causales de anulación contenidas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje que, además, son *numerus clausus*⁵. Restrictivamente debe interpretarse, por tanto, la causal relativa al orden público del art. 41.1.f) que, al menos con carácter previo a la reciente doctrina constitucional, parecía haberse interpretado de una manera un tanto amplia o expansiva por parte de algunos órganos jurisdiccionales. En materia de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, el Convenio de Nueva York establece en su artículo V que uno de los motivos de no reconocimiento de un laudo extranjero en un

² Cabe destacar la STSJ Madrid 28 enero 2015 (JUR 2015\79489) en la que el órgano jurisdiccional anuló un laudo arbitral por vulneración del “orden público económico”. En este caso, el tribunal arbitral decidió sobre una permuta financiera y el órgano jurisdiccional determinó que el tribunal arbitral no había dado cumplimiento en la sentencia arbitral a normas imperativas de Derecho de la Unión Europea en materia financiera y que, por tanto, debía activarse la causal de orden público del art. 41.1f) de la Ley de Arbitraje. CONTHE manifiesta que, dejando de lado el grave error que supone una “extralimitación y exceso de jurisdicción” por parte del TSJ Madrid, este órgano jurisdiccional incurre en “equivocaciones en la interpretación de la ley del Mercado de Valores”. Vid. M. CONTHE, “Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8515, 2015, p. 10.

Vid. también a este respecto resoluciones relacionadas, denegando o estimando la anulación: ATSJ Madrid 4 abril 2017 (AC\2017\375), ATSJ Madrid 3 mayo 2017 (AC\2017\482), STSJ Madrid 4 mayo 2017 (AC\2017\563), STSJ Madrid 8 enero 2018 (AC\2021\1329), ATSJ Madrid 22 mayo 2018 (AC\2018\1301), STSJ Madrid 13 diciembre 2018 (AC\2019\230), ATSJ Madrid 5 de marzo 2019 (JUR\2019\232664), STSJ Madrid 1 octubre 2019 (JUR\2019\314948), STSJ Madrid 4 octubre 2019 (JUR\2019\315503), STSJ Madrid 8 noviembre 2019 (JUR\2019\319977), ATSJ Madrid 27 julio 2020, ATSJ Madrid 3 abril 2020.

³ Debemos citar las SSTC 15 junio 2020, 46/2020 (ECLI:ES:TC:2020:46), 15 febrero 2021, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) (vid. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO y A. BRIONES, “Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 105-110), 15 marzo 2021, 55/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:55), 4 abril 2021, 65/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:65), 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50), 27 junio 2022, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) y STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022.

⁴ STC 15 junio 2020 (ECLI:ES:TC:2020:46) (FJ4).

⁵ Vid. STC 15 marzo 2021, 55/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:55) (FJ3); 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3) y 4 abril 2021, 65/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ3-4). Sobre la acción de anulación del laudo arbitral, vid. M.V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.

Estado contratante es que la sentencia arbitral será contraria al “orden público de ese país”, que también debe interpretarse de una manera restrictiva.

6. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido emitiendo jurisprudencia que perfila el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en relación con el arbitraje, estableciendo en el popular caso *Eco Swiss* que debe asegurarse el principio de efectividad del Derecho de la UE, particularmente en este caso del Derecho de la competencia de la UE —del que ya no se duda sobre su arbitrabilidad— y que ello debe hacerse con base en un principio de equivalencia: si existen remedios procesales nacionales que permiten anular un laudo por contrariedad con el orden público del Estado Miembro de la sede del arbitraje, también debe ser posible anular el laudo si se contraría el orden público de la Unión Europea, como es en el caso de la contrariedad con el Derecho de la competencia de la UE. En *Eco Swiss*, el TJUE indica incluso que la noción de orden público de la Unión Europea debe utilizarse en el seno de la causal de no reconocimiento relativo al orden público contenido en el art. V del Convenio de Nueva York⁶.

7. En el reciente asunto *ISU*, en materia de arbitraje deportivo obligatorio, el TJUE también confirma su doctrina anterior en cuanto a que la cuestión prejudicial es un elemento esencial en la consecución de tal efectividad, para lo que determina que la sede del arbitraje, concepto no regulado en el ámbito del Derecho de la Unión, juega un papel fundamental en tal consecución, al permitir que los órganos jurisdiccionales de la sede del arbitraje, competentes para conocer del recurso de anulación contra el laudo, remitan cuestión prejudicial al TJUE en caso de que se haya sustanciado inadecuadamente en el arbitraje alguna cuestión de orden público de la Unión Europea o sobre la que deba consultarse al TJUE a través de la cuestión prejudicial. Cabe tener presente que los tribunales arbitrales no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE y que la noción del orden público de la Unión Europea, como clausula general, se determina caso a caso existiendo jurisprudencia del TJUE y de tribunales nacionales que se refieren a las normas de Derecho de la competencia, Derecho de los consumidores, sanciones internacionales y Derechos humanos como “normas de orden público” de la Unión Europea⁷.

8. Una incorrecta interpretación de la jurisprudencia del TJUE, y una inapropiada extrapolación de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo obligatorio al arbitraje comercial, puede llevar a pensar que el TJUE está proclamando un orden público expansivo y, en cierto modo, absoluto, sin limitaciones, que permita a los jueces nacionales entrar a valorar el fondo de la controversia decidida en sede del arbitraje comercial para dilucidar si el laudo es contrario al orden público de la Unión Europea. Si bien puede calificarse críticamente la posición del TJUE como maximalista o expansiva en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión en conexión con el arbitraje, el orden público de la Unión Europea tiene, según la propia jurisprudencia del TJUE, — y debe tener en todo caso— límites a la hora de ser utilizado por los jueces nacionales en sede de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales. Todo ello en aras de preservar la autonomía y buen funcionamiento del arbitraje comercial, institución fundamental para la resolución de disputas entre privados en un mundo globalizado⁸. El Tribunal Constitucional español acierta en su doctrina, recientemente sistematizada en la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, estableciendo que las normas de orden público deben ser controladas por parte del tribunal ordinario de anulación, pero adoptando una posición de deferencia hacia el arbitraje, preservando su necesaria

⁶ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97. Sobre el principio de efectividad en materia de Derecho de la competencia de la UE y arbitraje, *vid.* A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cláusulas arbitrales estándar y reclamaciones de daños causados por los cárteles conforme al Derecho de la UE”, *Iurgium. Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, nº 41, 2024, pp. 16 y ss.

⁷ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala).

⁸ La STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 también determina que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales” (párr. 35). En este mismo sentido se pronuncia la STJCE 28 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/2005 (párr. 34). La STC 15 febrero 2021, 17/21 (ECLI:ES:TC:2021:17) dispone que la acción de anulación es un “remedio extremo y excepcional” (FJ2).

autonomía y aplicando correctamente la doctrina del TJUE al respecto a través de un control externo del laudo y sin que el tribunal ordinario pueda sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral.

9. Este trabajo se estructura abordando, en primer lugar, la noción de orden público en los distintos sectores del ordenamiento español hasta llegar a la noción de orden público que se utiliza en el Derecho internacional privado, que puede servir como prisma para estudiar esta cláusula general en el ámbito del arbitraje internacional⁹. Se analiza la doctrina constitucional española en materia de arbitraje comercial y se estudia la noción de orden público de la Unión Europea y sus límites y técnicas de aplicación como causal de control jurisdiccional del laudo arbitral, con particular atención a la jurisdicción española y con algunas referencias al Derecho comparado.

II. El concepto de orden público en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español

10. La noción de orden público (*ordre public*, *public policy*) puede tener distintos significados dependiendo de la disciplina científica y, en la esfera jurídica, del sector del ordenamiento y de la jurisdicción de que se trate. Podemos encontrar este concepto en el ámbito de la Ciencia Política y la Filosofía del Derecho y en normas propias del Derecho canónico, constitucional, administrativo, penal, procesal, civil, mercantil y, por supuesto, en el Derecho internacional y en el arbitraje internacional¹⁰.

11. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar que el *Codex Iuris Canonici* dispone que “los transeúntes no están sometidos (...) a las leyes del territorio en el que se encuentran, exceptuadas las que miran a la tutela del orden público, determinan las formalidades que han de observarse en los actos, o se refieren a las cosas inmuebles situadas en el territorio” (canon 13, §2, 2/). En España, la Constitución se refiere al orden público hasta en dos ocasiones (arts. 16 y 21) como una suerte de límite impreciso al ejercicio de derechos fundamentales¹¹. En el ámbito del Derecho administrativo, la Sala

⁹ Sobre el orden público como cláusula general y como motivo de anulación, *vid.* J. REMÓN PEÑALVER, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 2007, disponible en: <https://indret.com/sobre-la-anulacion-del-laudo-el-marco-general-y-algunos-problemas/> (último acceso 01/02/2025).

¹⁰ La noción de orden público es un concepto propio de la Ciencia Política que evoluciona notablemente a partir del siglo XVIII como “cláusula de habilitación de la fuerza” del poder ejecutivo. *Vid.* F. GODICHEAU, “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, n° 2, 2013, p. 130. THOMA considera que existen connotaciones distintas entre el término francés *ordre* y el anglosajón *policy*, que cabría tener en cuenta: “one observation relating to the development and role of the exception clause in the common and continental legal systems concerns the terminology of the words ‘policy’ and ‘ordre’. the two terms are by no means equivalent. ‘Policy’ suggests that the principles concerned are enshrined in wider societal and political ideas, whereas ‘ordre’ is closer to the English term «law and order» and has fewer political connotations compared to policy”. I. THOMA, “Public policy (*ordre public*)” en J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), pp. 1454 y 1455.

¹¹ El art. 16.1 CE dispone que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Por otra parte, el art. 21.2 del texto constitucional establece que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. *Vid.* J.C. MONTALVO ALBIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 22, 2010, p. 202. En la STC 12 diciembre 1994, 325/1994 (RTC 1994\325) (FJ2), nuestro tribunal de garantías equipara la noción de orden público al de seguridad pública del art. 149.1.29 CE: “hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo (...). Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales según lo definía la Ley homónima de 28 de julio de 1933 (RCL 1933\1111), durante la Segunda República. Tal era el sustrato, también, de la que con la misma rúbrica y finalidades había promulgado el 23 de abril de 1870, bajo la Constitución de 1869. En la nuestra de 1978 se encuentran otras alusiones a la seguridad ciudadana desde la perspectiva de quienes han de garantizarla, así como de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, misión privativa

Tercera del Tribunal Supremo aborda en numerosas ocasiones este concepto, sobre todo al referirse a las cuestiones procesales como elemento de orden público¹². En el ámbito del Derecho penal, cabe traer a colación los “delitos contra el orden público”, regulados en el título XXII del Código Penal y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que obliga a las autoridades del Estado al uso “moderado” de la vía penal para el mantenimiento del “orden público institucional”, sobre todo en lo que tiene que ver con la restricción de la libertad de expresión¹³.

12. En la esfera del Derecho procesal civil y penal, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) regula, en cuanto a la publicidad de las actuaciones orales, que “las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática (...) (art. 138)”. En este mismo sentido se pronuncia en el ámbito penal el art. 681 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.)¹⁴.

13. En el ámbito del Derecho civil español, la noción de orden público aparece probablemente por vez primera en el Proyecto de Código Civil de 1821, que jamás vio la luz como texto legal vigente, y que disponía que “son nulos los actos en que por renunciaciones o convenios se intenta dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos por su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley”¹⁵. El orden público aparece en nuestro vigente Código Civil de 1889 hasta en 7 artículos distintos. Dejando de lado las reglas propias de Derecho internacional privado contenidas en el Código Civil, cabe mencionar que el art. 1.3 CC dispone que “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”¹⁶. El 6.2 CC regula que “la ex-

de las Fuerzas y Cuerpos correspondientes (art. 104 CE), sin olvidar a la policía judicial para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) normas constitucionales que desarrolla la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986\788), reguladora de los servidores de esa función”.

¹² Vid. por ejemplo la STS 2 marzo 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:643), que dispone: “(...) es coherente que la Sala de apelación se planteara y sometiera a las partes la falta de legitimación pasiva del Ministerio de Justicia, pues la correcta constitución de la relación procesal es cuestión de orden público”.

¹³ Vid. STEDH 14 junio 2016, *Jiménez Losantos v. España*, TEDH 2016\51 (párr. 51), que establece: “(...) tratándose de la pena impuesta al demandante, si bien es legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional y que una respuesta penal a actos de difamación no es per se desproporcionada y por tanto incompatible con el artículo 10 del Convenio (...), el Tribunal considera que la posición dominante que ejercen estas instituciones obliga a las autoridades a dar prueba de moderación en el uso de la vía penal (...)”. También en el ámbito penal las SSTC 11 febrero 1987, 15/1987 (RTC\1987\15) y 20 junio 1988, 116/1988 (RTC\1988\116) se refieren a “normas de orden público” y al “orden público procesal” al tratar cuestiones relativas a la prohibición de la *reformatio in peius*.

¹⁴ De igual manera se regula el art. 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ). Vid. STC 19 abril 2004 56/2004 (RTC 2004/46) (FJ5). El art. 325 LECrim. también regula que “el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público (...) podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (...)”.

¹⁵ Vid. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español”, *Anuario español de Derecho internacional*, nº 2, 1975, p. 181. El Proyecto de Código Civil de 1821 refleja ya lo dispuesto por el art. 6 del Código Civil francés de 1804: “*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*”.

¹⁶ La STS 12 marzo 2002 (RJ\2002\5696) dispone que “la costumbre es mencionada en el Código Civil como segunda fuente de derecho, y tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima *«iura novit curia»* y quien alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario “si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”, citando el art. 281.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que además de a la prueba del derecho extranjero, se refiere a la prueba de la costumbre que regula el art. 1.3 CC. En esta resolución, el TS acude insiste en que una costumbre no puede ser contraria a una ley positiva atendiendo a las propias fuentes del derecho que se regulan en el art. 1 CC. En este sentido, el alto tribunal acude a la diferenciación doctrinal que existe entre costumbre *contra legem* (contraria a la ley), *secundum legem* (conforme a la ley) y *extra legem* o *praeter legem* (las que regulan situaciones sobre las que no existe ley alguna). En este caso concreto, se estaba discutiendo sobre si es costumbre la prórroga del plazo del poder testatorio en el Fuero Nuevo, derivado de la influencia de las Leyes de Toro. El TS determinó que existía costumbre *praeter legem*, admitida legalmente atendiendo al art. 1.3 CC. La doctrina contenida en esta sentencia del TS fue seguida y aplicada por la SAP Cuenca

clusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”¹⁷. El art. 21.2 CC establece que “la nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional”¹⁸.

14. Por otro lado, el art. 594 CC reza que “todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público” y el 1255 del mismo cuerpo legal que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, estableciendo lo que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, se suele denominar orden público “interno”¹⁹. El TS ha venido consagrando el orden

20 febrero 2003, 41/2003 (2003/129072) que no dio por probada una supuesta costumbre que acontecía en el municipio de “de Villanueva de la Jara o en sus aldeaños, pues no han sido traídos al pleito testimonios de personas o instituciones que pudieran corroborar dicha vigencia y hacer uso de la pretendida costumbre como norma válida y existente que pudiera servir para dar acabada solución a la disputa”.

¹⁷ La SAP Almería 10 febrero 2004, 7/2004 (JUR\2004\103650) aplica el art. 6.2 a la posible renuncia de los intereses contemplados en el art. 20 de la Ley de 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

¹⁸ La STS 25 noviembre 1996 (RJ 1996\8906) (FJ1) confirma la denegación de la concesión de la nacionalidad por ser contraria al orden público a un individuo que fue condenado en firme por un delito de homicidio, a pesar de que el recurrente alegara que el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la eximente de legítima defensa, sino sólo la de error de prohibición vencible. La STS 24 abril 1999 (RJ1999\4597) (FJ6) dispone que la noción de orden público a la que se refiere el art. 21.2 CC es un concepto jurídico indeterminado y, como tal, (...) no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados”. El TS recuerda que (...) el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos, salvo que por fundadas razones de orden público o interés nacional proceda denegarla (...) y confirma la sentencia del tribunal *a quo* que anuló la decisión de la Administración. La STS 12 septiembre 2011 (RJ\2011\693) FJ3 confirma la sentencia del tribunal *a quo* que emitió sentencia estimatoria de recurso contra resolución del Ministerio de Justicia que denegaba la concesión de la nacionalidad española por razón de orden público, con base en un informe catalogado como “reservado” del que no se ofrece ningún tipo de detalle. El TS determina que “(...) no resulta fundada y justifica a una resolución denegatoria como la que es objeto de este proceso, que ha de ser razonada según el art. 21.2 del Código Civil, invocando informes que no constan en su contenido y no pueden valorarse por el interesado ni ser objeto del correspondiente control judicial, impidiendo la tutela judicial que garantiza con carácter general el art. 24 de la Constitución”. El TS indica que “no era suficiente acogerse al círculo de relaciones y a las actividades de la persona peticionaria como hizo el Acuerdo, sino que con las oportunas reservas para no perjudicar otros intereses era preciso concretar en que consistían éstas y aquéllas para de ese modo facilitar a los recurrentes fundar el recurso que estaban legitimados para ejercitar y al Tribunal examinar su actividad control (...)”.

¹⁹ Resulta interesante destacar que, en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada en 2023, “las referencias a la moral, a las buenas costumbres e incluso al orden público - en este último caso, por la pluralidad de significados de esta expresión- han sido sustituidas por la mención de los «principios básicos del ordenamiento español», en línea con lo establecido en los textos del Derecho europeo de contratos”. Sobre la noción de orden público o de normas imperativas “simples” u “ordinarias”, *vid.* apartado IV.1 de este trabajo. La STS 5 febrero 2013, 26/2013 (RJ\2013\928) determinó que una cláusula penal que obligaba a un menor futbolista a indemnizar con más de tres millones de euros al Fútbol Club Barcelona por no cumplir con un precontrato suscrito entre sus padres y la citada entidad deportiva que regulaba la permanencia del jugador en el Club era contraria al orden público. Así, el TS estableció que “una vez delimitado el marco interpretativo, el componente axiológico que informa la tutela del interés superior del menor debe contrastarse con los límites que presenta la autonomía privada en esta práctica de contratación dirigida a menores de edad, especialmente respecto del orden público dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil. Dicho concepto refiere los principios fundamentales y rectores que informan la organización general de la comunidad, particularmente de aquellas materias o ámbitos comprendidos dentro del orden constitucional y que no pueden quedar impedidos o vulnerados por pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (...). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional”. Con cita de la STS 26/2013, la STS 13 septiembre 2016, 530/2016 (RJ\2016\4107) dispone que las cláusulas penales contenidas en contratos serán válidas siempre que no rebasen el principio de proporcionalidad contractual que rige en el ordenamiento

público como límite a la libertad contractual y ha establecido que el “orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”²⁰.

15. El Derecho mercantil y el Derecho laboral también cuentan con la noción de orden público en las normas reguladoras de las relaciones jurídicas que les son propias y cuya jurisprudencia interpretativa toma como base la recién citada doctrina del TS²¹. Por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) incluye el concepto de orden público como causa de nulidad de la sociedad si el objeto social es contrario a aquél (art. 56), y como causa de impugnación de los acuerdos sociales (arts. 205, 206 y 495)²².

jurídico español, pudiendo de otro modo ser contrarias al orden público que consagra el art. 1255 CC: “no obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No solo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928) (Rec. 1440/2010)], o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas”. En este mismo sentido se pronuncia la STS 20 abril 2022, 317/2022 (RJ\2022\2278).

²⁰ *Vid.* STS de 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y STS 31 diciembre 1979 (RJ\1979\4499). En este mismo sentido, *vid.* STS 21 enero 1997 (RJ\1997\622).

²¹ La citada STS 5 febrero 2013, 26/2013 (RJ\2013\928) también hace referencia al “orden público en materia laboral”.

²² En materia de impugnación de acuerdos sociales, la STS 5 febrero 2002, 54/2002 (RJ\2002\1600) acoge la doctrina sostenida en las STS de 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y en la STS 31 diciembre 1979 (RJ\1979\4499), arriba citadas, y precisa en relación con los “principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos” obligatorios a los que se refiere esta jurisprudencia que “una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”, para después referirse al orden público económico en la esfera concreta de la impugnación de acuerdos sociales: “un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”. La STS 11 de abril de 2003, 381/2003 (RJ\2003\3269) acoge la definición de orden público otorgada por las SSTS 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y 31 diciembre 1979 (RJ\1979\4499) y determina que el hecho de que un acuerdo social sea contrario a la ley no significa necesariamente que sea contrario al orden público cuando el remedio previsto legalmente es la acción de impugnación y ésta no se ha ejercitado: “es claro que el dilucidar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado o no con arreglo al «quorum» legal está infinitamente alejado de la noción de orden público. Otra cosa es que el acuerdo pudiera ser ilegal, por la vulneración de preceptos imperativos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (arts. 93 y 134.1). Pero si incurre en este vicio legal, el remedio lo da la propia Ley con la acción para su impugnación (arts. 115-122), y no hay ninguna constancia en autos de que ello haya sucedido. En consecuencia, si la Audiencia da por probado que existió el acuerdo societario, necesariamente ha de tener en cuenta su falta de impugnación pese a que pudiera ser nulo al ir en contravención de la Ley (art. 115.2). En modo alguno puede declarar una nulidad de oficio porque no conste que se han respetado los arts. 93 y 134.1 LSA; se opone frontalmente a la necesidad de impugnación para privarle de eficacia jurídica”. En sentido semejante se pronunció con anterioridad la STS 28 febrero 2005, 121/2005, [RJ\2005\4037]. El art. 116.1 de la antiguo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) disponía que “la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público”. En sentido parecido, el art. 205.1 dispone que “la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que, por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”. A este respecto, la STS 28 noviembre 2005, 902/2005 (RJ\2006\1233) dispuso que “es, por otra parte, difícil definir qué deba entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad en la vigente regulación que se contiene en el artículo 116

16. En el ámbito de la revisión jurisdiccional del laudo arbitral, al menos en el arbitraje comercial internacional, se suele utilizar el concepto de orden público que se maneja en la esfera del Derecho internacional privado y que tiene, como veremos, cierta sustantividad propia al margen de las definiciones que tradicionalmente se han otorgado al orden público en los distintos sectores del ordenamiento siguiendo la estela iniciada por el art. 6 del Código Civil francés de 1804²³. Si bien el arbitraje comercial es una criatura que bien puede gozar de autonomía científica propia, lo cierto es que bebe de fuentes de lo que tradicionalmente se han denominado “ramas” del Derecho, como el Derecho procesal, el Derecho de los contratos y, fundamentalmente, el Derecho internacional privado; aunque las nociones y conceptos que se emplean en el ámbito internacional privado jurisdiccional no tengan por qué ser exactamente los mismos que se apliquen en el arbitraje internacional (e.g. un tribunal jurisdiccional ordinario quizás no aplique la noción de orden público que podría tener en cuenta un tribunal arbitral)²⁴. Cabe tener presente, no obstante, que en este trabajo nos centramos en el concepto de orden público que emplea el juez al controlar el laudo, aunque ello pueda tener implicaciones en la manera en que los árbitros apliquen directa o indirectamente ese concepto en aras de proteger su resolución en un posible pleito de anulación o a la hora de reconocer la sentencia arbitral en otra jurisdicción.

17. Debe distinguirse la noción de orden público *ius* internacional privatista de la *ius* internacional publicista. Así, en Derecho internacional público se utiliza la noción de “orden público internacional” (*International Public Order*) como “el conjunto de normas comúnmente aceptadas que pertenecen al Derecho internacional público” que no coincide exactamente con la noción de orden público propia del Derecho internacional privado²⁵.

18. En la esfera internacional privatista, una situación jurídico-privada puede tener elementos que tengan afectación en distintos Estados. En atención a ello, someramente cabe decir que éstos se han dotado de normas de competencia judicial internacional que permiten determinar los tribunales de qué

TRLSA. El concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico”. En este mismo sentido, *vid.* STS 30 mayo 2007, 596/2007, (RJ\2007\3608) y 19 julio 2007, 841/2007 (RJ\2007\5092).

²³ G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, Países Bajos, p. 325. BERMANN explica que el Derecho internacional privado puede usarse como prisma para analizar el arbitraje comercial internacional. An este respecto el autor manifiesta que “*no established field of law reflects the functions of international arbitration better than private international law – which is why private international law provides so eminently suitable a prism through which to examine those challenges*”. Por otro lado, el autor indica que de igual manera el arbitraje internacional puede servir de prisma para estudiar el Derecho internacional privado, pero advierte de que “*we must be prepared for the distinct possibility that courts and tribunals will exercise private international law differently and, to the extent those differences are outcome-determinative, much depends on who, in any given issue, has the final word*”. *Vid.* G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 381, 2016, pp. 55 y 91. En España, hay notables trabajos que estudian la noción de orden público y arbitraje desde la perspectiva *ius* internacional privatista. *Vid.* M. GONZALO QUIROGA, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000, disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/4807/1/T24965.pdf> y *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Dykinson, Madrid, 2003.

²⁴ *Ibidem*, p. 57. Sobre las diferentes opiniones doctrinales en materia de la aplicación de la noción del orden público por parte de los árbitros en el arbitraje internacional, *vid.* M. BOGDAN, “Private International Law as a Component of the Law of the Forum”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 13, 2012, pp. 190 y ss.

²⁵ M. GEBAUER, M. y F. BERNER, “Ordre Public (Public policy)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, párr. 2. 2, *vid.* L.A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, pp. 516-535. Dentro del Derecho internacional privado, el orden público aparece no sólo en el ámbito patrimonial, sino lógicamente también en la esfera familiar o incluso en sede de protección transfronteriza del adulto vulnerable. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, p. 190. *Vid.* S. ADROHER BIOSCA, “Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, nº 1, pp. 36-45. *Vid.* A.P. SCHWEINBACH y D. CARRIZO AGUADO, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, pp. 518-549.

jurisdicción deben conocer del asunto; de normas de conflicto que determinan la ley de qué Estado se aplica, y de normas sobre reconocimiento y ejecución de situaciones, sentencias y laudos arbitrales extranjeros. La fuente de todas estas normas puede ser diversa: puramente nacional, promulgadas en sede de organizaciones internacionales de integración o convencionales (tratados internacionales)²⁶.

19. En el ámbito español, encontramos la noción de orden público en distintos instrumentos de Derecho internacional privado a nivel interno, europeo y convencional²⁷. Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la noción de orden público fundamentalmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras de distinta índole indicando que el contenido fundamental de la noción de orden público incluye, en esencia, los principios que se derivan del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). Así, la STC 15 abril 1986, 43/1986 (RTC\1986\43) (FJ4) dispone que:

“este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución”²⁸.

20. En la reciente STS 4 diciembre 2024 (1626/2024) (Pleno) se deniega, con base en la vulneración del orden público del art. 46.1.a) de la Ley 28/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, el reconocimiento en España de dos sentencias estadounidenses que convalidaban unos contratos de gestación por sustitución:

“Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art. 10.1 de la Constitución), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.o) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes”.

²⁶ Sobre las fuentes del Derecho internacional privado, *vid.* G. RÜHL, “Private international law, foundations” en J. BASTOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), p. 1382 y ss.

²⁷ En nuestro ordenamiento, en el ámbito del Derecho internacional privado de producción convencional, podemos citar como ejemplo el Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 7 de noviembre de 2000, que en su art. 11.1 se establece que “las resoluciones no se reconocerán (...) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público de la Parte requerida” y en el propio art. 11 se añade que “el orden público contemplado en el punto 1 de artículo 11 no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial”. En la esfera del Derecho internacional privado de la Unión Europea, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil regula, en su art. 45.1, que “a petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución (...) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”. En cuanto al Derecho internacional privado de producción interna, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil regula, en su art. 46.1, que “las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán (...) cuando fueran contrarias al orden público”

²⁸ *Id.* también SSTC 24 octubre 1984, 98/1984 (RTC\1984\98) y 23 febrero 1989, 54/1989 (RTC\1989\54).

21. Como decimos, el Derecho internacional privado puede servir de prisma por el que observar el arbitraje comercial internacional y, por supuesto, estudiar la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo arbitral. No obstante, con carácter previo a dicho estudio, se hace necesario abordar en el epígrafe siguiente, aunque sea someramente, la naturaleza constitucional que ostenta el arbitraje en España y el principio de mínima intervención jurisdiccional en el arbitraje, consagrados por la reciente doctrina del TC. Ello nos permitirá analizar de una manera más solvente, con posterioridad, el orden público en materia de control jurisdiccional del laudo arbitral.

III. Una primera aproximación a la naturaleza constitucional del arbitraje en España y al principio de mínima intervención jurisdiccional

22. El TC ha establecido que el arbitraje no se incardina en el artículo 24 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, sino en los arts. 1 (libertad) y 10 (libre desarrollo de la personalidad), matizando la utilizada expresión que refiere que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”. En este sentido, la STC 65/2021 de 16 de marzo dispone que “cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto” (FJ4).

23. En concordancia con lo anterior, el órgano jurisdiccional de control debe tener una intervención mínima en el arbitraje, que se aleja de la tutela judicial efectiva y se constituye como una institución que deriva verdaderamente de la voluntad de las partes²⁹. La STC 46/2020 dispone que la Ley de Arbitraje “configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes” (FJ4)³⁰.

24. Que se proclame una mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en el control del laudo arbitral no significa que ese control no deba existir. De hecho, la acción de anulación es un mecanismo útil que fortalece la institución arbitral y permite extraer del sistema aquellos laudos que no cumplen con la voluntad que tenían las partes de resolver una controversia con garantías y ajustada a sus indicaciones manifestadas en la propia cláusula arbitral. Así, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006), y en la que se fundamenta la Ley de Arbitraje española, regula en su artículo 34 “la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”³¹.

²⁹ Vid. SSTC 23 noviembre 1995 174/1995 (RTC\1995\174), 30 abril 1996, 75/1996 (RTC\1996\75)

y 11 noviembre 1996, 176/1996 (RTC\1996\176), doctrina de nuevo aplicada y sistematizada por la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ 2.a)

³⁰ En este mismo sentido, *vid.* STC 15 de febrero, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) (FJ2), STC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3), STC 27 junio 2002, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) (FJ2). En el Derecho comparado, otros tribunales constitucionales se han referido recientemente al principio de intervención judicial mínima en el arbitraje. Cabe destacar el Tribunal Constitucional chileno que, en su Sentencia 30 enero 2025 (Rol 15.144-2024), dispone que “el recurso de queja, conforme al art. 545 del Código Orgánico de Tribunales sirve para corregir faltas o abusos graves de los jueces, no para modificar o enmendar resoluciones judiciales en el fondo, ya que, al ser un recurso disciplinario, no puede convertirse en una instancia para revisar el mérito del laudo arbitral, cumpliendo con el principio de intervención mínima en el arbitraje comercial internacional, preservando la coherencia con los estándares de UNCITRAL, lo anterior además es coherente con la Ley N° 19.374 que modificó justamente la regulación del recurso de queja limitándolo” (Considerando 7).

³¹ En la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se puede leer que “esta ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbi-

25. Cosa distinta es el cómo debe llevarse a cabo ese control jurisdiccional del laudo arbitral atendiendo al recién citado principio de mínima intervención. El Tribunal Constitucional manifiesta que debe realizarse a través de un juicio o control “externo” del laudo arbitral (*vid.* STC 46/2020, FJ4) sin que pueda el órgano jurisdiccional entrar a valorar cuestiones de fondo decididas por el árbitro o tribunal arbitral y sin que en ningún caso la acción de anulación pueda convertirse en una segunda instancia³².

26. Cabe preguntarse cómo el principio de mínima intervención y el control externo del laudo que deben llevar a cabo los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción de anulación afectan a la aplicación de los motivos de anulación del art. 41 de la Ley de Arbitraje y, más concretamente, cómo afectan a la cláusula general de orden público del art. 41.1.f).

27. La respuesta a las cuestiones anteriores debe ser, según nuestro TC, la de interpretar la cláusula de orden público de una manera restrictiva. Así, la STC 17/2021 se refiere a “(...) los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] (...)” y a “(...) la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (...)» (FJ2)³³.

28. En cuanto la motivación del laudo arbitral, el TC afirma que en tanto que el arbitraje se incardina en el art. 10 CE, no debe atenderse a los parámetros del control de la motivación del art. 24 CE, sino a un “parámetro propio”. El TC indica que son, “ante todo, las propias partes” las que deben acordar si “el laudo debe estar motivado y en qué términos”, citando el TC el art. 37.4 LA³⁴. El TC concluye que “(...) la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público³⁵”.

29. La STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, sistematiza la doctrina constitucional anterior, declarando la nulidad de una sentencia del TSJ de Madrid que, a su vez, anulaba un laudo arbitral que jamás debió ser anulado. En concreto, el TC se refiere a su consolidada doctrina en cuanto a la relación entre jurisdicción y arbitraje y a la incardinación del arbitraje en el art. 10 CE y no en el art. 24 del mismo texto legal. El TC insiste en que el término “equivalente jurisdiccional” utilizado en la doctrina constitucional con anterioridad se refiere únicamente al efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad del laudo³⁶. El TC también incide en que la motivación del laudo carece de incidencia en el ámbito del orden público, se refiere al significado de orden público material y procesal y recuerda el alcance y los límites del control jurisdiccional del laudo. El TC rechaza el argumento del TSJ Madrid relativo a un supuesto derecho del órgano jurisdiccional ordinario a discrepar de la doctrina del Tribunal Constitucional³⁷.

tral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares”.

³² La STC 15 febrero 2021, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) determina que “el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subyugarse una vez más que, si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público” (FJ2). *Vid.* en este mismo sentido SSTC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3); 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5); 27 junio 2022, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) (FJ2).

³³ *Vid.* en este mismo sentido STC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3).

³⁴ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5). El art. 37.4 LA dispone que “el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

³⁵ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5).

³⁶ *Vid.* A. VÁZQUEZ-GUILLÉN, “Qué quería decir el Tribunal Constitucional con el «equivalente jurisdiccional»”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 244-245.

³⁷ Para un análisis más pormenorizado de esta STC, *vid.* apartado V.2.E) de este trabajo.

IV. Entendiendo la cláusula de orden público. Orden público y normas imperativas. Los adjetivos del orden público: el orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “internacional español”, “negativo”, “positivo”, “transnacional” y “europeo”.

30. En el ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral, ha existido la tendencia de atribuir distintos adjetivos a la noción de orden público. No es extraño en el mundo arbitral oír hablar del orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “europeo” o utilizar el concepto de norma imperativa con el de orden público de manera intercambiable, entre otros aspectos; todo ello añade más confusión si cabe a la cláusula general de orden público, que ya de por sí adolece de vaguedad en cualquier sector del ordenamiento. Como adelantábamos en el apartado II, estos adjetivos derivan de la doctrina y la práctica fundamentalmente *ius* internacional privatista en el seno de distintas jurisdicciones y escuelas de pensamiento³⁸. A esta maraña de calificativos se une la complicada relación que existe entre la noción de orden público y normas imperativas, tanto en doctrina como en jurisprudencia. En este apartado trataremos la noción de orden público que se emplea en el ámbito del Derecho internacional privado, para después ceñirnos a su uso en el ámbito del control jurisdiccional del laudo por parte de los tribunales españoles.

1. Algunas precisiones de Derecho internacional privado

31. Existe discusión doctrinal en cuanto a la diferencia entre las normas imperativas y el orden público. Algunos autores entienden que se trata de mecanismos distintos y que la noción de orden público está compuesta sólo por principios y no por normas, por lo que no se debe hacer referencia a “normas de orden público”³⁹. Otros autores sí que se han referido a normas de orden público o “*règles d'ordre public*” como posibles elementos integrantes de la noción de orden público⁴⁰.

32. Avanzábamos en el apartado II que el orden público que se contiene en nuestro Código Civil como límite a la autonomía de la voluntad contractual, denominado por nuestro TS como “orden público nacional”, puede catalogarse como un orden público “interno” desde el prisma del Derecho internacional privado⁴¹. En el ámbito del Derecho internacional privado jurisdiccional, si seguimos con el ejemplo de los contratos, el orden público “interno” es aquel que se aplica a acuerdos que tienen conexión únicamente con un Estado⁴².

³⁸ G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, Países Bajos, p. 325. Vid. G.A. BERMAN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 55 y 91.

³⁹ Así, (a) mientras que la norma internacionalmente imperativa funciona *ex ante* (sin ni siquiera consultar el Derecho extranjero al que apunta la norma de conflicto), la cláusula de orden público se aplica *ex post*, impidiendo el desarrollo de una externalidad negativa derivada de la aplicación del Derecho extranjero; (b) las circunstancias del caso concreto son irrelevantes para el caso de las normas internacionalmente imperativas y se han de tener en cuenta en el mecanismo del orden público internacional y (c) el rechazo de un Derecho extranjero por ser contrario al orden público internacional español supone manifestar que ese Derecho extranjero es “injusto”, lo que acarrea cierta carga política; en cambio, la norma internacionalmente imperativa no juzga cuán justo es el Derecho extranjero. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2017, pp. 612 y 613. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, nº 2065, 2009, p. 2360.

⁴⁰ A. BUCHER, “L'ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 239, 1993, p. 43.

⁴¹ Entre otras, las SSTs 5 abril 1966 (RJ/1966/1684), 31 diciembre 1979 (RJ/1979/4499) y 21 enero 1997 (RJ/1997/622) disponen que el “orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

⁴² BOUZA VIDAL explica que “por contrato interno se entiende aquel cuyos elementos (las partes, el objeto y las circunstancias de su celebración, desarrollo o ejecución) están vinculados a un único ordenamiento jurídico. Esta noción también incluye los contratos en que el único elemento “extranjero” es la elección por las partes de una ley extranjera. En este caso, la elección efectuada tiene un valor puramente contractual ya que no puede impedir la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento con el cual el contrato se halla exclusivamente vinculado”. Vid. N. BOUZA VIDAL, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, N. BOUZA VIDAL et al., “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2017, p. 74.

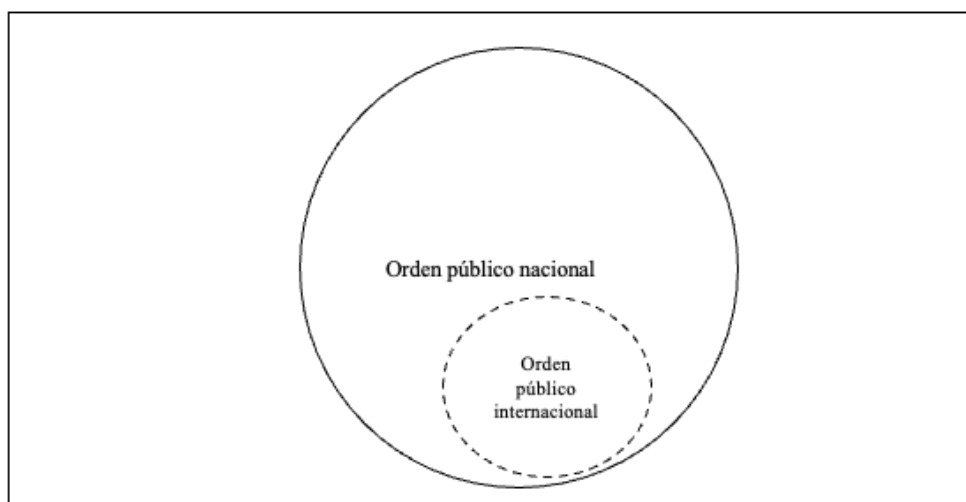


Figura 1: Teoría de los círculos concéntricos en materia de orden público
Fuente: elaboración propia

33. En cambio, el “orden público internacional” es una cláusula que no se activa cuando la relación jurídica, e.g. el contrato, es puramente nacional, sino ante relaciones jurídicas internacionales⁴³. El juez del foro aplica el orden público internacional de su foro, i.e. “orden público internacional español” que no deja de ser un orden público de origen esencialmente nacional, el orden público internacional del foro⁴⁴. El adjetivo internacional indica únicamente que el orden público se está aplicando o podría aplicarse frente a una situación jurídico-privada internacional. Nótese que cuando se habla de “orden público español” éste podría ser interno español o internacional español, por lo que cabría matizarlo para no generar confusión. Doctrinalmente ha tenido aceptación en España la teoría que defiende la existencia de dos círculos concéntricos (ver figura): en el círculo interior se encuentran localizados los principios de orden público internacional y en el círculo exterior los principios de orden público nacional. Todos los principios del círculo interior son de orden público interno e internacional, mientras que los del círculo exterior son sólo principios de orden público interno o nacional⁴⁵.

⁴³ CARRASCOSA GONZÁLEZ explica que “el orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto (= daños a los «intereses generales», y a la «sociedad» del país cuyos tribunales conocen del asunto). El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español”, en J. HERRADOR GUARDIA, *Derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, párr. 55.

⁴⁴ El artículo 14-25 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil recoge exactamente esta noción: “en ningún caso tiene aplicación la ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español, siendo entonces de aplicación el derecho sustantivo español”. CARRASCOSA GONZÁLEZ explica que “el orden público internacional es un concepto nacional y su contenido se extrae del Derecho nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español” *Op. Cit.* párr. 76.

⁴⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código civil”, en M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, vol. 2, Edersa, Jaén (España), 1995, pp. 923 y 924. Por ejemplo, si bien los daños punitivos no se permiten en el ámbito del Derecho privado europeo continental ya que la responsabilidad civil se fundamenta en la reparación, ello no quiere decir que no pueda reconocerse una resolución de otra jurisdicción que determine daños punitivos (e.g. una resolución judicial estadounidense). Esto es, si bien puede existir un principio de Derecho interno que no permita los daños punitivos en una situación jurídico-privada puramente nacional, no tendría por qué activarse en todo caso dicho principio en el mismo sentido en el caso del reconocimiento y la ejecución de una resolución extranjera que reconociera daños punitivos. El considerando 32 del Reglamento 8 (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) dispone que “la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”. Sin embargo, en el articulado del reglamento nada se dispone al respecto; tampoco en el marco del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligacio-

34. Algunos autores han entendido que el orden público actúa como una suerte de “espada y escudo”⁴⁶: un Estado no aplicará la ley foránea ni reconocerá la sentencia emitida por los tribunales de otro Estado si las consecuencias de hacerlo son contrarias al orden público del ordenamiento del juez que debe aplicar dicha ley o reconocer y ejecutar tal resolución (orden público en su sentido negativo). Por otro lado, el juez en cuestión, a la hora de aplicar una ley extranjera, deberá imponer la aplicación de normas internacionalmente imperativas (generalmente las del foro) desplazando en todo o en parte la ley extranjera determinada por la norma de conflicto (orden público en sentido positivo) o si la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se pretende produce efectos contrarios a tal norma internacionalmente imperativa⁴⁷.

35. La consecuencias de la aplicación de la norma internacionalmente imperativa como parte del orden público positivo pueden ser diversas: (a) la aplicación de la norma internacionalmente imperativa y la no aplicación del Derecho extranjero en su totalidad, (b) la aplicación de la norma internacionalmente imperativa y la no aplicación de una norma concreta propia del Derecho extranjero o (c) el ajuste del Derecho extranjero a las normas imperativas del Derecho del foro, aplicando la ley extranjera en lo que no contradiga a la norma internacionalmente imperativa del foro⁴⁸. Esta misma argumentación sería también válida en sede de reconocimiento de resolución o situación extranjera: el juez ordinario que conozca del reconocimiento y la ejecución podría denegarlos en todo o en parte por ser la resolución o situación contrarias a normas internacionalmente imperativas del foro. Podría haber normas imperativas “simples” u “ordinarias” que no coincidan con las normas internacionalmente imperativas del mismo foro⁴⁹.

36. Por otra parte, el orden público en sentido negativo se utiliza como “escudo”, esto es, de manera defensiva: no se aplica una norma internacionalmente imperativa, sino que bien se rechaza la aplicación de una ley extranjera que debería aplicarse por virtud de la norma de conflicto de que se trate,

nes contractuales (Roma I). CARRASCOSA GONZÁLEZ manifiesta que “afirma, de modo categórico, que toda Ley extranjera que condena al pago de indemnizaciones pecuniarias en concepto de daños punitivos comporta una vulneración del orden público internacional español, constituye un error de envergadura”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español” *Op. Cit.* párr. 63. En Italia, su ordenamiento jurídico no permite los daños punitivos, pero la Sentencia de la *Corte di Cassazione* n° 16601/2017 reconoció una resolución estadounidense que acordaba daños punitivos. La resolución estableció que en el ordenamiento jurídico italiano vigente la responsabilidad civil no tiene asignada únicamente la función de restablecer la esfera patrimonial de la persona que ha sufrido el daño, ya que la función disuasoria y la función punitiva de la responsabilidad civil pueden ser consideradas como figuras internas del sistema italiano. Por lo tanto, la institución de origen estadounidense de los daños punitivos no es ontológicamente incompatible con el Derecho italiano. El reconocimiento de una sentencia extranjera que contenga tal condena debe, sin embargo, corresponder a la condición de que haya sido dictada en el ordenamiento extranjero sobre la base de normas que garanticen la tipicidad de las hipótesis de condena, la previsibilidad de las mismas y los límites cuantitativos, teniendo en cuenta el tribunal, durante la deliberación, únicamente los efectos del acto extranjero y su compatibilidad con el orden público.

⁴⁶ I. THOMA, “Public policy (*ordre public*)” en J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), p. 1453.

⁴⁷ GEBAUER y BERNER indican que “*ordre public or public policy may operate as a positive concept if the basic concern is to apply those domestic rules that are regarded as so important that they must apply anyway, even where the issues are in principle governed by a foreign law selected by the choice of law rules of the forum. This kind of positive operation of a domestic rule, representing the public policy of the forum, for the French lawyer is known as a «loi d’application immédiate», for the German lawyer as an «Eingriffsnorm» and for the English-speaking lawyer as a «mandatory rule»*”. Vid. M. GEBAUER, M. y F. BERNER, “Ordre Public (Public policy)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2019 (párr. 4).

⁴⁸ Vid. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 304, 2003, p. 335.

⁴⁹ GOLDMAN, en un intenso debate con FRANCESCAKIS, defendía la existencia de una diferencia entre normas imperativas de carácter interno y normas internacionalmente imperativas (normas de aplicación inmediata) y ponía el ejemplo del anatocismo en Francia: “*la règle française d’interdiction d’anatocisme, des intérêts productifs d’intérêts, est une règle imperative en droit interne. (...) un arrêt bien connu de la Cour de cassation a dit que, si le contrat de prêt était soumis à une règle, à une loi qui, exceptionnellement (la loi libanaise) admettait l’anatocisme — il n’y avait pas quelque chose de profondément choquant en France à obliger le débiteur à respecter les engagements qu’il a pris et de payer les intérêts en tenant compte de l’anatocisme. (...) il me paraît très dangereux de ne pas faire cette distinction entre l’impérativité interne et l’impérativité dans les relations internationales*”. Vid. B. GOLDMAN en P. FRANCESCAKIS, “Y a-t-il du nouveau en matière d’ordre public?”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1968, pp. 172 y 173. Cabe mencionar que el art. 1 del CC español dispone que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

bien se rechaza el reconocimiento y la ejecución de una resolución o situación jurídica extranjeras porque las consecuencias de la aplicación de dicha ley o el reconocimiento y la ejecución de tal sentencia o situación serían contrarias al orden público internacional del Estado del juez que aplica la ley extranjera o que conoce del reconocimiento y la ejecución. No obstante, hay autores que prefieren no utilizar esta diferenciación entre orden público positivo y negativo y se refieren únicamente a las normas imperativas como una noción que opera afirmativamente mientras que el orden público lo hace defensivamente⁵⁰. El orden público en sentido negativo no lo conformarían necesariamente normas imperativas del ordenamiento del foro sino bastaría con que existiera contrariedad con algún principio esencial del foro, aún no concretado en norma positiva, “de naturaleza predominantemente publico-administrativa”. La confusión entre orden público y normas internacionalmente imperativas es un tema algo espinoso y recurrente en el ámbito *ius* internacional privatista⁵¹.

37 Se ha acuñado también el concepto de “orden público transnacional” (en la doctrina francófona, *ordre public “réellement” ou “véritablement” international*) que no surge de una fuente nacional —como el “orden público internacional”, que puede ser “orden público internacional español”, “orden público internacional francés”, “orden público internacional italiano”⁵², etc.— sino que lo conforman una serie de principios que gozan de cierto consenso en la esfera internacional y que parece tener mayor aceptación en el mundo arbitral que en el jurisdiccional⁵³. También se indica la existencia de un “orden

⁵⁰ Vid. G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 308, 311 y 326.

⁵¹ BOUZA VIDAL indica que “existen también otros mecanismos destinados a salvaguardar los principios y libertades fundamentales y los intereses públicos o generales contemplados en la constitución y otras normas de rango legal. Estos mecanismos son, por un lado, las leyes de policía (“normas internacionalmente imperativas” u *overriding mandatory rules*, entre otras denominaciones) y por otro, la clásica cláusula de orden público («excepción» de orden público o «reserva» de orden público, según los autores). Ambos mecanismos pueden englobarse dentro del concepto más amplio de orden público internacional de cada Estado, a pesar de su distinto contenido y técnica de regulación utilizada, en la medida que ambos persiguen el mismo objetivo: evitar (leyes de policía) o atenuar (cláusula de orden público) el «salto a lo desconocido» al que conduce la técnica indirecta de las normas de conflicto. Vid. N. BOUZA VIDAL, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, N. BOUZA VIDAL et al., “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2017, pp. 74 y 79.

⁵² Se trata de una noción de orden público tenida en cuenta por los árbitros más que por los órganos jurisdiccionales estatales. En este sentido, LALIVE explica que a diferencia del juez estatal, que tiene plena potestad para pronunciarse, en su caso, sobre la base de un orden público (internacional-estatal o incluso transnacional) inspirado en la política internacional de dicho Estado, el árbitro preferirá basarse únicamente en normas o conceptos (no necesariamente estatales, quizás) pero sí apoyados en una *opinio juris* bien establecida; lo que podría traducirse en una intervención de un orden público transnacional basado en “consideraciones de ética social”, y no tanto en un orden público transnacional fundamentado en consideraciones políticas. Vid. P. LALIVE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, vol. 1986, n° 3, 1986, p. 330.

⁵³ LALIVE manifiesta que puede pensarse que, de estos principios, sólo aquellos que parecen ser esenciales, que están respaldados por un consenso muy amplio, si no universal, y que gozan, habida cuenta de su importancia, de una fuerza y una imperatividad particulares, merecen ser considerados como constitutivos del concepto de orden público transnacional. Vid. *Ibidem*, p. 333. VIRGÓS SORIANO indica, en relación con la neutralidad y qué hace que una sede sea atractiva para el arbitraje internacional, que “en el plano del orden público, una sede neutral se cuida de dejar al margen sus propias nociones de orden público doméstico en favor de una noción de orden público internacional, que tenga en cuenta la diversidad socio-jurídica del mundo y los estándares generalmente aceptados por la comunidad internacional”. Vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez – Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, n° extraordinario, 2006, pp. 27 y 28. GAILLARD defiende la existencia de tres “representaciones mentales” del arbitraje internacional y dependiendo de la representación que cada operador jurídico adopte (consciente o inconscientemente), estará otorgando una naturaleza y unas características esenciales a la institución arbitral. La representación “monolocal” asimila al árbitro al juez del ordenamiento jurídico de la sede, resuelve todas estas dificultades invitando al árbitro a comportarse exactamente como lo haría el juez del Estado en el que tiene lugar el arbitraje. El orden público internacional que el árbitro debe garantizar es el de ese Estado. Por otra parte, la representación “westfaliana” insiste en el hecho de que varios Estados, y no sólo el Estado del lugar donde tiene lugar el arbitraje, tienen derecho a imponer sus puntos de vista sobre el proceso arbitral, ya se trate de la forma en que se desarrolla el arbitraje o de las soluciones que los árbitros pueden adoptar sobre el fondo. El Estado del lugar o de los lugares donde el laudo debe ser ejecutado no tiene menos derecho que el Estado de la sede del arbitraje a intentar hacer valer sus puntos de vista sobre normas de tal importancia que deben ser necesariamente respetadas por los árbitros. Por último, la representación “transnacional” acepta la idea de la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, resuelve la cuestión de los límites que deben asignarse a la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio recurriendo al concepto de “orden público transnacional” o de orden público “verdaderamente internacional”. Vid. E. GAILLARD, “Aspects

público europeo”⁵⁴ u “orden público de la Unión Europea” en el ámbito, fundamentalmente, del reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras que sienta su base en la jurisprudencia del TJUE que se deriva, entre otros, de los asuntos *Hoffmann*⁵⁵, *Krombach*⁵⁶, *Renault*⁵⁷, *Gambazzi*⁵⁸, *Apostolides*⁵⁹, *Trade Agency*⁶⁰, *Lithuanian Airlines*⁶¹, *Diageo Brands*⁶², *Meroni*⁶³, *London Steam-Ship v. Reino de España*⁶⁴, *Charles Taylor Adjusting*⁶⁵ y *Real Madrid v. Le Monde*⁶⁶.

38. Es de particular interés el reciente asunto del TJUE *Real Madrid v. Le Monde*. En este caso, los tribunales españoles condenaron en primera instancia, con confirmación en apelación y casación, al diario francés *Le Monde* y a un periodista a una indemnización de daños y perjuicios por resarcimiento de daño moral por publicar que el Real Madrid estaba relacionado con un médico involucrado en una trama de dopaje en el mundo del ciclismo. A pesar de que el diario *Le Monde* publicó íntegramente el co-

philosophiques du droit de l'arbitrage international”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 329, 2207, pp. 166, 168 y 176. BERMANN, sobre el orden público transnacional, expone que no debe sorprender que la noción de orden público transnacional siga siendo en gran medida académica y no práctica. Además, el autor señala que el orden público se ha considerado durante mucho tiempo impredecible y difícil de controlar, incluso a nivel puramente nacional. *Vid.* G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 308, 311 y 326. *Vid.* en este mismo sentido P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Tomo III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, párr. 31. BULLARD GONZÁLEZ defiende que debe tenderse hacia un orden público internacional en el sentido de transnacional porque ello protegería mejor la viabilidad del laudo, al no estar sujeto a una noción de orden público puramente nacional más dependiente de la visión nacional que cada juez tenga de la noción de orden público. Si bien el autor menciona que algunos podrían criticar este posicionamiento como imperialista al primar en el orden público transnacional la noción de orden público que pueda existir en Estados Unidos u otras potencias sobre otras nociones de otros Estados, pero “a pesar de ese riesgo, el efecto de forzarnos a identificar conceptos comunes a varios países contribuye a darle mayor resistencia a los laudos frente a posibles cuestionamientos”. *Vid.* A. BULLARD GONZÁLEZ, “«No cometerás actos impuros»: el orden público y el control judicial del laudo arbitral”, *Themis-Revista de Derecho*, 63, 2013, p. 200. KLEINHEISTERKAMP se muestra crítico con la existencia de un supuesto orden público transnacional. El autor manifiesta que se trata de una utopía el pensar que los árbitros pueden equilibrar adecuadamente el interés privado y el público a nivel global, y que exista un deber y una libertad por parte de los árbitros para frustrar las regulaciones nacionales en aras de un “orden público” de naturaleza superior. El autor concluye que el orden público transnacional es “*udemonian*”: no tiene *demos*, no cuenta con ciudadanos de un Estado constituido cuyo “espíritu del pueblo” —en alemán, *Volksgeist*— pueda sostenerlo y establecer su legitimidad. Dado el riesgo de generar confusiones tanto en la práctica profesional como en el ámbito académico sobre el estatus y la autonomía de los árbitros, el autor defiende que es más adecuado abandonar el sueño de un orden público transnacional en lugar de intentar alcanzarlo. *Vid.* J. KLEINHEISTERKAMP, “The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XX, 2023, pp. 43 y 44.

⁵⁴ Sobre la expansión del concepto de orden público europeo en detrimento del orden público internacional de los Estados Miembros, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA VIDAL et al. (coord.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2015, pp. 146-181.

⁵⁵ STJUE de 4 de febrero de 1988, *Hoffmann*, C-145/86 (ECLI:EU:C:1988:61)

⁵⁶ La STJUE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98 (ECLI:EU:C:2000:164) (párr. 22 y 23) dispone que “aunque en principio, los Estados contratantes puedan seguir determinando libremente, en virtud de la reserva establecida en el artículo 27, número 1, del Convenio, conforme a sus concepciones nacionales, las exigencias de su orden público, los límites de este concepto son definidos a través de la interpretación del Convenio. Por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”.

⁵⁷ STJUE 11 de mayo 2000, *Renault*, C-38/98 (ECLI:EU:C:2000:225).

⁵⁸ La STJUE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-384/07 (ECLI:EU:C:2009:219) (párr. 38) indica que “de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Krombach* se deduce, por último, que los límites dentro de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado requerido puede invocar el orden público no son rebasados en modo alguno si se da una violación manifiesta de derechos fundamentales comunitarios” (párr. 38).

⁵⁹ STJUE 28 abril 2009, *Apostolides*, C-420/07 (ECLI:EU:C:2009:271).

⁶⁰ STJUE 6 septiembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10 (ECLI:EU:C:2012:531).

⁶¹ STJUE 23 octubre 2014, *Lithuanian Airlines*, C-302/13 (ECLI:EU:C:2014:2319).

⁶² STJUE 16 julio 2015, *Diageo Brands*, C681/13 (ECLI:EU:C:2015:471).

⁶³ STJUE 25 mayo 2016, *Meroni*, C-559/14 (ECLI:EU:C:2016:349).

⁶⁴ STJUE 20 junio 2022, *London Steam-ship v. Reino de España* (ECLI:EU:C:2022:488).

⁶⁵ STJUE 7 septiembre 2023, *Charles Taylor Adjusting*, C-590/21 (ECLI:EU:C:2023:633).

⁶⁶ STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843).

municado emitido por el Real Madrid donde se desmentía esta información, el medio de comunicación fue condenado. Se pretendió reconocimiento y ejecución de la sentencia española en Francia en el marco del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶⁷. Los tribunales franceses permitieron, en primera instancia, el reconocimiento en virtud del enfoque pro-reconocimiento casi automático que inspira el reglamento y en el que insiste el TJUE. Sin embargo, en apelación, el órgano jurisdiccional acogió la oposición al reconocimiento ejercitada por *Le Monde* y determinó, entre otros, que esta resolución condenatoria era contraria al orden público internacional francés ex art. 45.1.a) del propio reglamento. En casación, el órgano jurisdiccional remitió distintas cuestiones prejudiciales al TJUE. El TJUE determinó que los arts. 34 y 45 del Reglamento pueden interpretarse en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en este caso concreto, con el art. 11 de dicho texto, regulador de la libertad de prensa, estableciendo que:

“la ejecución de una sentencia que condena a una sociedad editora de un periódico y a uno de sus periodistas al abono de una indemnización por daños y perjuicios como resarcimiento del daño moral sufrido por un club deportivo y uno de los miembros de su equipo médico, de resultados del menoscabo de su reputación ocasionado por una noticia sobre ellos que dicho periódico publicó, debe denegarse en la medida en que entrañe la vulneración manifiesta de la libertad de prensa del artículo 11 de la Carta y, por ende, la violación del orden público del Estado miembro requerido”⁶⁸.

39. Se ha discutido si la noción de orden público debía ser la misma en sede de ley aplicable que en sede de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. La redacción anterior del art. 11 (párrafo tercero) del Código Civil español parecía equiparar el orden público en los dos escenarios⁶⁹. Es probable que esta circunstancia haya dejado huella en la jurisprudencia española que, en alguna resolución, ha optado por dicha equiparación, aunque el contenido del orden público conflictual y el orden público procesal no sea —para algunos autores— “el mismo y su identificación resulta perturbadora”⁷⁰.

40. Para que se active en España el orden público internacional en materia de ley aplicable, doctrinalmente se ha defendido que (a) debe producirse una vulneración de la “estructura jurídica básica del Derecho español” y (b) debe existir un perjuicio para la “sociedad española”. En casos “no conectados” con España, pueden destacarse dos teorías doctrinales al respecto: (a) el orden público “atenuado” para las “situaciones legalmente creadas en el extranjero” y (b) “el orden público de proximidad” para las situaciones “alejadas” del país del tribunal que conoce del asunto⁷¹.

41. En cuanto a la teoría de las situaciones legalmente creadas en el extranjero, cabe indicar que se trata de aquellas situaciones que ya existen y que han producido efectos en otro país, esto es, en una sociedad extranjera; y se pretende exportar esas situaciones a España. En este escenario, se baraja la existencia de dos tipos de efectos: (a) los efectos “nucleares” que vulneran el orden público internacional español porque, de ser admitidos, dañarían la estructura básica del Derecho español y perjudicarían a la sociedad española y (b) los efectos jurídicos “periféricos” cuya admisión no produce un daño relevante a la sociedad española y se podrían desplegar en España aplicando un orden público atenuado⁷².

⁶⁷ Ahora Reglamento 1215/2012. Por virtud del principio de interpretación histórica de los reglamentos de Derecho internacional privado europeo, esta resolución también sirve para interpretar el recién citado reglamento.

⁶⁸ STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843) (párr. 74).

⁶⁹ El art. 11.3, en su redacción anterior, disponía que “no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

⁷⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código civil”, en M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, vol. 2, Edersa, Jaén (España), 1995, p. 928 (nota al pie 27).

⁷¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, nº 2065, 2009, p. 2369.

⁷² *Ibidem*, pp. 2369-2370.

42. En cuanto la teoría del orden público de proximidad para situaciones alejadas, esencialmente se defiende que el orden público internacional sólo puede activarse en casos cercanos al país cuyos tribunales conocen del asunto. Se insiste en que la aplicación de la ley extranjera en casos “lejanos” no afectan a la sociedad de dicho país. Esta teoría presenta la dificultad de determinar cuándo la ley extranjera presenta o no una “mínima vinculación” con España que permita calificar la situación de “lejana” o “cercana” por lo que cada juez deberá realizar un análisis del caso concreto⁷³.

2. La noción ius internacional privatista de orden público trasladada al control jurisdiccional del laudo arbitral en España: el control del laudo doméstico, internacional y extranjero

43. Se ha entendido doctrinalmente que el orden público que se utiliza para el control jurisdiccional del laudo arbitral según la doctrina constitucional española en cuanto al deber de motivación es una exigencia de “orden público interno”⁷⁴. Hemos estudiado que, en sede de DIPr. jurisdiccional, el orden público interno puede diferir del internacional y que puede haber diferencias entre el orden público internacional en el ámbito de la ley aplicable y en el del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, así como distintas tesis que enfrentan la compleja noción de orden público. Cabría preguntarse en este punto si el orden público es el mismo en sede de anulación de un laudo arbitral doméstico, de un laudo arbitral internacional y en el ámbito del control que se ejerce en sede de reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros.

44. El art. 3 de la Ley de Arbitraje regula un concepto muy amplio de “arbitraje internacional”. Así, establece que un arbitraje tendrá el carácter de “internacional” cuando concorra alguna de las siguientes tres circunstancias: (a) que en el momento de la celebración del convenio de arbitraje, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (b) que el lugar del arbitraje, el lugar “de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia” o el lugar con el que el arbitraje tenga “una conexión más estrecha” esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; (c) que la relación jurídica de la que se derive la controversia “afecte a intereses del comercio internacional”. Por otra parte, el art. 46.1 de la misma norma determina que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español” y el art. 46.2 remite al Convenio de Nueva York.

45. El sistema arbitral en España se configura —inapropiadamente—de manera monista⁷⁵. Así lo expone claramente la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje: “la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia—de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno”. La consecuencia de que se regule un enfoque monista en la Ley de Arbitraje es que “las sentencias que dicten los Tribunales Superiores de Justicia en materia de anulación de laudos arbitrales crean por su reiteración doctrina legal tanto para los arbitrajes comerciales como para los de consumo, sean nacionales o internacionales”⁷⁶.

⁷³ *Ibidem*, p. 2372. *Vid.* ampliamente P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 196, 1986.

⁷⁴ S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la «equivalencia jurisdiccional» del arbitraje”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 229.

⁷⁵ Sobre el sistema arbitral monista en España, *vid.* B. CREMADES SANZ-PASTOR, “El Arbitraje Internacional en la Encrucijada de la Crítica”, *Discurso de Ingreso de D. Bernardo M. Cremades como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, p. 71.

⁷⁶ *Ídem*. En el exhaustivo estudio de PICÓ I JUNOY, “The judicial annulment of awards in Spain: A statistical study of 1.229 judgments”, *InDret*, 2024, pp. 49-64 se indica que en el período 2013-2022 sólo el 16,50% de las acciones de anulación han re-

46. Las diferencias que se mencionaban en torno orden público en sede de ley aplicable respecto del orden público en el ámbito del reconocimiento de sentencia extranjera no caben trasladarse al orden público en el control jurisdiccional del laudo en anulación respecto del control que se ejerce en reconocimiento en España del laudo extranjero. El art. 46 de la Ley de Arbitraje se refiere al laudo extranjero y remite al Convenio de Nueva York dentro del propio sistema monista que se defiende en el que interesa la aplicación de dicho tratado “sin perjuicio de otros convenios internacionales más favorables a su concesión”. Algunos autores entienden que la anulación y el reconocimiento del laudo extranjero, si bien pueden presentar efectos distintos⁷⁷, son las dos caras de una misma moneda y el orden público debe interpretarse y aplicarse de manera uniforme en los dos ámbitos por el juez ordinario español⁷⁸.

47. A nuestro juicio, no cabría aplicar una noción de orden público distinta en el ámbito de la anulación y en el ámbito del reconocimiento de laudo extranjero, pero, como veremos más adelante a colación del orden público de la Unión Europea, sí sería conveniente activar la noción de orden público sólo cuando el laudo arbitral que se controla presente la suficiente vinculación con España o con la Unión Europea, de tal manera que el laudo despliegue efectos que afectan a la sociedad española o europea. Debería, por tanto, trasladarse la teoría del orden público de proximidad, propia del Derecho internacional privado, al ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral.

48. La problemática que rodea las diferencias entre el orden público y las normas imperativas, propia del Derecho internacional privado, no se traslada al ámbito del control jurisdiccional del laudo. En arbitraje, los instrumentos legislativos que regulan el control del laudo se refieren únicamente al orden público y no a las normas imperativas. Es por ello por lo que la vulneración de una norma imperativa del Estado cuyos tribunales ejercitan el control puede calificarse como una contrariedad con el orden público que anule o no reconozca la sentencia arbitral, total o parcialmente. En definitiva, se utiliza la cláusula de orden público para controlar el cumplimiento de normas imperativas⁷⁹.

49. Cabe mencionar que el magistrado XIOL RÍOS, en su voto particular a la STC 50/2022, apuesta por una aplicación incluso más restrictiva de la noción de orden público de la que utiliza la decisión principal y entiende que no cualquier norma jurídica puede formar parte de la noción de orden público en el marco del control del laudo arbitral. XIOL RÍOS entiende que la jurisprudencia constitucional debe precisar mejor cómo los tribunales ordinarios deben aplicar la causal de orden público y apuesta por una combinación de criterios: sustancial, cualitativo e instrumental. En cuanto al criterio sustancial, el magistrado entiende que “debe rechazarse que cualquier norma de carácter imperativo o prohibitivo pueda enlazarse con el concepto de orden público sin más consideraciones”. Entiende que sólo pueden controlarse a través de la noción de orden público aquellas normas “que implican una ordenación tendente a sustentar valores y principios irrenunciables (...) para la organización política, económica y social del Estado y en el orden internacional”. El magistrado enumera como principios esenciales “la primacía del ordenamiento internacional y constitucional, la observancia de los principios democráticos y del Estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales”.

50. En cuanto al criterio cualitativo, XIOL RÍOS indica que la infracción de los principios arriba descritos debe ser “grave o sustancial”. Desde un punto de vista procedimental, debe producirse un

sultado en la anulación del laudo. Sin embargo, hubiera sido interesante determinar en el estudio qué porcentaje de esos laudos anulados corresponden a arbitrajes de consumo o de Juntas de Transporte. Es muy probable que el porcentaje de anulación sea todavía mucho menor en el ámbito los laudos comerciales.

⁷⁷ C.M. NORIEGA LINARES, “Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 1027. *Vid. in extenso* C.M. NORIEGA LINARES, “Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El orden público internacional y el exequátur de laudos arbitrales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, pp. 791-808.

⁷⁸ M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº2, pp. 745-753.

⁷⁹ *Vid.* A. BUCHER, “L’ordre public (...)”, *op. cit.*, pp. 236-237 (indicando que la diferencia entre normas imperativas y orden público no se da en algunos ordenamientos).

“quebrantamiento sustancial o grave de los derechos de defensa, igualdad o prohibición de la arbitrariedad”. El magistrado entiende que debe aplicarse el principio de equivalencia, por cuya virtud la existencia de una “concreta infracción puede verse compensada por la observancia práctica de las garantías en el conjunto del procedimiento”.

51. Finalmente, en relación con el criterio instrumental, el magistrado argumenta que, en un sentido positivo, debe exigirse que la infracción sea “manifiesta y no sólo susceptible de ser deducida o argumentada con razonamientos jurídicos relativamente complejos”; y, en un sentido negativo, que la “apreciación de la infracción pueda hacerse sin sustituir el criterio del árbitro”.

V. La noción de orden público de la Unión Europea en el ámbito arbitral comercial

52. En distintas resoluciones, algunos Tribunales Superiores de Justicia españoles alegan la vulneración del “orden público económico” de la Unión Europea, conformado por normas de Derecho europeo de carácter esencial e imperativo⁸⁰. Lo cierto es que en los asuntos *Nordsee*, *Eco Swiss*, *Mostaza Claro*, *Asturcom Telecomunicaciones*, *Achmea* y, más recientemente, *ISU*, el TJUE se refiere a la existencia de un orden público de la Unión Europea que los tribunales ordinarios de los Estados Miembros deben tener presente en el control del laudo, tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución dando contenido a la noción de orden público de las leyes de arbitraje de los Estados Miembros y del art. V del Convenio de Nueva York.

53. Los Estados Miembros tienen autonomía procesal para regular cómo debe aplicarse el Derecho de la UE en sus territorios, pero están, no obstante, obligados a que el Derecho europeo se aplique *efectivamente*, existiendo un deber de los Estados Miembros de dar cumplimiento al principio de efectividad o *effet utile* del Derecho de la Unión. La jurisprudencia del TJUE, que se analizará a continuación, utiliza el principio de efectividad al determinar que los tribunales ordinarios de los Estados Miembros deben velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión al controlar los laudos arbitrales. El principio de efectividad se aplica junto con el de equivalencia: no debe discriminarse respecto del Derecho nacional una reclamación ejercitada ante los tribunales de un Estado Miembro fundamentada en el Derecho de la Unión Europea. Así, si puede anularse o no reconocerse un laudo arbitral por ser contrario al orden público del Estado Miembro, deberá poderse anular o no reconocer si se da el caso de que el laudo es contrario al llamado orden público de la Unión Europea⁸¹.

1. La jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje comercial y orden público

54. En el asunto *Nordsee* el TJUE dispone que un árbitro no puede plantear cuestión prejudicial ante el TJUE y determina que el Derecho de la UE “debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados Miembros” estableciendo que los tribunales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones en el marco del control jurisdiccional del laudo e incluso plantear cuestión prejudicial en el marco de tales procesos de control⁸². En *Eco Swiss* —el asunto por excelencia en materia de Derecho

⁸⁰ Vid. e.g. STSJ Madrid 22 octubre 2021, 66/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:9028) (sentencia anulada por STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022).

⁸¹ Para un análisis crítico del asunto *Eco Swiss* y su diferenciación respecto del asunto *Mostaza Claro*, vid. A. CREUS CARREAS y J.M. JULIÀ INSENER, “Arbitraje y Defensa de la Competencia”, *Documento de Trabajo. Serie de Política de la Competencia*, Instituto de Estudios Europeos, núm. 27/2008, p. 15 (los autores indican: “(f)rente a las alegaciones de la jurisprudencia en los asuntos *Eco Swiss* y *Mostaza Claro*, el TJCE confirmó que el asunto *Mostaza Claro* se justifica por el objeto especial de protección efectiva al consumidor, no siendo por tanto aplicable a otras normativas con diferente justificación, y que el asunto *Eco Swiss* era un tema de equivalencia y no de efectividad. Esta última consideración es fundamental para comprender que en el asunto *Eco Swiss* el TJCE únicamente exige que se dé al derecho de la competencia comunitario la misma consideración que al derecho de la competencia nacional”).

⁸² STJCE 23 marzo 1982, *Nordsee*, C-102/81 (ECLI:EU:C:1982:107) (párr. 14 y 15).

de la competencia y arbitraje— el TJUE dispone que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”, lo que podría calificarse como “posición minimalista” de control del laudo por parte del TJUE⁸³.

55. Sin embargo, también en *Eco Swiss* el TJUE, a continuación, parece adoptar una posición “maximalista” al establecer que:

“el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 85 del Tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho” y añadir que “el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial”⁸⁴.

56. El TJUE, en cuanto al principio de equivalencia, establece en *Eco Swiss* que “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”⁸⁵.

57. El TJUE también ha declarado en *Eco Swiss* que las disposiciones imperativas o de orden público propias del Derecho de la Unión, deben aplicarse en el arbitraje y los tribunales ordinarios deberán ejercer el correspondiente control a través, entre otros, de la cláusula de orden público. Tanto es así que el TJUE indica que tales disposiciones imperativas son parte de la cláusula de orden público del art. V del Convenio de Nueva York en tanto que forman parte del orden público de los Estados Miembros⁸⁶.

58. En *Mostaza Claro*, —asunto relativo a arbitraje de consumo— el TJUE reitera la doctrina contenida en *Eco Swiss* y la aplica analógicamente para determinar que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es “una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE, la sentencia *Eco Swiss* (...))”⁸⁷.

⁸³ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (part. 35). *Vid.* L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitrage Commercial International et Lois de Police. Consideration sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 315, 2005, p. 356.

⁸⁴ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (parr. 36 y 40).

⁸⁵ *Ibidem* (parr. 37).

⁸⁶ STJCE de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 39). Sobre la colisión del Derecho europeo con el Convenio de Nueva York de 1958 y sobre el principio de primacía absoluta del Derecho europeo, *vid.* extensamente M. PENADES FONS, “*Effect utile* del Derecho de la Unión Europea y la prohibición de *révision au fond* en el arbitraje internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, pp. 272 y ss.

⁸⁷ STJUE 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (ECLI:EU:C:2006:675) (párr. 37). El asunto *Mostaza Claro*, una empresa de telecomunicaciones inició un arbitraje contra un consumidor. La cláusula arbitral permitía a las partes acudir a arbitraje o también a la jurisdicción ordinaria. El consumidor participó del arbitraje sin oponerse a la competencia del tribunal arbitral ni invocó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores afirmando que la cláusula arbitral contravenía esta norma europea. En *Mostaza Claro*, el TJUE reitera la doctrina contenida en *Eco Swiss* y la aplica analógicamente. El TJUE también determina que el tribunal ordinario deberá anular, si fuese abusiva, la cláusula arbitral y consecuentemente el laudo, aunque el consumidor no lo haya invocado en el transcurso del procedimiento arbitral. La STSJ Madrid 24 enero 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:575) anuló un laudo por vulnerar el Derecho de consumo, estableciendo la sentencia de anulación que “no se puede olvidar que la propia evolución de la dinámica y la actualidad de la UE ha hecho que se haya pasado de una “*Europa de los mercaderes*” a una “*Europa de los consumidores*”, de tal manera que las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores constituyen en gran medida principios esenciales del derecho de la UE y propio orden público de la misma, debiendo prevalecer en todo caso”.

59. En *Achmea* —asunto relativo al arbitraje de inversiones— el TJUE determinó que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral [*en materia de arbitraje comercial*] justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia”⁸⁸.

60. En el reciente asunto *ISU*, —caso relativo a arbitraje deportivo obligatorio— entre otros aspectos, el TJUE tiene que decidir sobre la conformidad con el Derecho de la UE de que una asociación deportiva como la *International Skating Union* (ISU) establezca que, de manera obligatoria, sus atletas se vean sometidos a la jurisdicción del Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal arbitral du sport-TAS/ Court of Arbitration for Sport - CAS*) con sede en Suiza, Estado no miembro de la Unión Europea⁸⁹. El TJUE anula, en sede de recurso, una sentencia del Tribunal General y establece, entre otros aspectos, que no puede alegarse que la naturaleza específica del deporte sea argumento suficiente para afirmar que las decisiones que tome la ISU sólo puedan ser recurridas de manera exclusiva y obligatoria ante el TAS, con sede en Suiza, no pudiéndose ante este tribunal arbitral controlarse la aplicación de las disposiciones de orden público de la UE a través de la cuestión prejudicial:

“En primer lugar, la apreciación general e indiferenciada de que el Reglamento de arbitraje puede estar justificado por intereses legítimos ligados a la naturaleza específica del deporte, en la medida en que atribuye al TAS una competencia obligatoria y exclusiva para controlar las decisiones que la ISU pueda adoptar en virtud de sus facultades en materia de autorización previa y de sanciones, ignora, como sostienen esencialmente las partes recurrentes y la Comisión, los requisitos que deben concurrir para que un mecanismo de arbitraje como el controvertido en el presente asunto pueda considerarse, por una parte, que permite garantizar el respeto efectivo de las disposiciones de orden público que contiene el Derecho de la Unión y, por otra, que es compatible con los principios que subyacen en la arquitectura judicial de la Unión Europea”⁹⁰.

61. En *ISU*, el TJUE, con cita de *Eco Swiss*, recuerda que el Derecho de la competencia de la UE es una cuestión de orden público europeo⁹¹. También recuerda, citando a *Eco Swiss* y a *Mostaza Claro*, que la efectividad del arbitraje requiere que se realice una revisión judicial limitada del laudo, pero que, no obstante, en todo caso, los tribunales de los Estados Miembros deben tener la posibilidad de revisarlos para comprobar que cumplen con las disposiciones fundamentales de orden público de la UE. El TJUE establece que dicha revisión se hace si cabe más relevante cuando el arbitraje ha sido impuesto a los atletas por parte de las asociaciones deportivas⁹².

62. El TJUE subraya que una ausencia de revisión socava la protección de los individuos que les ofrece el Derecho de la UE:

“A falta de tal control jurisdiccional, la utilización de un mecanismo de arbitraje puede menoscabar la protección de los derechos que los justiciables derivan del efecto directo del Derecho de la Unión y el respeto efectivo de los artículos 101 y 102 TFUE [*Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*], que deben estar garantizados -y lo estarían, por tanto, a falta de tal mecanismo- por las normas nacionales relativas a los recursos”⁹³.

⁸⁸ STJUE 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158) (parr. 54).

⁸⁹ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala). En el momento de la redacción de esta parte del trabajo, la sentencia *ISU* sólo se encontraba disponible en inglés y francés, por lo que los extractos contenidos en este artículo han sido traducidos por su autor.

⁹⁰ *Ibidem* (párr. 188).

⁹¹ *Ibidem* (párr. 192).

⁹² *Ibidem* (párr. 193).

⁹³ *Ibidem* (párr. 194).

63. Siguiendo la doctrina contenida en *Nordsee* y en *Eco Swiss*, en *ISU* el TJUE recuerda que sólo los tribunales ordinarios de los Estados Miembros pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE que permita una aplicación efectiva del Derecho de la UE en todo el territorio de la Unión⁹⁴. El TJUE determina que el Tribunal General yerra en Derecho, al establecer de manera abstracta e indiferenciada que las normas de arbitraje de la ISU pueden estar justificadas por intereses legítimos vinculados a la naturaleza específica del deporte, en la medida en que atribuye a “un tribunal especializado” la competencia de conocer de los litigios relativos a las normas de autorización previa y de elegibilidad, sin tratar de garantizar que dicho reglamento de arbitraje respetaba todos los requisitos mencionados en los apartados anteriores de la presente sentencia y, por tanto, permitió un control efectivo del cumplimiento de las normas europeas de Derecho de la competencia⁹⁵.

64. El TJUE también determina que el Tribunal General yerra en Derecho cuando establece que la efectividad del Derecho de la UE estaba asegurada por completo al poder las partes reclamar daños o al poder interponer queja ante la Comisión o ante las autoridades nacionales de competencia⁹⁶.

65. En *ISU*, el TJUE determina que el hecho de poder reclamar daños ante los tribunales ordinarios no es un remedio suficiente que permita la efectividad del Derecho europeo en tanto que el remedio adecuado debe permitir también la toma de medidas provisionales o protectoras, la cesación de la conducta o, en su caso, la anulación de la medida por parte de un tribunal ordinario que puede seguir a un procedimiento arbitral⁹⁷. El TJUE también establece que la interposición de una queja o reclamación ante la Comisión o ante las autoridades nacionales de competencia, entre otros, no otorgan al individuo el derecho a insistir en que se adopte una resolución definitiva sobre la existencia o inexistencia de la infracción que alega⁹⁸.

66. De esta jurisprudencia se extrae que, al menos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y de su interacción con el arbitraje, no existe el complejo debate de Derecho internacional privado al que nos hemos referido con anterioridad relativo a las normas imperativas y su diferenciación con el orden público.

67. Se produce en este contexto cierta tensión entre la protección efectiva del interés público europeo a través de normas imperativas de Derecho de la Unión y la autonomía del arbitraje. En *Genentech*, el Abogado General WATHELET dispuso que si el control del laudo respecto de las normas de orden público europeo — y precisa “que sólo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión ya de por sí restringida”— debiera limitarse a “violaciones manifiestas o flagrantes” estaríamos hablando de un control “ilusorio”⁹⁹. Se ha criticado este posicionamiento del Abogado General porque en las sentencias *Diageo* y *Renault* el TJUE se refiere a “infracciones manifiestas de una norma jurídica esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión” y no cualquier infracción como integrantes del orden público¹⁰⁰. A nuestro juicio, podría resultar problemático traer aquí a colación los asuntos *Diageo* y *Renault* en tanto que deciden sobre aspectos relativos al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el marco del Sistema de Bruselas y los jueces de origen sí pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

⁹⁴ *Ibidem* (párr. 198).

⁹⁵ *Ibidem* (párr. 199).

⁹⁶ *Ibidem* (párr. 200).

⁹⁷ *Ibidem* (párr. 201).

⁹⁸ *Ibidem* (párr. 203).

⁹⁹ Conclusiones del Abogado General WATHELET, presentadas el 17 de marzo de 2016, *Genentech*, C-567/14 (ECLI:EU:C:2016:177) (párr. 64).

¹⁰⁰ G. CORDERO-MOSS, “Chapter 12: Court Control on Arbitral Awards: Public Policy, Uniform Application of EU Law and Arbitrability”, en A. CALISSENDORFF y P. SCHÖLDSTRÖM (eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook*, vol. 2, Kluwer Law International, 2020, p. 206.

68. El problema de las normas de orden público a las que se refiere el Abogado General WATHELET es que no se sabe con exactitud cuáles son¹⁰¹. Hemos visto cómo en *Eco Swiss* se declara como tales las normas propias del Derecho de la Competencia y se utiliza la analogía en *Mostaza Claro* para ampliarlas al Derecho de consumo, lo que nos lleva a pensar que en un futuro podría extenderse a otras normas o ramas del Derecho en su relación con el arbitraje (e.g. en materia de protección de datos personales y, por supuesto, en relación con los Derechos Humanos, como hemos comprobado en el asunto *Real Madrid v. Le Monde* en sede de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en el seno de la Unión Europea¹⁰²).

2. Límites y técnicas de aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo

69. El TJUE reconoce que para que persista la autonomía del arbitraje, se hace necesario que se utilice la cláusula general del orden público de manera restrictiva. La noción de orden público que acuña el TJUE presenta —o debería presentar— ciertos límites a la hora de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el control que ejerciten sobre laudos arbitrales comerciales, tanto en anulación como en reconocimiento y ejecución. En este subapartado se analizan algunos de ellos.

A) Límites de conexidad: la “vinculación mínima” y el orden público europeo “de proximidad”. Especial referencia al Derecho europeo de la competencia y a las sanciones internacionales

70. El Derecho de la Unión Europea tiene, como regla general, un alcance territorial, produciendo efectos sólo dentro de las fronteras de los Estados Miembros, aunque algunas de sus disposiciones sí se aplican, cada vez más, extensivamente en otros territorios debido sobre todo al fenómeno de la digitalización y a las normas de diligencia debida¹⁰³. En materia de arbitraje, tiene sentido que un tribunal de control de un Estado Miembro analice a través de las lentes de la cláusula de orden público, en línea con lo que dispone la jurisprudencia del TJUE anteriormente analizada, si el laudo cumple con las disposiciones de orden público europeo.

¹⁰¹ En las Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing*, C-600/23 se indica que “la jurisprudencia *Eco Swiss* nos dice que el alcance del control jurisdiccional puede limitarse a las cuestiones de orden público. Si bien el significado y el alcance precisos del orden público de la Unión no están claramente determinados (...)” (párr. 109). Tal y como afirma G.A. BERMAN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* p. 324 “(...) no less than courts, arbitrators find themselves handicapped by the fact that mandatory rules of law seldom announce themselves as such”. Se trata de un problema clásico de Derecho internacional privado al que el *Institut de Droit International* ya se refirió en su *Resolution de l’Institut de Droit International – Sessão de Paris 1910 (30 mars 1910). Rapporteur: M. PASQUALE FIORE* en la que se dispuso: “L’Institut exprime le vœu que, pour éviter l’incertitude qui prête à l’arbitraire du juge et compromet, par cela même, l’intérêt des particuliers, chaque législation détermine avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci paraîtrait compétente pour régler le rapport de droit envisagé. Il est spécialement désirable que chaque convention de droit international privé précise les points sur lesquels, dans chaque pays contractant, une disposition regardée comme d’ordre public pourra tenir en échec les principes mêmes de la convention”. Rara vez una norma se autodenomina como internacionalmente imperativa, si bien encontramos que la recién aprobada Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 dispone, en su art. 29.7, que “los Estados miembros velarán por que las disposiciones de Derecho nacional que transpongan el presente artículo sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las pretensiones correspondientes no sea el Derecho nacional de un Estado miembro”.

¹⁰² STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843).

¹⁰³ L. HORNKOHL, “The Extraterritorial Application of Statutes and Regulations in EU Law”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, núm. 2022 (1), pp. 1-47. También la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 dispone que se aplicará también a empresas constituidas conforme al Derecho de terceros Estados, siempre que se den determinados requisitos (art. 2.2).

71. La pregunta que se plantea es si, en cualquier arbitraje con sede en la Unión y, por tanto, con competencia atribuida a los tribunales de los Estados Miembros para controlar el laudo debe activarse el orden público de la Unión Europea.

72. Imaginemos un arbitraje CCI con sede en París (Francia) que resulta de unos contratos celebrados entre una empresa con domicilio en Canadá y una empresa con domicilio en Rusia que debían ejecutarse parcialmente en Canadá y parcialmente en Rusia. No existe, en este ejemplo, vinculación del arbitraje con la Unión Europea más allá de que las partes hayan elegido un arbitraje CCI con sede en París como método de resolución de sus disputas. La vinculación de la actividad económica que supone la base de la controversia que se resuelve mediante arbitraje es esencial para que pueda barajarse la posibilidad de activar el orden público de la Unión Europea, por ejemplo, en materia de Derecho de la competencia. En definitiva, el criterio de proximidad es adecuado para la activación de la cláusula general de orden público; en este caso, sólo si la actividad económica sobre la que decide el arbitraje es próxima a la Unión Europea y afecta a la “sociedad europea”, tendría sentido activar la noción de orden público de la Unión Europea.

73. El criterio de vinculación y orden público de proximidad es el que parece reflejarse en el asunto *ISU* para la activación del orden público de la Unión Europea en materia de Derecho de la competencia en el marco de un arbitraje deportivo obligatorio. El TJUE dispone que el deporte en tanto que actividad económica se ve sometido a las reglas de Derecho de la competencia de la UE si dicha actividad económica —como es el caso con la actividad de la ISU— acontece en territorio de la Unión, con independencia de que las entidades se encuentren domiciliadas fuera de la Unión Europea:

“(…) las normas de arbitraje impuestas por la ISU se refieren, en particular, a dos tipos de litigios que pueden surgir en el marco de actividades económicas consistentes en (i) tratar de organizar y comercializar competiciones internacionales de patinaje de velocidad y (ii) tratar de participar en dichas competiciones como atleta profesional. Por lo tanto, estas normas se aplican a los litigios relativos al ejercicio de un deporte como actividad económica y, sobre esta base, entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia de la UE. Por consiguiente, deben ser conformes al Derecho de la competencia de la Unión, por las razones expuestas en los apartados 91 a 96 de la presente sentencia, en la medida en que se apliquen en el territorio de aplicación de los Tratados UE y FUE, con independencia del lugar en el que estén establecidas las entidades que las adoptaron (...)”¹⁰⁴.

74. En *ISU*, el TJUE aclara que sólo son las normas en materia de Derecho de la competencia las que son objeto del asunto y no su aplicación fuera de la UE; no se está refiriendo tampoco otras normas relativas a la regulación deportiva que no entran dentro del ámbito regulatorio de la Unión Europea¹⁰⁵. El TJUE también establece que no se cuestiona en este asunto la aplicación de estas normas por parte de entidades como la ISU o el TAS, sino que la revisión de las resoluciones arbitrales queda a cargo del Tribunal Federal Suizo, un órgano perteneciente a un tercer Estado:

“(…) en el caso de autos se cuestionan dichas normas no en la medida en que supeditan el control en primera instancia de las resoluciones dictadas por la ISU al TAS como órgano arbitral, sino sólo en la medida en que someten la revisión de los laudos arbitrales dictados por el TAS y la revisión en última instancia de las decisiones de la ISU al Tribunal fédéral (Tribunal Supremo Federal), es decir, a un tribunal de un tercer Estado”¹⁰⁶.

75. El límite relativo al criterio de proximidad para la aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea ha sido, curiosamente, mencionado por jurisprudencia de un tercer Estado, Suiza, al que el TJUE *reprocha* que sus tribunales no pueden ejercitar cuestión prejudicial al propio TJUE en el

¹⁰⁴ *Ibidem* (párr. 189).

¹⁰⁵ *Ibidem* (párr. 190).

¹⁰⁶ *Ibidem* (párr. 191).

seno de acciones de nulidad o de reconocimiento de laudos arbitrales que permita asegurar el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en disputas en las que subyace actividad económica en territorio europeo. Así, en la sentencia del Tribunal Federal Suizo *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata.R.L.* 8 marzo 2006, el Tribunal Federal niega la existencia de un verdadero “orden público transnacional” y afirma que la visión europea o suiza del Derecho de la competencia o del orden público no puede imponerse universalmente a todos los litigios internacionales:

“(…) sería presuntuoso considerar que los conceptos europeos o suizos en materia de derecho de la competencia deberían imponerse evidentemente a todos los Estados del planeta como una panacea, porque tales conceptos están vinculados a un determinado tipo de economía y a un determinado régimen (...)”¹⁰⁷.

76. La dificultad de esta técnica de limitación, como expresábamos con anterioridad, es la de determinar cuándo existe suficiente vinculación con el Estado de que se trate o, en este caso, con la Unión Europea, para activar la cláusula de orden público. Esta dificultad se exagera al no saber con exactitud qué normas del Derecho de la Unión son consideradas como de orden público europeo. Habrá que estar al caso concreto y estar al criterio de aplicación material, temporal y territorial de las normas de consumo o de protección de datos personales o cualesquiera otras que se consideren de orden público, así como su efecto o vinculación con la “sociedad” o “mercado” europeos.

77. El ámbito de las medidas restrictivas, también llamadas sanciones económicas internacionales, es de particular interés¹⁰⁸. En el ejemplo que hemos traído a colación anteriormente en este apartado, relativo a un arbitraje CCI con sede en París (Francia) que resulta de unos contratos celebrados entre una empresa con domicilio en Canadá y una empresa con domicilio en Rusia que debían ejecutarse parcialmente en Canadá y parcialmente en Rusia, la Federación Rusa no ha sido elegida al azar, sino que reviste importancia en tanto que se trata de un Estado en el que algunos de sus nacionales se encuentran sometidos a sanciones económicas por parte, *inter alia*, de las instituciones de la Unión Europea. Las sanciones internacionales de las instituciones de la Unión han sido consideradas como parte del orden público de la Unión Europea por parte de la jurisprudencia francesa —de particular interés en este caso¹⁰⁹— (por consiguiente, del orden público internacional francés); y, por tanto, como elemento a controlar en anulación o reconocimiento y ejecución de laudo arbitral.

78. En el asunto *Sofregaz v. Natural Gas Storage Company - NGSC*, el Tribunal de Apelación de París distinguió entre las sanciones contra la República Islámica de Irán dictadas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de las adoptadas por las instituciones de la Unión Europea y de las unilaterales impuestas por las autoridades estadounidenses. El Tribunal de Apelación de París consideró que las sanciones adoptadas por la ONU entrarían en la categoría de nor-

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Federal Suizo *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata.R.L.* 8 de marzo de 2006, 4P.278/2005 (párr. 3.1). Este posicionamiento minimalista ha sido duramente criticado por SESTER, en tanto que, en ese caso concreto, el tribunal suizo estaba controlando un laudo arbitral que resolvía sobre una controversia entre dos empresas italianas. *Vid.* P. SESTER, “German Cassation Court: Can Competition Law Be a “New” Weapon Against Arbitral Awards?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2023, disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/03/09/german-cassation-court-can-competition-law-be-a-new-weapon-against-arbitral-awards/> (último acceso 27/10/2024).

¹⁰⁸ Sobre sanciones internacionales y su impacto en los contratos y también sobre sanciones internacionales y metodología del Derecho internacional privado, *vid.* ampliamente C.A.H. CHEVALLEY, “The Impact of Foreign Sanctions on Commercial Contracts”, *Practique Juridique Actuelle*, 7/2022.

¹⁰⁹ Conviene destacar que el Tribunal de Casación Francés remitió a través de su resolución 27 noviembre 2024 (ECLI:FR:CCASS:2024:C100646) cuestión prejudicial al TJUE preguntando sobre algunas cuestiones relativas a la interpretación de las sanciones internacionales impuestas por la UE a algunas personas y entidades de nacionalidad yemení por virtud del Reglamento (UE) nº 1352/2014 del Consejo, de 18 de diciembre de 2014, relativo a medidas restrictivas en vista de la situación en Yemen. Se trata de una decisión de casación contra una sentencia del Tribunal de Apelaciones de París que confirmó un laudo con sede en París. Los recurrentes en casación argumentan que el pago de las cantidades, por virtud de cumplimiento del laudo, al Ministerio de Petróleo y Minas de Yemen y a la *Yemen Oil and Gas Corporation* (YOGC) iría en contra de lo dispuesto en el citado reglamento sancionador por permitir directa o indirectamente que se pongan fondos a disposición o se utilicen en beneficio de personas físicas o jurídicas, entidades u organismos enumerados el anexo I del mencionado reglamento.

mas de orden público transnacional, que tienen por objeto mantener la paz y la seguridad internacionales y, en consecuencia, forman parte del orden público internacional francés en relación con el control del laudo arbitral. En cuanto a las sanciones adoptadas por las instituciones de la Unión Europea, pueden asimilarse a las normas imperativas francesas (*lois de police*) y, por lo tanto, también pueden controlarse a través de la excepción de orden público internacional francés. Sin embargo, las sanciones unilaterales adoptadas por las autoridades estadounidenses se consideran normas imperativas extranjeras. Sólo puede considerarse que las normas imperativas extranjeras configuran la excepción de orden público internacional francés si protegen valores y principios inherentes a dicho orden público internacional francés. El Tribunal de Apelación de París declara finalmente que las sanciones adoptadas por las autoridades estadounidenses no pueden contemplarse como parte de un consenso internacional (asimilable al orden público transnacional) y, por tanto, como parte del orden público internacional francés.

79. En el asunto *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea*, el Tribunal de Apelación de París determinó que las normas imperativas extranjeras, en este caso, las de la República de Guinea, sólo activan la excepción de orden público cuando protegen los mismos valores y principios que los que se consideran que forman parte del orden público internacional francés:

“(…) la mera inobservancia de una norma imperativa extranjera no puede conducir por sí misma a la anulación de un laudo arbitral. Sólo puede conducir a la anulación si la norma imperativa protege un valor o principio que el propio orden público francés no permitiría que se ignorara, ni siquiera en un contexto internacional. Sólo en esta medida puede considerarse que las normas imperativas extranjeras entran dentro del orden público internacional francés”¹¹⁰.

80. También en *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea*, el Tribunal de Apelación de París declaró que las sanciones internacionales de la UE, en concreto, la Decisión 2010/638/PESC del Consejo, de 25 de octubre de 2010, relativa a la adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Guinea, forman parte del orden público internacional francés:

“Estos embargos impuestos por la Unión Europea, en la medida en que tienen por objeto contribuir al mantenimiento o al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, están comprendidos en el concepto francés de orden público internacional, en la medida en que las normas y valores así transmitidos figuran entre aquellos cuyo desconocimiento no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico francés”¹¹¹.

81. El Tribunal de Apelación de París determinó que los contratos sometidos a arbitraje no infringían las sanciones, por lo que no debía aplicarse la excepción de orden público internacional.

B) La cuestión prejudicial como elemento esencial en el aseguramiento de la efectividad del Derecho de la Unión Europea: ¿es posible la aplicación del Derecho de la Unión Europea por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados? Del arbitraje de inversiones al arbitraje comercial, pasando por el arbitraje deportivo obligatorio

82. El art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que el TJUE “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” y añade que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”. El mismo art. 19.3.b) establece que el TJUE “se pronunciará, de conformidad con los Tratados con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 13 abril 2021, *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea* (párr. 38).

¹¹¹ *Ibidem* (párr. 49). *Vid.* también Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 3 junio 2020, N° RG 19/07261 - N° Portalis 35L7-V-B7D-B7VDG.

83. La cuestión prejudicial que pueden remitir los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros al TJUE viene regulada en el actual art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (anterior art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y, en lo que aquí interesa, está legalmente disponible únicamente para órganos jurisdiccionales sitos en la Unión Europea.

84. En materia de arbitraje de inversión, en el asunto *Achmea*, el TJUE pone fin al sistema de arbitraje de inversiones con base en tratados internacionales bilaterales o multilaterales entre Estados Miembros de la UE. Uno de los argumentos esgrimidos por el TJUE es que tales tribunales arbitrales no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE poniendo en peligro la preservación del carácter propio del Derecho de la UE y vulnerando su autonomía. Es cierto también que en *Achmea*, el TJUE quiere dejar clara la (a veces dudosa) diferenciación en cuanto a la naturaleza del arbitraje de inversiones y la del arbitraje comercial, llegando a indicar que “las consideraciones enunciadas en el apartado anterior, relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI (*de inversiones*)”¹¹².

85. En el asunto *PL Holdings*, el TJUE aplica la doctrina establecida en *Achmea* a cláusulas arbitrales no contenidas en un tratado internacional, sino suscritas por un Estado con un inversor en un contrato privado. En este escenario, el TJUE argumenta que la cuestión o remisión prejudicial resulta igualmente esencial para el aseguramiento del carácter propio y autonomía del Derecho de la UE¹¹³.

86. En el arriba explicado asunto *ISU*, en el marco de un arbitraje deportivo obligatorio impuesto por la *International Skating Union* a sus atletas, el TJUE invalida un arbitraje TAS con sede en Suiza en tanto que, entre otros argumentos, los tribunales suizos, en sede de anulación, no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE sin que se asegure por tanto el principio de efectividad del Derecho de la UE y su autonomía:

“Es preciso señalar, en cambio, que algunas de ellas, como las relativas a la imposibilidad de someter los laudos del TAS al control de un órgano jurisdiccional que pueda cerciorarse del respeto de las disposiciones de orden público del Derecho de la Unión recurriendo, en su caso, al procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, son correctas”¹¹⁴.

87. En el asunto *Gazprom*, tanto la Comisión Europea como el Tribunal General y el TJUE parecen vincular la sustanciación de los arbitrajes en la Unión Europea con el aseguramiento del principio de efectividad y autonomía del Derecho de la UE. En la Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europa Central y Oriental) (cuya versión en inglés es la única auténtica) parece disponer, con cita al asunto *Eco Swiss*, que el Derecho de la competencia de la UE sólo puede ser aplicado por parte de tribunales arbitrales sitos en la UE:

“*The Commitments require the arbitration proceedings to take place within the European Union. This obliges the arbitral tribunals to respect and apply EU competition law as a matter of public policy irrespective of the private interest of the parties to the arbitration. In relation to this obligation on the arbitration tribunals, the Commission, as the guardian of EU law, may decide to intervene as amicus curiae in the arbitration proceedings, especially so if the arbitration concerns a matter covered by the Commission’s commitment decision*”¹¹⁵.

¹¹² STJUE 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158) (párr. 55).

¹¹³ STJUE 26 octubre 2021, *PL Holdings*, C109/20 (ECLI:EU:C:2021:875) (párr. 46). Otros asuntos que ponen de manifiesto el gran conflicto existente entre el arbitraje de inversiones y el Derecho de la UE son STJUE 2 septiembre 2021, *Komstroy*, C-741/19 (ECLI:EU:C:2021:655) y STG 2 octubre 2024, *Micula*, T-624/15 RENV, T-694/15 RENV and T-704/15 RENV. Sobre arbitraje de inversiones y Derecho de la UE, *vid.* F. PASCUAL-VIVES, “El principio de autonomía y el arbitraje de inversión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de Polonia c. PL Holdings”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, pp. 669-693.

¹¹⁴ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala) (párr. 225).

¹¹⁵ Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del

88. La citada Decisión fue recurrida ante el Tribunal General de la Unión Europea. Los recurrentes alegaban que la Comisión había malinterpretado el asunto *Eco Swiss* y que en este no se disponía que los tribunales arbitrales, por el hecho de tener su sede en la UE, debían aplicar el Derecho de la competencia de la UE. El Tribunal General determinó que el Derecho de la competencia sí es arbitrable y que los tribunales arbitrales con sede en la UE deben aplicar las normas de orden público de la UE de manera obligatoria:

“Es preciso recordar que el considerando 178 de la Decisión impugnada indica, remitiéndose a la sentencia *Eco Swiss* (apartados 35 y 36), que los compromisos finales «exigen que los procedimientos arbitrales se sustancien en la Unión» y que «ello obliga a los tribunales arbitrales a respetar y a aplicar el Derecho de la competencia de la Unión como materia de orden público, con independencia de los intereses privados de las partes del arbitraje»¹¹⁶.

89. Continúa el Tribunal General indicando:

“(…) los artículos 101 TFUE y 102 TFUE constituyen disposiciones de orden público, asimismo en el sentido de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958, que deben aplicarse de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales deberán acceder a una pretensión de anulación de un laudo arbitral en caso de que consideren que es contrario a estos artículos”¹¹⁷.

90. El TJUE confirmó la sentencia del Tribunal General estableciendo que los tribunales arbitrales tienden a respetar el art. 102 TFUE, indicando cierta deferencia hacia el arbitraje:

“Por último, el Tribunal General señaló acertadamente que los tribunales arbitrales tienden a asegurarse de que el laudo arbitral que adoptan respeta el artículo 102 TFUE y esta consideración en ningún caso puede dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida”¹¹⁸.

91. Resultan de particular interés las Conclusiones de la Abogada General CAPETA en el asunto *Royal Football Club Seraing*, todavía pendiente de resolución por parte del TJUE en el momento de escribir estas líneas¹¹⁹.

92. En el asunto *Royal Football Club Seraing*, el club de fútbol belga *Royal Football Club Seraing* celebró una serie de contratos con la entidad de Derecho maltés *Doyen Sports*, dedicada a prestar asistencia financiera a clubes de fútbol europeos. Por virtud de estos contratos, *Royal Football Club Seraing* cedía derechos económicos de jugadores a *Doyen Sports*.

93. Entran en juego la Federación Internacional del Fútbol Asociación (FIFA) y la Unión Europea de Asociaciones de Fútbol (UEFA), que pertenece a su vez a la FIFA, que organizan y regulan el fútbol a nivel mundial y europeo, bien a través de normas directamente vinculantes para las entidades nacionales y sus clubes asociados, o bien éstas deben implementar tales normas para que sean aplicadas a dichos clubes asociados a nivel nacional. Todas ellas son entidades de Derecho suizo y domicilio en Suiza. También interviene en este pleito la Real Asociación Belga de Fútbol (URBSFA), que es miembro de la UEFA y de la FIFA.

94. La FIFA aprobó nuevas disposiciones que afectaban a las asociaciones nacionales y a sus clubes, incluyendo a la URBSFA y a *Royal Football Club Seraing*, que modificaban el Reglamento de

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europa Central y Oriental) (parr. 178).

¹¹⁶ STG 2 febrero 2022, *Gazprom*, T-616/18 (ECLI:EU:T:2022:43) (párr. 289).

¹¹⁷ *Ibidem* (parr. 290).

¹¹⁸ STJUE 26 septiembre 2024, C-255/22 P (ECLI:EU:C:2024:790) (párr. 79).

¹¹⁹ Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing*, C-600/23.

la FIFA sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (Reglamento ETJ), incluyendo en sus arts. 18 bis y 18 ter una prohibición de cesión de derechos de futbolistas a terceros, prohibición que afectaba directamente a los contratos celebrados entre *Royal Football Club Seraing* y *Doyen Sports*.

95. La FIFA sancionó a *Royal Football Club Seraing* por concluir contratos de este tipo con posterioridad a la *vacatio legis* establecida por la propia FIFA. Las normas de la FIFA establecen un sistema de resolución de disputas por vía de arbitraje obligatorio administrado —al igual que sucedió en *ISU*— por el TAS con sede en Suiza.

96. *Royal Football Club Seraing* inició arbitraje contra la FIFA ante el TAS. El tribunal arbitral determinó que el Derecho aplicable al caso eran los Reglamentos de la FIFA, el Derecho suizo (incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el Derecho de la Unión Europea, en particular los Tratados y el Derecho de libre circulación y competencia.

97. El laudo arbitral confirmó la sanción de la FIFA y el Tribunal Federal suizo confirmó el laudo en un ulterior procedimiento de anulación.

98. Antes de la emisión del laudo arbitral, *Doyen Sports* acudió a los tribunales ordinarios belgas. En primera instancia, *Doyen Sports* alegó ante el Tribunal Mercantil Francófono de Bruselas que la prohibición establecida por la FIFA era contraria al Derecho a la libre circulación de capitales, Derecho a la libre prestación de servicios, Derecho a la libre circulación de trabajadores y al Derecho de la competencia europeos, y solicitó una indemnización por el daño derivado de tal prohibición. El tribunal de primera instancia se declaró con falta de competencia.

99. El asunto se recurrió en apelación, en la que el Tribunal de Apelación de Bruselas emitió sentencia una vez dictado ya el laudo. El Tribunal de Apelación de Bruselas aplicó el Código de Derecho internacional privado belga, argumentando que debe otorgarse efecto de cosa juzgada a un laudo desde el momento de su emisión y estableciendo que las resoluciones extranjeras tienen carácter ejecutivo en Bélgica *de iure* si lo tienen en el Estado en que hayan sido dictadas. El Tribunal de Apelación decide no entrar a conocer del asunto al existir el laudo emitido por el TAS que produce efecto de cosa juzgada. Tal y como adelanta la Abogada General CAPETA, esto impide a un tribunal de la Unión comprobar el cumplimiento del laudo con el Derecho de la UE y, particularmente, que un tribunal de la Unión haya podido, en el seno del control del laudo arbitral, remitir cuestión prejudicial al TJUE¹²⁰.

100. El Tribunal de Apelación de Bruselas determinó, además, que que el arbitraje deportivo ante el TAS fuera obligatorio no era óbice para su validez en tanto que ninguna de las partes impugnó la competencia del TAS en el procedimiento arbitral¹²¹.

101. En casación, el Tribunal de Casación belga remite cuestión prejudicial al TJUE en la que, en esencia, pregunta (a) si es compatible con el Derecho de la UE una norma nacional que otorga efecto de cosa juzgada a un laudo arbitral cuyo cumplimiento con el Derecho de la UE ha sido controlado por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado que no puede remitir cuestión prejudicial al TJUE y (b) si una norma estatal que otorga fuerza probatoria frente a terceros a un laudo arbitral como presunción *iuris tantum* es compatible con el Derecho de la UE, si ese laudo no ha sido controlado por un órgano jurisdiccional de la UE que pueda remitir cuestión prejudicial.

102. La Abogada General CAPETA concluye categóricamente que otorgar efecto de cosa juzgada a un laudo arbitral en sede de un arbitraje deportivo obligatorio cuyo cumplimiento con el Derecho de la UE no ha podido ser controlado por un tribunal de la UE con capacidad de remitir cuestión prejudicial

¹²⁰ *Ibidem* (párr. 31).

¹²¹ *Ibidem* (párr. 32).

al TJUE es contrario al Derecho de la Unión y, en concreto, al Derecho a una tutela judicial efectiva. No aprecia, no obstante, la Abogada General CAPETA que otorgar fuerza probatoria al laudo arbitral como presunción *iuris tantum* suponga una carga tal que sea contraria al Derecho de la UE.

103. La Abogada General CAPETA realiza una interesante y acertada diferenciación entre el arbitraje de inversiones, el arbitraje deportivo obligatorio y el arbitraje comercial.

104. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje de inversiones, arbitraje deportivo y arbitraje comercial, pide que la jurisprudencia *Achmea* no se aplique al presente caso de arbitraje deportivo ni que tampoco “añade valor” a la jurisprudencia iniciada por *Eco Swiss*, relativa al arbitraje comercial¹²².

105. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje deportivo obligatorio y sobre el porqué no debe aplicarse la jurisprudencia *Achmea* al presente caso, la Abogada General CAPETA manifiesta tres razones fundamentales: (a) en el presente caso no se cuestiona el cumplimiento de principio del Derecho de la UE por parte del sistema arbitral de la FIFA, algo que sí sucede en el arbitraje de inversiones en el que se consideró inaceptable un régimen que excluía la competencia de los órganos judiciales nacionales; (b) el arbitraje en este caso deriva de los estatutos de una entidad privada, no como manifestación de la voluntad de un Estado a través de un tratado internacional o redefiniendo el proceso arbitral a través de una cláusula de arbitraje negociada por el Estado y el inversor; y (c) en el arbitraje de inversión, el TJUE indica a los Estados que supriman las consecuencias perjudiciales del arbitraje de inversión por ser contrario el arbitraje de inversión intra-UE al Derecho de la UE; no sucede esto en el presente caso, en lo que lo único que puede exigirse a los Estados es que no reconozcan el efecto de cosa juzgada de los laudos, correspondiendo a la FIFA cualquier modificación de su sistema de resolución de disputas, sin que se esté discutiendo la compatibilidad de este sistema con el Derecho de la UE¹²³.

106. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje deportivo y el arbitraje comercial, la Abogada General CAPETA indica dos fundamentales: (a) el arbitraje comercial surge de la autonomía de la voluntad y las partes quieren extraer de la jurisdicción ordinaria el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, mientras que el arbitraje deportivo es obligatorio porque, en la práctica, los atletas no tienen más remedio que aceptar este sistema si quieren participar de las principales competiciones de su deporte; y (b) mientras que, en el arbitraje comercial, puede impedirse el reconocimiento a través de un procedimiento de exequátur por virtud de contrariedad del laudo con el orden público ex. art. V del Convenio de Nueva York pudiéndose en seno del procedimiento de reconocimiento remitirse cuestión prejudicial, en el arbitraje del TAS la FIFA puede ejecutar automáticamente el contenido del laudo, por ejemplo, haciendo efectivas las sanciones o impidiendo a clubes y jugadores participar de las competiciones¹²⁴.

107. Dos puntos adicionales son relevantes en las Conclusiones de la Abogada General CAPETA: el primero es que indica que, si bien el Convenio de Nueva York no es un instrumento de Derecho de la UE, el TJUE ya se ha pronunciado en el sentido de respetar las obligaciones internacionales de los Estados Miembros y que puede entenderse que la tutela judicial efectiva es un principio de orden público en el sentido del art. V del Convenio de Nueva York. La Abogada General pone en duda la aplicación del Convenio de Nueva York al arbitraje deportivo obligatorio ex art. II del propio Convenio. Indica que, en el caso del arbitraje obligatorio, la aplicación del orden público en el control del laudo “(...) serviría de puerta de entrada a un control completo del laudo arbitral a la luz del Derecho de la Unión aplicable”¹²⁵.

108. El segundo punto relevante adicional es que la Abogada General coincide con el Gobierno neerlandés en que el TJUE debe manifestarse sólo en cuanto al arbitraje deportivo obligatorio, dejando al margen de este caso y de la discusión el arbitraje comercial, que debe permanecer tal y como está:

¹²² *Ibidem* (párr. 94).

¹²³ *Ibidem* (párr. 90-93).

¹²⁴ *Ibidem* (párr. 71 y 76).

¹²⁵ *Ibidem* (párr. 122).

“En la vista del presente asunto, el Gobierno neerlandés también solicitó al Tribunal de Justicia que se adoptara un enfoque específico en relación con el arbitraje obligatorio, como el arbitraje deportivo previsto en los Estatutos de la FIFA. Una de las razones para tal solicitud estribaba en la necesidad de preservar el sistema de arbitraje comercial en su forma actual”¹²⁶.

“Comparto esta opinión. Si bien el arbitraje deportivo obligatorio requiere unas normas que ofrezcan un acceso más generoso a los órganos jurisdiccionales y un control de alcance más amplio para satisfacer las exigencias de la tutela judicial efectiva, conviene distinguirlo del arbitraje comercial aceptado voluntariamente, en el que los laudos arbitrales solo pueden ser objeto de control con carácter excepcional y por motivos tasados”¹²⁷.

109. El TJUE ha tenido también la oportunidad de aclarar, atendiendo a diferentes escenarios y situaciones, cuándo un “tribunal arbitral” u órgano no estrictamente estatal similar sito en la Unión Europea puede remitir cuestión prejudicial.

110. El TJUE ha establecido que para que un tribunal arbitral situado en la Unión Europea sea considerado un órgano jurisdiccional para el Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, pueda plantear cuestiones prejudiciales, el tribunal debe ser obligatorio por ley y no un órgano jurisdiccional al que las partes puedan acudir a su elección. En el asunto *Danfoss*, el TJUE declaró que el Tribunal de Arbitraje Laboral danés debe considerarse un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 177 del Tratado [CEE], ya que “la competencia de la Junta no depende, por tanto, del acuerdo de las partes”¹²⁸. Este requisito de que la voluntad de las partes no intervenga es de construcción puramente jurisprudencial, no recogido en el actual TFUE.

111. En el asunto *Denuit* el TJUE declaró que el *Collège d'Arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* belga no puede considerarse un órgano jurisdiccional competente para conocer de cuestiones prejudiciales, ya que:

“La legislación belga no exige el recurso a ese tribunal arbitral como único medio de resolver un litigio que oponga a un particular y a un intermediario de viajes. Es cierto que un órgano jurisdiccional ordinario que conozca de un litigio objeto de un convenio arbitral debe declararse incompetente con arreglo al artículo 1679, apartado 1, del *code judiciaire* (Ley de enjuiciamiento) belga. Sin embargo, no es obligatorio someter el litigio al collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages en el sentido de que si las partes no han celebrado un convenio arbitral, los particulares pueden dirigirse a los tribunales ordinarios para resolver el litigio.”¹²⁹.

112. En el asunto *Merck Canada*, el TJUE declaró, citando a *Danfoss*, que el Tribunal de Justicia ha considerado admisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal arbitral de origen legal, cuyas resoluciones eran vinculantes para las partes y cuya competencia no dependía del acuerdo entre éstas y declaró que el *Tribunal Arbitral necessário* portugués podía ser considerado un órgano jurisdiccional capaz de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE¹³⁰.

113. En el asunto *NADA*, el TJUE determinó, contradiciendo las Conclusiones de la Abogada General CAPETA, que el Comité Independiente de Arbitraje de Austria (USK) no es un tribunal a los efectos del art. 267 TFUE y que, en consecuencia, no puede remitir cuestión prejudicial al TJUE. En esencia, el TJUE manifiesta que el USK no cumple con los criterios de independencia de un tribunal: el ministerio de deportes austríaco es el que nombra a los miembros del Comité por períodos de cuatro años y tiene competencia exclusiva para cesarlos sin que haya transcurrido tal período “por motivos graves” sin definir en su legislación nacional qué significa exactamente esta expresión. El TJUE también

¹²⁶ *Ibidem* (párr. 97).

¹²⁷ *Ibidem* (párr. 98).

¹²⁸ STJCE 17 octubre 1989, *Danfoss*, C-109/88 (ECLI:EU:C:1989:383) (párr. 8).

¹²⁹ STJCE 27 enero 2005, *Denuit y Cordenier*, 125/04 (ECLI:EU:C:2005:69) (párr. 15).

¹³⁰ ATJUE 13 febrero 2014, *Merck Canada*, 555/13 (ECLI:EU:C:2014:92) (párr. 18).

determina que los miembros del Comité no se les garantiza la suficiente protección frente a presiones que pudieran minar su independencia¹³¹.

114. Visto que los tribunales arbitrales no están habilitados para plantear cuestión prejudicial y que, según confirma el asunto *ISU*, la cuestión prejudicial es esencial para la efectividad del Derecho de la Unión Europea, que se controla a través de la anulación o del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, surge la cuestión de cómo puede controlarse la aplicación efectiva del Derecho de la Unión Europea por parte de un tribunal con sede en un tercer Estado¹³².

115. En el marco de un arbitraje obligatorio como era el impuesto por la *International Skating Union* para los atletas que quisieran participar de los campeonatos a nivel europeo, el TJUE manifiesta que no puede remitirse obligatoriamente a arbitraje con sede fuera de la Unión Europea —excluyendo a los jueces ordinarios europeos— las disputas que acontecen en relación con la *International Skating Union* y sus sanciones a atletas. Como explicaremos en los párrafos siguientes, una aplicación demasiado estricta y extrapolada al arbitraje comercial de esta jurisprudencia llevaría al absurdo de que los tribunales arbitrales comerciales sitos fuera de la UE, directamente, no pudieran aplicar normas de orden público europeo, o directamente no tuvieran competencia para arbitrar estas materias, por no poder asegurarse la efectividad del Derecho de la Unión, sin tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en muchos arbitrajes deportivos obligatorios, el laudo arbitral también puede controlarse en sede de reconocimiento y ejecución en el marco de cuyo procedimiento se puede ejercitar cuestión prejudicial¹³³.

116. Podría argumentarse que debería revertirse la doctrina *Danfoss* y siguientes y permitir que los tribunales arbitrales comerciales con sede en la Unión Europea puedan ejercitar cuestión prejudicial al TJUE y determinar que el arbitraje es, en el mejor de sus sentidos, un equivalente jurisdiccional (en tanto que los laudos gozan de efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad), aunque su competencia se deba a la libre autonomía de las partes, requisito de construcción puramente jurisprudencial por parte del TJUE.

¹³¹ STJUE 7 mayo 2024, *NADA*, 115/22, (ECLI:EU:C:2024:384).

¹³² Tal y como indica HINOJOSA SEGOVIA, el diputado HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN planteó la eliminación de la noción de orden público en el control jurisdiccional del arbitraje en el trámite parlamentario de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje al manifestar: “Señores Diputados, el orden público se maneja fundamentalmente en dos ramas del Derecho. Por una parte, en el Derecho público, y aquí me remito al trabajo que elaboró un antiguo Senador de las Cortes constituyentes, Lorenzo Martín Retortillo, Profesor en la Universidad de Zaragoza, donde se señala que la cláusula de orden público es un límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos. El orden público ha funcionado siempre en materias administrativas como un instrumento del poder para limitar el ejercicio de los derechos. Estoy seguro que aquí hay quien tiene experiencia personal en lo difícil que es manejar la cláusula de orden público cuando de derechos individuales se trata. Por otra parte, en el Derecho privado el orden público se maneja eminentemente en el conflicto de las leyes. En el Derecho internacional privado el orden público es un instrumento del imperialismo del foro. No es una salvaguardia frente a la distorsión que pueda hacerse de las normas conflictuales como es el caso del fraude, y no es una salvaguardia frente a la disfuncionalidad de las normas materiales reclamadas, como es el supuesto del reenvío; es una salvaguardia, en expresión de otro antiguo Senador socialista -mi maestro el profesor Aguilar Navarro en las constituyentes-, frente al «salto en el vacío» que puede suponer la remisión a una legislación extranjera, que puede, efectivamente, violentar los principios fundamentales, los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, señores Diputados, cuando se trata de una decisión arbitral, ¿cuál es el salto en el vacío? Me temo que es simplemente el que se le produce a la parte perdedora ante un laudo arbitral. Por eso propondría la supresión de la mención de orden público (...)”. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de la Sesión celebrada el miércoles 29 junio 1988, III Legislatura, año 1988, nº 322, pp. 10771-10772. *Vid.* R. HINOJOSA SEGOVIA, “El Tribunal Constitucional delimita el concepto de «orden público» en la anulación de los laudos arbitrales”, *El Notario del Siglo XXI*, disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10165-el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales> (último acceso 01-02-2025). En la actualidad, el principio de efectividad del Derecho de la UE requiere que exista un mecanismo procesal que permita a los tribunales ordinarios controlar el cumplimiento del laudo con el Derecho europeo por lo que se hace difícil la posibilidad de eliminar la noción de orden público de la *lex arbitri* nacional o, si se elimina, el legislador nacional debería prever un concepto alternativo para asegurar tal efectividad del Derecho de la UE.

¹³³ *Vid.* N. LUFT, “Sports Arbitration and EU Competition Law: No Escape to Switzerland”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/03/08/sports-arbitration-and-eu-competition-law-no-escape-to-switzerland/> (último acceso 06/12/2024) (sugiriendo, entre otros, que el CAS podría modificar su reglamento para posibilitar la situación de la sede de los arbitrajes deportivos que administra en un Estado Miembro).

En favor de este posicionamiento, podría alegarse que el diálogo arbitraje-jurisdicción no puede quedar relegado a las medidas de apoyo al arbitraje, la anulación y el reconocimiento y ejecución, sino que debe ir más allá a través, entre otros, de la habilitación del mecanismo de la cuestión prejudicial.

117. Este planteamiento se complica cuando el tribunal arbitral que tiene que aplicar el Derecho de la UE tiene su sede en un tercer Estado. Debe recordarse, de todos modos, que la sede es una ficción jurídica¹³⁴, un factor de conexión voluntario que conecta el arbitraje con una determinada jurisdicción nacional. Si la sede se encuentra fuera de la Unión Europea, sería necesario modificar el TUE y el TFUE para habilitar esta posibilidad.

118. Otro de los inconvenientes de permitir que los tribunales arbitrales remitan cuestión prejudicial (al menos si están sitos en la UE) es que podría abusarse de este mecanismo de remisión por parte de los tribunales arbitrales y de las partes en el arbitraje, menoscabando el atractivo de los Estados Miembros como sede del arbitraje y como jurisdicciones pro-arbitraje. Además, el canon de motivación distinto que algunas *lex arbitri*, como al española, exigen al laudo arbitral es poco compatible con la remisión prejudicial al TJUE y la propia arquitectura judicial de la UE.

119. No parece apropiado entretanto, en el arbitraje comercial voluntario, impedir la remisión a arbitraje con sede en terceros Estados por el mero hecho de no poder el tribunal ordinario de anulación remitir cuestión prejudicial al TJUE extrapolando así al arbitraje comercial una interpretación demasiado estricta de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo obligatorio. Un tribunal arbitral comercial sito fuera de la UE debería poder aplicar Derecho de la UE, incluso normas de orden público, respetando los jueces ordinarios europeos el principio de remisión al arbitraje, consagrado en el Convenio de Nueva York (art. II) y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 8). El control jurisdiccional de la correcta aplicación, en su caso, de dichas normas de orden público se puede ejercitar por la vía del procedimiento de reconocimiento de laudo extranjero.

120. No permitir apriorísticamente la aplicación de normas de orden público de la UE por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados llevaría al absurdo de considerar que un laudo que haya aplicado perfectamente tales normas y que haya resuelto conforme a ellas sea contrario al orden público por el mero hecho de que la sede del arbitraje se haya situado en un tercer Estado. O también llevaría al absurdo de considerar un acuerdo arbitral inválido cuando potencialmente pudieran aplicarse en un eventual arbitraje normas de orden público de la UE cuando ese eventual arbitraje tuviera su sede fuera de la UE, yendo todo ello en contra de la autonomía del arbitraje y de sus principios más esenciales como los de —insistimos— autonomía de la voluntad y remisión al arbitraje.

121. Ha de recordarse que, en *Eco Swiss*, el TJUE no sólo vincula el aseguramiento del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea a la acción de anulación, sino también al procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, refiriéndose expresamente al Convenio de Nueva York como instrumento ratificado por los Estados Miembro ¹³⁵.

122. Es necesario reforzar aquí la idea de que la doctrina del TJUE para el arbitraje de inversiones y el arbitraje deportivo obligatorio no debería extrapolarse *mutatis mutandis* al arbitraje comercial, siguiendo lo que indica la Abogada General CAPETA en el asunto *Royal Football Club Seraing*. No sólo porque en el arbitraje de inversiones intervenga un Estado o suela fundamentarse en un tratado interna-

¹³⁴ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y L. G. RADICATI DI BROZOLO, “El rol de la sede en el arbitraje comercial internacional: una perspectiva minimalista”, *Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, 48/2023, p. 13. *Vid.* F. FERRARI, “Plures leges faciunt arbitrum”, *Arbitration International*, 37, 2021, pp. 579-597 (analizando la relevancia de la sede en las fases pre-laudo y post-laudo e indicando la necesidad de educar a las partes en la correcta elección de la sede del arbitraje en atención a sus intereses).

¹³⁵ STJCE de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 39).

cional ratificado por Estados excluyendo a los jueces ordinarios y poniendo en duda este sistema —según algunas voces— la independencia de jueces nacionales europeos¹³⁶; y el arbitraje deportivo sea, por su parte, de carácter obligatorio, sino también porque los mecanismos de reconocimiento y ejecución de laudos de inversión (sobre todo los laudos administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI]) y de laudos deportivos, en comparación con los laudos comerciales son diferentes, permitiéndose en estos últimos un control de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en cuanto al cumplimiento de los laudos con las normas de orden público de la UE a través de la excepción de orden público del art. V del Convenio de Nueva York¹³⁷.

123. Es cierto que un laudo arbitral derivado de un arbitraje comercial con sede en un tercer Estado no podrá ser revisado en anulación por un tribunal europeo que pueda remitir cuestión prejudicial, pero también es cierto que que el arbitraje tenga su sede en un Estado Miembro no quiere decir que alguna de las partes vaya a recurrir en todo caso a la anulación, que, como se verá en el apartado siguiente, está sometida además a límites de caducidad.

124. La posibilidad de remitir cuestión prejudicial en el marco de un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero y proceder a su reconocimiento o, por el contrario, rechazar que produzca efectos en la Unión Europea debería ser suficiente para asegurar la efectividad de las normas de orden público de la UE y la autonomía y carácter propio del Derecho de la UE en general. Podría argumentarse que el laudo podría eventualmente reconocerse y ejecutarse en un tercer Estado, influyendo indirectamente en el funcionamiento y actividad de las partes europeas del arbitraje, pero esto no debería preocupar a las instituciones de la UE: no puede pretenderse una aplicación universal de las normas de orden público de la UE que, en todo caso, no son absolutas, sino que deben estar sometidas a límites, entre otros, de vinculación mínima o proximidad, como se ha analizado en el apartado anterior.

125. En definitiva, no debe intentarse una aplicación universal y absoluta de las normas de orden público de la UE en perjuicio del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, fundamento del arbitraje comercial.

C) El límite de la caducidad de la acción de anulación y del principio dispositivo del proceso civil aplicable a la acción de anulación en el ordenamiento español

126. El asunto *Eco Swiss* se cita de manera recurrente como caso clave en materia de orden público de la Unión Europea y arbitraje y, en concreto, en relación con el Derecho de la competencia europeo como elemento de orden público. Sin embargo, no se suele señalar que, en ese caso concreto, el laudo no fue finalmente anulado por parte de los tribunales ordinarios holandeses ya que la acción de anulación se ejercitó transcurrido el plazo de tres meses establecido por la ley procesal de Países Bajos

¹³⁶ Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing*, C-600/23 (parr. 85).

¹³⁷ Los laudos de inversión también pueden ser reconocidos y ejecutados a través del Convenio de Nueva York, pero, en concreto, los laudos administrados por el CIADI, que disfrutaban de reconocimiento y ejecución a través del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), gozan de reconocimiento sin ejecución ex art. 54 del propio Convenio de Washington, lo que complica el control de cumplimiento del laudo con el Derecho de la UE por parte del juez de reconocimiento del Estado Miembro. Es claro que los laudos comerciales podrán ser controlados más fácilmente por los órganos jurisdiccionales que los laudos de inversión CIADI. Sobre la posibilidad de que los laudos de inversión sean reconocidos y ejecutados al amparo del Convenio de Nueva York y sobre la reserva comercial, *vid. extensamente* J.A. RUEDA GARCÍA, “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 203-222. Sobre ejecución de laudos de inversión y el principio de efectividad del Derecho de la UE, *vid.* J.A. RUEDA GARCÍA, “Lecciones aprendidas del reconocimiento y la ejecución forzosa en la Unión Europea de laudos arbitrales dictados bajo el Convenio del CIADI: de la ausencia de ejecución a la no ejecución del título”, en D. ARIAS (coord.), *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber Amicorum*, La Ley, 2024, pp. 1936 y ss.

aplicable a la materia. El tribunal ordinario holandés preguntó al TJUE si debía continuar conociendo de la acción de anulación aún habiendo transcurrido dicho plazo por ser la cuestión a tratar de orden público europeo. El TJUE reconoció que el plazo era razonable, lo que lleva a interpretar que su aplicación no supone contrariedad con el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y que, en consecuencia, dicho principio no debe aplicarse de manera absoluta. Dispone el TJUE que:

“Tal plazo, que no resulta demasiado breve en comparación con los establecidos en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros, no hace excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Además, debe señalarse que, una vez expirado este plazo, las normas procesales nacionales que limitan la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo arbitral posterior que desarrolla un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final, a consecuencia de la fuerza de cosa juzgada de este último laudo, están justificadas por los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión.

En estas circunstancias, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar tales normas aunque sea necesario para poder examinar, en el procedimiento de anulación de un laudo arbitral posterior, si un contrato que el laudo arbitral parcial ha declarado jurídicamente válido es, sin embargo, nulo desde el punto de vista del artículo 85 del Tratado¹³⁸.

127. A nivel nacional español, el límite procesal que constituye el principio dispositivo o de justicia rogada en el proceso civil también es una cuestión tratada por la doctrina constitucional española en cuanto a su relación con el orden público. Los ATSJ Madrid 5 abril 2017 y 3 mayo 2017 (AC\2017\482), declarados nulos por el TC, parecían desconocer los límites procesales al orden público ya indicados por el TJUE y el TC, contraviniendo el principio dispositivo del proceso civil español. El orden público es una cláusula general, de aplicación restrictiva, extraordinaria y, sobre todo, de naturaleza no absoluta. El orden público, como decimos, tiene límites procesales. Así, aunque exista una infracción del orden público por parte del laudo si alguna de las partes no acude a los tribunales para solicitar su anulación o, si bien acude, pero decide retirar la acción o las partes llegan a un acuerdo, el tribunal ordinario no debe realizar ningún tipo de control del orden público¹³⁹.

D) Límites al control judicial de la motivación del laudo arbitral

128. La autonomía del arbitraje requiere que el control en anulación y reconocimiento que realicen los tribunales ordinarios del laudo arbitral comercial sea restrictivo, externo y sin entrar a valorar el fondo del asunto ni sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral¹⁴⁰.

129. En esencia, pueden existir dos posicionamientos sobre este particular: que los tribunales ordinarios tengan “deferencia” (*deference*) hacia los tribunales arbitrales. En este caso se estaría depositando el deber de aplicar adecuadamente las disposiciones de orden público de la Unión Europea a los tribunales arbitrales. El otro posicionamiento es que no exista tal *deference* y que los órganos jurisdiccionales puedan realizar un *second look* del laudo arbitral, sin entrar a valorar o a volver a discutir los

¹³⁸ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 44, 45 y 46).

¹³⁹ *Vid.* por todas STC 15 junio 2020, 46/2020 (ECLI:ES:TC:2020:46) (FJ 4). *Vid.* extensamente R. HINOJOSA SEGOVIA, “La disponibilidad del objeto de la acción de anulación de los laudos arbitrales”, *Foro Nueva época*, vol. 24, nº 1, 2021, pp. 108-148.

¹⁴⁰ En su reciente jurisprudencia, el TC también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre prejudicialidad penal y arbitraje en sede de anulación del laudo por parte del tribunal ordinario de control. En esencia, el TC entiende que la prejudicialidad penal es una cuestión perteneciente al ámbito de valoración del tribunal arbitral por lo que el tribunal de anulación debe limitarse a comprobar únicamente posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación. Sin embargo, en el caso en concreto, nos dice el Tribunal Constitucional que lo que ha hecho el órgano judicial es limitarse a sustituir la motivación del laudo por la suya propia, entrando erróneamente en el fondo del debate. *Vid.* ampliamente P. SAIZ GONZÁLEZ y A. PÉREZ PITARCH, “Arbitraje y Constitución Española: un tándem abogado a entenderse”, en G. ABBOUD, F. MALUF y G. FAVERO VAUGHN (coords.), *Arbitragem e Constituição*, 2023, pp. 634-655.

elementos de fondo, según indican algunos autores¹⁴¹. En definitiva, el control de la motivación es el *quid* de la cuestión.

130. A este respecto, TEDH ha justificado en *Semenya v. Suiza* deferencia hacia la labor del tribunal arbitral a través revisión muy limitada para el arbitraje comercial voluntario y más intrusiva para el arbitraje deportivo obligatorio:

“(…) si bien el control muy limitado ejercido por el Tribunal Federal puede estar justificado en el ámbito del arbitraje comercial, en el que empresas que en general están en pie de igualdad aceptan voluntariamente resolver sus litigios de esta forma, puede resultar más problemático en el ámbito del arbitraje deportivo, en el que los particulares se enfrentan a organizaciones deportivas que a menudo son muy poderosas”¹⁴².

131. El TJUE, en *Eco Swiss*, si bien menciona la posibilidad de *examinar* el laudo para determinar si se ha dado cumplimiento a las normas de orden público de la UE, pudiendo interpretarse que se habilita una revisión *ex novo* de la motivación del laudo, se admite la necesidad de un control *a priori* limitado:

“las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”¹⁴³.

132. En España, la motivación del laudo arbitral es obligatoria ex art. 37.4 LA que sólo exceptúa el deber de motivación cuando el laudo resulta de una transacción entre las partes (art. 36 LA).

133. El Tribunal Constitucional ha interpretado que existe una diferencia entre la motivación de un laudo arbitral de Derecho de uno de equidad, pudiendo ser esta última más tenue: “el canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes”¹⁴⁴.

134. El TC español se ha posicionado del lado de la deferencia hacia la labor del tribunal arbitral. Como hemos indicado anteriormente, según nuestro TC, debe interpretarse la cláusula de orden público de una manera restrictiva. Así, la STC 17/2021 se refiere a “(…) los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] (...)” y a “(…) la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (...)» (FJ2)¹⁴⁵. En cuanto la motivación del laudo arbitral, el TC afirma que en tanto que el arbitraje se incardina en el art. 10 CE, no debe atenderse a los parámetros del control de la motivación del art. 24 CE, sino a un “parámetro propio”. El TC indica que son, “ante todo, las propias partes” las que deben acordar si “el laudo debe estar motivado y en qué términos”, citando el TC el art. 37.4 LA¹⁴⁶. El TC concluye que “(…) la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público”¹⁴⁷.

¹⁴¹ G. CORDERO MOSS, “Deference from National Courts to Tribunals on Issues of Public Policy at the Post-award Stage”, en F. FERRARI, y F. J. ROSENFELD (eds.), *Deference in International Commercial Arbitration: The Shared System of Control in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2023, p. 126.

¹⁴² STEDH, 11 julio 2023, *Semenya v. Suiza* (ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0711JUD00109342) (párr. 177).

¹⁴³ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 35).

¹⁴⁴ STC 15 febrero 2021, 17/2021 (RTC\2021\17) (FJ5).

¹⁴⁵ *Vid.* en este mismo sentido STC 4 abril 2022, 50/2022 (RTC\2022\50) (FJ3).

¹⁴⁶ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (RTC\2021\65) (FJ5).

¹⁴⁷ STC 65/2021 (FJ 5). Algunos autores han criticado la jurisprudencia del TC en tanto que entienden que ese *second look* o revisión del laudo debe pasar por que el órgano jurisdiccional ordinario pueda *examinar* —verbo utilizado por el TJUE en *Nordsee* y *Eco Swiss*— la motivación del laudo para determinar si se ha aplicado o no correctamente el Derecho imperativo de

135. La STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, que sistematiza la doctrina constitucional anterior, insiste en que la motivación no tiene incidencia en el orden público y establece, con cita a su jurisprudencia anterior, que:

“Para respaldar esta conclusión sobre la extensión del deber de motivación del laudo, basta considerar que, aunque, como hemos señalado anteriormente, ese deber de motivación de los laudos es un aspecto de pura determinación legal, y que no deriva del art. 24.1 CE, quedaría fuera de toda lógica entender que esa escueta previsión legal contiene un mandato más exigente que el que impone a los órganos judiciales, en cuanto al deber de motivación de sus resoluciones, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en dicho precepto constitucional, en la medida que para la satisfacción de ese derecho no se les exige ‘un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial’ (entre otras muchas, STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 6). Y tampoco se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, ya que, ‘según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales’ (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3)” [STC 17/2021, FJ 3]¹⁴⁸.

136. La doctrina constitucional indica al juez ordinario cuál es el objeto de la acción de anulación, refiriéndose específicamente al control de la motivación, en tanto que el laudo será susceptible de anulación sólo cuando ésta sea incongruente:

“La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior ¹⁴⁹.

137. La jurisprudencia constitucional establece que el tribunal de control no debe, a través de un control de la motivación, valorar si el tribunal arbitral ha aplicado el Derecho bien o no, esto es, si, en definitiva, el tribunal arbitral ha acertado o no en su decisión:

“(…) hay que subrayar que el derecho a la motivación del laudo, cuando sea preceptiva, no comporta la garantía de acierto del colegio arbitral ni de estimación de las pretensiones deducidas, ni un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto”¹⁵⁰.

138. El Tribunal Constitucional español indica que procede la anulación de un laudo en una situación extrema: cuando la resolución arbitral “puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional”¹⁵¹.

139. La doctrina constitucional sobre el control de la motivación del laudo ha permeado ya en algunas de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, que recogen una aproximación mucho más adecuada a la acción de anulación. Resulta de interés destacar aquellas resoluciones judiciales que otorgan exequátur a laudos extranjeros, en tanto que, si bien no se estila no motivar los laudos en los sistemas del

la UE por lo que la expresión del TC de que “la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público” no es adecuada. *Vid.* M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo” *Op. Cit.* pp. 745-753.

¹⁴⁸ STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ 3).

¹⁴⁹ *Ibidem* (FJ 5).

¹⁵⁰ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (RTC\2021\65) (FJ 6).

¹⁵¹ STC 15 febrero 2021, 17/2021 (RTC\2021\17) (FJ 2).

civil law, sí que es más común en arbitrajes con sede en jurisdicciones del *common law*¹⁵². Parece que la doctrina del TC español indica que la motivación carece de impacto en el orden público y que el tribunal de control sólo tiene que verificar su existencia a través de un control externo, pero no discernir sobre el acierto o no del tribunal arbitral. En este sentido, parece que un laudo carente totalmente de motivación no tendría cabida en el ordenamiento español en tanto que su existencia sí es preceptiva. En el ATSJ Madrid 21 diciembre 2021 (ECLI: ES:TSJM:2023:191A) se procede al reconocimiento de un laudo extranjero indicando el tribunal de control que sólo puede verificar la existencia de la motivación, que en ese caso existe, no pudiendo la Sala “en suma, a la vista de la doctrina y límites marcados por el Tribunal Constitucional, ir más allá en el examen de la bondad o acierto sustantivo, que se hace en el Laudo” (FJ5)¹⁵³.

140. Destacamos también la STSJ Madrid 12 noviembre 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:13718), que confirma, en sede de procedimiento de anulación, un laudo emitido en el seno de un arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). En esta resolución confirmatoria del laudo se recoge la doctrina constitucional al respecto y se determina que:

“A la vista de la citada doctrina, como decíamos, la mera lectura del Laudo permite comprobar que existe una motivación, que desde el punto de vista del examen externo que debe realizar esta Sala, se revela suficiente, pues no puede ser tachada de inexistente por vacua, ilógica en términos absolutos o desconectada con la cuestión litigiosa planteada al órgano arbitral, siendo por el contrario que permite a las partes conocer cuál ha sido la prueba tenida en cuenta por el árbitro, su valoración, la respuesta en derecho dada a las cuestiones planteadas por las partes y el alcance de la estimación de las pretensiones formuladas por aquéllas, que se traduce en la parte resolutive del Laudo final”

E) La posición maximalista del Tribunal Federal alemán frente a la posición minimalista (y mucho más apropiada) del Tribunal Constitucional español en relación con la jurisprudencia del TJUE

141. En Alemania, los tribunales parecen acoger un enfoque maximalista de la jurisprudencia del TJUE¹⁵⁴. Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Federal alemán 27 septiembre 2022, *KZB 75/21*, que anuló la resolución del Tribunal Regional de Frankfurt del Meno. El Tribunal Regional confirmó el laudo arbitral en un procedimiento de anulación ya que, según el órgano jurisdiccional de control, el hecho de que las disposiciones imperativas del Derecho alemán de la competencia formen parte del orden público no justifica una revisión ilimitada del laudo. No obstante, el Tribunal Federal alemán discrepó y siguió la jurisprudencia federal anterior utilizando fundamentalmente los postulados contenidos —aun sin ser vinculantes— en las Conclusiones del Abogado General WATHELET en el asunto del TJUE *Genentech*:

“El laudo arbitral está sujeto a revisión irrestricta por el tribunal ordinario con respecto a la aplicación de estas normas de hecho y de derecho”¹⁵⁵.

142. Dispone el Tribunal Federal que el laudo es contrario a las disposiciones sobre cárteles contenidas en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia, que constituyen elementos fundamentales del ordenamiento jurídico alemán:

¹⁵² Vid. extensamente S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 3, pp. 659-701.

¹⁵³ Sobre este auto, vid. el análisis de J. IZQUIERDO JIMÉNEZ y M. ROBLES CHÁFER, “La motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, nº 18, 2024.

¹⁵⁴ También, en los últimos tiempos, los tribunales franceses parecen adoptar una posición maximalista. Sobre la jurisprudencia francesa, vid. F. POLONI y K. BAZELAIS, *Challenging and appealing arbitral awards in France*, disponible en: <https://www.signaturlitigation.com/flore-po-oni-and-kimberley-bazelais-discuss-challenging-and-appealing-arbitral-awards-in-france-in-lexispsl-arbitration/> (último acceso 15/12/2024).

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Federal alemán 27 de septiembre 2022, *KZB 75/21* (párr. 14).

“Dado que las prohibiciones de los artículos 19, 20, 21 [de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia] se encuentran entre las bases elementales del ordenamiento jurídico y las normas fundamentales del Derecho de cárteles, el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral de conformidad con estos principios ya es contrario al orden público (ordre public) si se basa en una aplicación incorrecta de estas disposiciones”¹⁵⁶.

143. El Tribunal Federal alemán utiliza varios argumentos adicionales para la revisión sin restricciones de los laudos que aplican la legislación *antitrust*, que se indican a continuación.

144. El Derecho de la competencia está al servicio del interés público:

Los artículos 19, 20 y 21 de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia “[...] no sólo sirven al interés de las partes en el acuerdo de arbitraje, sino también a la protección del interés público en el funcionamiento de la competencia”¹⁵⁷.

145. El tribunal arbitral no puede plantear una cuestión prejudicial al TJUE:

“A diferencia del tribunal estatal, el tribunal arbitral no está facultado, en principio, para plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión relativa a la aplicación del Art. 101 [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “TFUE”] o del art. 102 TFUE en los casos en que, además de las Secciones 19, 20, 21 [de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia], deba aplicarse el Art. 101 TFUE o el art. 102 TFUE”¹⁵⁸.

146. Si la revisión del laudo sólo tuviera lugar en casos de infracción manifiesta, sería imposible proteger los derechos afectados:

“Si la revisión de un laudo arbitral se limitara a la violación manifiesta de estas disposiciones de la legislación de defensa de la competencia, la consecuencia en muchos casos sería que los tribunales se verían impedidos de llevar a cabo una revisión adecuada [...] sería imposible o excesivamente difícil (...)”¹⁵⁹.

147. Desde un punto de vista teleológico, el legislador alemán pretende la revisión completa del laudo que aplica el Derecho *antitrust* alemán:

“El control ilimitado del laudo arbitral con respecto a dichas normas del derecho de cárteles, que pertenecen a los fundamentos elementales del derecho alemán, también corresponde a la intención del legislador”.

148. El hecho de que el arbitraje sea una alternativa a los tribunales ordinarios en Alemania implica que los tribunales arbitrales deben aplicar normas imperativas del Derecho de la competencia. La arbitrabilidad del Derecho de la competencia está sujeta a la revisión ilimitada del laudo por los tribunales estatales:

La anterior normativa alemana sobre arbitraje y derecho de la competencia “establecía que los acuerdos de arbitraje sobre futuras disputas legales derivadas de los contratos [...] [*que decidían sobre asuntos de Derecho de la competencia*] eran nulos si no concedían a cada parte el derecho a elegir entre el arbitraje y los tribunales. Una de las razones para la supresión de la disposición era que el tribunal arbitral tenía que observar las disposiciones (obligatorias) de la ley de cárteles de la misma manera que el tribunal estatal y que el laudo arbitral estaba sujeto al control de los tribunales estatales en cuanto al cumplimiento de estas disposiciones en el marco de los procedimientos de anulación y reconocimiento y ejecución”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ibidem* (párr. 15).

¹⁵⁷ *Ibidem* (párr. 16).

¹⁵⁸ *Ídem*.

¹⁵⁹ *Ibidem* (párr. 17).

¹⁶⁰ *Ibidem* (párr. 18).

149. El Tribunal Constitucional español adopta una posición más minimalista, en sede de arbitraje comercial, y más acorde con la jurisprudencia del TJUE. Como ya se ha indicado, en su STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (Sala Primera), sistematiza la doctrina constitucional anterior, declarando la nulidad de una sentencia del TSJ de Madrid que, a su vez, anulaba parcialmente un laudo arbitral que jamás debió ser anulado. En concreto, el TC se refiere a su consolidada doctrina en cuanto a la relación entre jurisdicción y arbitraje y a la incardinación del arbitraje en los arts. 1 y 10 CE y no en el art. 24 del mismo texto legal. El TC insiste en que el término “equivalente jurisdiccional” utilizado en la doctrina constitucional con anterioridad se refiere únicamente al efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad del laudo. El TC también incide en que la motivación del laudo carece de incidencia en el ámbito del orden público, se refiere al significado de orden público material y procesal y recuerda el alcance y los límites del control jurisdiccional del laudo. El TC rechaza el argumento del TSJ Madrid relativo a un supuesto derecho del órgano jurisdiccional ordinario de discrepar de la doctrina del Tribunal Constitucional.

150. En este caso concreto de la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, el TC declara la nulidad de la STSJ Madrid 22 octubre 2021, 66/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:9028 (Ponente J.M. SANTOS VIJANDE, con voto particular discrepante de C. RODRÍGUEZ PADRÓN) que, a su vez, declaraba la nulidad parcial de un laudo administrado por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

151. El TSJ Madrid anuló parcialmente el laudo porque entendió la mayoría de los magistrados que el laudo incurrió en un error del Derecho aplicable: el tribunal arbitral debió aplicar el art. 101 TFUE y no, como hizo, el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley de Defensa de la Competencia), incurriendo en un error relativo a la “doble barrera” o del “sistema de espejo” propio del Derecho de la competencia. Lo cierto es que, como se indica en el voto particular discrepante, el laudo sí que se refirió al Derecho europeo de la competencia y, aunque sea de manera complementaria o con un papel informador, a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. El tribunal ordinario realiza un escrutinio profundo y extenso (37 páginas de resolución sin contar con el voto particular discrepante) del laudo indicando los errores que, según el parecer del tribunal ordinario, incurrió el laudo, incluyendo en la sentencia de anulación importantes esfuerzos argumentativos, con cita a abundante jurisprudencia, para demostrar que el tribunal arbitral se equivocó y que la decisión debió ser otra, sustituyendo el tribunal ordinario la labor decisoria del tribunal arbitral por una nueva, la del tribunal ordinario. El tribunal de control menciona las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Genentech* —que, recordemos, no son vinculantes— para sustentar su posición, y utiliza términos tan gruesos para definir el laudo como que tiene un “déficit absoluto de motivación”.

152. El Tribunal Constitucional determina que han de responderse dos cuestiones fundamentales en sede de recurso de amparo: si el tribunal ordinario puede controlar, a través de la noción de orden público del art. 41 LA, el cumplimiento del laudo con el art. 101 TFUE y, en caso afirmativo, si el tribunal de control cumplió con la doctrina constitucional sobre el alcance y límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales.

153. El TC contesta afirmativamente y con rotundidad a la primera pregunta, con cita del asunto *Eco Swiss* y a su anterior doctrina constitucional. El TC también se refiere expresamente a los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE:

“La anterior conclusión deriva de la aplicación en este caso de los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión Europea para casos como el presente, en el que regulaciones normativas semejantes inciden sobre la cuestión planteada en la controversia sometida a arbitraje, imponen que las normas declaradas de orden público por la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sean tomadas en consideración para valorar la supuesta contrariedad al orden público nacional del laudo arbitral, al delimitar su ámbito de control judicial. De esta forma, si bien los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de limitación de prácticas restrictivas de la competencia y sus excepciones no pueden ser menos favorables que los que se aplican al resolver

controversias semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) tampoco pueden interpretarse ni articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil la aplicación de la normativa de Derecho de la UE declarada principio de orden público (principio de efectividad) (...).

En consecuencia, la respuesta al primer interrogante ha de ser afirmativa, pues habiendo sido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las previsiones del art. 101 del TFUE constituyen principios de orden público, formaba parte de la potestad de jurisdicción de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia el control de su supuesta inaplicación. Para ello, lógicamente, era necesario que la Sala hubiera podido apreciar, en un examen externo del contenido del laudo arbitral impugnado, que tal alegada inaplicación se había producido¹⁶¹.

154. Respecto de la segunda cuestión, el TC determina que el TSJ Madrid no ha cumplido con la doctrina constitucional sobre el alcance y límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales y estima el recurso de amparo.

155. En concreto, el TC indica que el laudo no carece de motivación y concreta que el laudo cuenta con 404 apartados, 99 páginas y que aplica correctamente el Derecho de la competencia español en relación con el Derecho europeo de la competencia:

“Es claro por tanto y no ofrece dificultad dialéctica, que el laudo votado mayoritariamente sí tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.4 LDC, que revisó las excepciones contempladas en el apartado 3 del artículo 8a del Tratado CE (art. 101 TFUE), y que no encontró ninguna que permitiera afirmar que pese a haber incurrido la empresa demandante del procedimiento arbitral en prácticas colusorias del art. 1 LDC referidas al mercado nacional, la misma estarían amparadas por no tener la misma consideración por el ordenamiento de la Unión Europea. La afirmación de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de que el laudo había inaplicado los mencionados arts. 1.4 LDC y 1 TFUE es incorrecta, y en ella, precisamente, fundamenta todo su discurso parcialmente anulatorio del laudo¹⁶².

156. El TC se refiere a su doctrina consolidada respecto del control externo del laudo, indicando que el tribunal de control se lanzó sin motivo a disertar sobre la jurisprudencia “sustituyendo indebidamente al colegio arbitral en su tarea de sentar las premisas de derecho material sobre las cuales se debía resolver la controversia. Menos defendible todavía, si cabe, es que la sentencia tache la motivación del laudo como de «déficit absoluto de motivación»¹⁶³.

157. Finalmente, el TC determina que el tribunal de control entró a valorar el fondo del asunto, algo que corresponde al tribunal arbitral, vulnerando así la doctrina constitucional al respecto.

158. Sobre un supuesto derecho del tribunal de control a discrepar de la doctrina del TC, el tribunal de amparo es claro:

“(…) no corresponde a un órgano judicial el sugerir o proponer a este Tribunal Constitucional un cambio o abandono de una determinada doctrina suya, mediante el expediente de resolver a espaldas de ella¹⁶⁴.

VI. Consideraciones finales

159. En este trabajo se estudia la noción de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral comercial en España, con referencias al Derecho comparado, y con particular atención a la noción de orden público de la Unión Europea. En este trabajo se defiende que, si bien la cláusula

¹⁶¹ STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ7).

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ *Ídem*.

¹⁶⁴ *Ibidem* (FJ8).

general de orden público puede encontrarse en distintos sectores del ordenamiento jurídico, el Derecho internacional privado puede servir de prisma para analizar la noción de orden público en el ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral comercial (anulación y reconocimiento y ejecución) pero se indican diferencias entre la noción de orden público *ius* internacional privatista clásica y la que se emplea en el mundo del arbitraje, incluida la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. Por ejemplo, se indica que en el ámbito arbitral se utiliza la cláusula general de orden público para controlar judicialmente la inaplicación de normas imperativas en sede arbitral, existiendo, no obstante, una diferenciación clásica —como mecanismos que funcionan de manera distinta— entre normas imperativas y orden público en el Derecho internacional privado (fundamentalmente en el *civil law*).

160. En este artículo se defiende que, en España, debe existir una única noción de orden público con independencia de que el laudo que se controle sea nacional, internacional o extranjero y que, en línea con la jurisprudencia europea, el orden público español o de la Unión Europea sólo debe activarse cuando el laudo arbitral que se controla presente la suficiente vinculación con España o con la Unión Europea, aplicando un orden público “de proximidad”, de tal manera que el laudo despliegue efectos que afectan a la sociedad española o europea, a lo que habrá que estar al caso concreto.

161. En este trabajo también se defiende que si bien la jurisprudencia del TJUE en materia de Derecho de la Unión Europea y arbitraje comercial y, en relación particularmente con el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el control del laudo puede calificarse como maximalista, muchas veces se obvian los límites a este principio y a la aplicación del orden público establecidos por el propio TJUE, como es, por ejemplo, el de la caducidad de la acción de anulación.

162. En el asunto *ISU*, se confirma la jurisprudencia anterior del TJUE por cuya virtud se establece que el principio de efectividad del Derecho de la Unión queda asegurado en materia de arbitraje por virtud de la acción de anulación o el procedimiento de reconocimiento y ejecución en cuyo seno el órgano jurisdiccional de control puede remitir cuestión prejudicial al TJUE.

163. Podría argumentarse que debería revertirse la doctrina *Danfoss* y siguientes y permitir que los tribunales arbitrales comerciales con sede en la Unión Europea puedan ejercitar cuestión prejudicial al TJUE y determinar que el arbitraje es, en el mejor de sus sentidos, un equivalente jurisdiccional (en tanto que los laudos gozan de efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad), aunque su competencia se deba a la libre autonomía de las partes, requisito de construcción puramente jurisprudencial por parte del TJUE. En favor de este posicionamiento, podría alegarse que el diálogo arbitraje-jurisdicción no puede quedar relegado a las medidas de apoyo al arbitraje, la anulación y el reconocimiento y ejecución, sino que debe ir más allá a través, entre otros, de la habilitación del mecanismo de la cuestión prejudicial.

164. Este planteamiento se complica cuando el tribunal arbitral que tiene que aplicar el Derecho de la UE tiene su sede en un tercer Estado. Debe recordarse, de todos modos, que la sede es una ficción jurídica, un factor de conexión voluntario que conecta el arbitraje con una determinada jurisdicción nacional. Si la sede se encuentra fuera de la Unión Europea, sería necesario modificar el TUE y el TFUE para habilitar esta posibilidad. Otro de los inconvenientes de permitir que los tribunales arbitrales remitan cuestión prejudicial (al menos si están sitos en la UE) es que podría abusarse de este mecanismo de remisión por parte de los tribunales arbitrales y de las partes en el arbitraje, menoscabando el atractivo de los Estados Miembros como sede del arbitraje y como jurisdicciones pro-arbitraje. Además, el canon de motivación distinto que algunas *lex arbitri*, como al española, exigen al laudo arbitral es poco compatible con la remisión prejudicial al TJUE y la propia arquitectura judicial de la UE.

165. No parece apropiado entretanto, en el arbitraje comercial voluntario, impedir la remisión a arbitraje con sede en terceros Estados por el mero hecho de no poder el tribunal ordinario de anulación remitir cuestión prejudicial al TJUE, extrapolando así al arbitraje comercial una interpretación demasiado estricta de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo

obligatorio. Un tribunal arbitral comercial sito fuera de la UE debería poder aplicar Derecho de la UE, incluso normas de orden público, respetando los jueces ordinarios europeos el principio de remisión al arbitraje, consagrado en el Convenio de Nueva York (art. II) y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 8). El control jurisdiccional de la correcta aplicación, en su caso, de dichas normas de orden público se puede ejercitar por la vía del procedimiento de reconocimiento de laudo extranjero.

166. No permitir apriorísticamente la aplicación de normas de orden público de la UE por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados llevaría al absurdo de considerar que un laudo que haya aplicado perfectamente tales normas y que haya resuelto conforme a ellas sea contrario al orden público o al Derecho de la UE por el mero hecho de que la sede del arbitraje se haya situado en un tercer Estado. O también llevaría al absurdo de considerar un acuerdo arbitral inválido cuando potencialmente pudieran aplicarse en un eventual arbitraje normas de orden público de la UE cuando ese eventual arbitraje tuviera su sede fuera de la UE, yendo todo ello en contra de la autonomía del arbitraje y de sus principios más esenciales como el de la libre autonomía de la voluntad de las partes y el de remisión al arbitraje cuando existe un acuerdo arbitral válido.

167. El Tribunal Constitucional español, en contraposición con la inapropiada y maximalista aproximación del Tribunal Federal alemán, acierta en su doctrina, recientemente sistematizada en la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, estableciendo que las normas de orden público pueden ser controladas por parte del tribunal ordinario de anulación, pero adoptando una posición de deferencia hacia el arbitraje, preservando su necesaria autonomía y aplicando correctamente la doctrina del TJUE que, específicamente determina que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales” (*Eco Swiss*, párr. 35). En este sentido, el Tribunal Constitucional español acierta al determinar que no puede producirse un ensanchamiento de la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo y que debe, en su caso, realizarse un control “externo” del laudo por parte del tribunal ordinario en sede del procedimiento de anulación, sólo pudiendo declararse la nulidad del laudo cuando de ese control externo resulte que el laudo es arbitrario, ilógico, absurdo o irracional sin que el tribunal ordinario de control pueda en ningún caso sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral.

168. El Tribunal Constitucional español también acierta situando el arbitraje en la órbita de los arts. 1 y 10 y no del art. 24 de la Constitución, determinando que el canon de motivación de los laudos arbitrales es distinto del de las sentencias jurisdiccionales y estableciendo que la motivación de los laudos debe seguir un parámetro propio. El Tribunal Constitucional aclara, asimismo, que el término “equivalente jurisdiccional” del laudo que emplea su doctrina se refiere únicamente a los efectos de cosa juzgada y ejecutabilidad.

169. Dicho lo anterior, es claro el propósito expansivo del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea por parte del TJUE, que no deja indiferente al arbitraje comercial. Es por ello por lo que los tribunales arbitrales deberían adoptar una visión —que diría el Prof. E GAILLARD— *westfaliana* del arbitraje: si la sede del arbitraje está en la UE o prevén un potencial reconocimiento del laudo en territorio de la UE, deben prestar mucha atención al Derecho aplicable y, en caso de tener que aplicar el Derecho de la Unión Europea, hacerlo con sumo cuidado siguiendo las interpretaciones dictadas por la jurisprudencia del TJUE. Será esta una buena forma de proteger el laudo frente a posibles anulaciones o denegaciones de reconocimiento y ejecución.

Validez y eficacia traslativa de las cláusulas atributiva de jurisdicción en la contratación marítima internacional: Ley de Navegación Marítima (LNM) *versus* Reglamento Bruselas I bis a la luz de la STJUE de 25 de abril de 2024, *Maersk A/S y Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA contra Allianz Seguros y Reaseguros SA y MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co, C-345/22*.

International maritime contracting and autonomy of will: validity and translational effectiveness of clauses conferring jurisdiction. Maritime Navigation Law (LNM) versus Brussels I bis. Judgment of the 6th Court of Justice, April 25, 2024, *Maersk A/S y Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA contra Allianz Seguros y Reaseguros SA y MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co, C-345/22*

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO
Catedrático Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco. UPV/EHU
ORCID ID: 0000-0002-4939-4827

Recibido: 02.12.2024 / Aceptado: 14.01.2025
DOI: 10.20318/cdt.2025.9322

Resumen: La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 25 de abril delimita y resuelve con acierto, precisión y coherencia jurisprudencial la interacción existente entre las diferentes normas que integran el marco normativo (convencional, interno-estatal y europeo) regulador de dos cuestiones claves relativas a los contratos de transporte marítimo de mercancías suscritos bajo conocimiento de embarque: los requisitos de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción y la oponibilidad al tercero tenedor del conocimiento de embarque de tal cláusula atributiva de competencia inserta en el mismo. La conclusión que extrae el Tribunal de Justicia en esta sentencia limita el alcance y extensión de las previsiones contenidas en la LNM española, que quedan desplazadas en su aplicación en beneficio del Reglamento 1215/2012.

Palabras clave: Transporte marítimo, conocimiento de embarque, usos del sector, oponibilidad cláusula atributiva jurisdicción, requisitos validez; Derecho aplicable.

Abstract: The judgment handed down by the Court of Justice on April 25 delimits and resolves with success, precision and jurisprudential coherence the interaction between the different rules that make up the regulatory framework (conventional, internal-state and European) regulating two key relative issues. to contracts for the maritime transportation of goods signed under a bill of lading: the determination of the law applicable to the validity requirements of the clauses conferring jurisdiction

and the effectiveness against the third party holder of the bill of lading of such a clause conferring jurisdiction inserted in the same. The conclusion drawn by the Court of Justice in this judgment the scope and extension of the provisions contained in the Spanish LNM, which are displaced in its application to the benefit of Regulation 1215/2012

Keywords: Marine transport, bill of lading, uses of the sector, opposability clause attributing jurisdiction, validity requirements, applicable law.

Sumario: I. Consideraciones preliminares: transporte marítimo e interacción entre los bloques normativos en presencia. II. Singularidad del Derecho marítimo en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción. III. La compleja y cuestionable opción legislativa interna española en la LNM. IV. Alcance de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en relación a la LNM. V. Proyección de la sentencia del TJUE sobre el Derecho interno español. VI. Conclusiones.

I. Consideraciones preliminares: transporte marítimo e interacción entre los bloques normativos en presencia

1. El Derecho del transporte marítimo en su proyección internacional, las reglas sobre competencia judicial internacional contenidas en las normas internacionales, europeas y nacionales aplicables al sector¹, la autonomía de la voluntad, junto al análisis de los requisitos necesarios para validar los acuerdos atributivos de jurisdicción constituyen en esencia el hilo conductor de estas reflexiones, orientadas a analizar, a la luz de la STJUE (Sala sexta) de 25 de abril de 2024², la adecuación de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima³ (en adelante, LNM) a las previsiones del Derecho de la UE.

La LNM parece no advertir en varios apartados el trascendental protagonismo que ostenta el bloque normativo europeo para este particular sector comercial. Como aporte hermenéutico, debe tenerse en cuenta que no hay referencia alguna al Derecho europeo a lo largo de su preámbulo, a excepción de la indicación de la pertenencia de España *al ámbito comunitario europeo* para subrayar que dicha realidad conlleva *mayores exigencias en materia de responsabilidad por contaminación marítima*.

Se trata, por tanto, de una escueta referencia normativa a las exigencias que establece el Derecho de la UE en materia de seguros de grandes riesgos y una indicación sobre la aplicación preferente en materia procesal de los Convenios internacionales y las normas de la UE sobre el Derecho interno.

El tenor de la LNM carece de una pronta identificación de la magnitud y vocación internacional de sus normas que permita al operador jurídico identificar desde su inicio esta realidad. El artículo primero, dedicado al objeto y ámbito de aplicación, debería haber recogido una clara referencia a dicho extremo, sin perjuicio de la alusión a la prelación de fuentes y su interpretación recogida y ubicada en el artículo segundo.

2. La pluralidad de aproximaciones que el Derecho del transporte marítimo requiere en lo tocante a su objeto de estudio y reflexió⁴, exige de manera ineludible una labor de acotación previa que advierta la vertiente *iusprivatista* de nuestra disciplina, sin desatender otras a las que, en ocasiones, necesariamente habrá que aproximarse con la finalidad inequívoca de ofrecer una respuesta analítica conforme a las características inherentes del Derecho internacional privado actual, caracterizado por una sugerente y atractiva especialización por sectores⁵.

¹ Respecto a la pluralidad de bloques normativos coexistentes y la cascada de la especificidad, puede verse J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Las reglas de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales", *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

² En los asuntos acumulados C-345/22 a C-347/22, ECLI:EU:C:2024:349.

³ *BOE* núm. 180, de 25/07/2014

⁴ U. BELINTXON MARTÍN, "Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea", *AEDIP*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

⁵ Sobre ello, es clave la reflexión de: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé", *RdesC*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss.

La acusada y creciente coexistencia de bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte marítimo en la UE pretende, mediante la uniformidad de tratamiento de una situación semejante en el ámbito de varios ordenamientos jurídicos heterogéneos y en ocasiones divergentes, favorecer un resultado jurídico final que esté suficientemente consolidado y garantice el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes⁶.

No obstante, el debate sobre los posibles métodos de armonización del Derecho marítimo queda abierto y exige analizar diferentes opciones que permitan alcanzar una disciplina jurídica uniforme⁷.

De esta manera, es necesario resaltar que la unificación del Derecho privado del transporte marítimo mediante normas internacionales ofrece un mayor índice de seguridad jurídica a los operadores del sector cuando en una relación contractual se ven implicados distintos ordenamientos jurídicos. En efecto, una regla unificada en materia de transporte marítimo internacional nos permite simplificar la labor de prospección vinculada al conocimiento de cualquier conflicto o controversia que pueda acaecer en el desarrollo de un transporte y crea un marco esencial de derechos y obligaciones de las partes⁸.

3. Así, el legislador no puede obviar que en este sector particular partimos de un escenario normativo internacional integrado por una sucesiva proliferación de Convenios Internacionales aplicables, de prácticas y usos mercantiles confeccionados por el propio operador del sector y del nuevo sistema normativo representado por la citada europeización del Derecho privado⁹. Esta situación permite calificar este sector del Derecho como un excelente campo de estudio para nuestra disciplina del Derecho internacional privado¹⁰.

Dicha interrelación de bloques normativos exige que se tenga especialmente en cuenta por parte del operador jurídico la operatividad de la consagrada regla de la especialidad, reflejada normativamente en su origen en el viejo art. 57 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, art. 71 del RBI, o el art. 71 del vigente RBI bis en materia de competencia judicial internacional¹¹, y del R. Roma I (antiguo Convenio de Roma de 19 de junio de 1980) sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹², que incorpora en su ámbito de aplicación material los contratos de transporte (art.5)¹³.

Y todo ello, a su vez, en relación con los criterios hermenéuticos establecidos por el TJUE que exige la concurrencia de una serie de presupuestos para la aplicación prioritaria de los Convenios

⁶ Puede verse el Considerando 15 del RBI bis (Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), conforme a cuyo tenor, “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”; e igualmente el considerando 16 del R. Roma I (Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), conforme al cual, y “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

⁷ Sobre el análisis particular de las concretas necesidades de armonización de un específico sector de actuación normativa: R. LUZZATTO, “Metodi di Unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme”, *Dir Mar*, 1999-I, pp.148-151.

⁸ Entre otros, pueden verse las consideraciones realizadas sobre Derecho uniforme y Derecho internacional privado, con especial incidencia en el régimen convencional: A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Guiffre Editore, Milan, 1955, pp. 38 a 84.

⁹ En relación al Derecho comunitario/europeo del Milan, transporte en la UE, puede verse a F. MUNARI, F., *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Guiffre Editore, Milan, 1996, pp. 50 a 117.

¹⁰ Sobre este particular y las múltiples aproximaciones que permite el Derecho marítimo: G. DIENA, “Principes du Droit international privé maritime”, *R. des C.*, 1935, t.51, pp. 405 y ss.

¹¹ Artículo 71.1: 1. El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones.

¹² Sobre el Derecho internacional comunitario puede verse entre otros: A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”, *International law: Revista colombiana de derecho internacional*, n° 2, 2003, pp. 277 a 301.

¹³ Un artículo 5 que es mucho más directo en la designación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en defecto de elección en comparación con el artículo 4 del viejo Convenio de Roma de 1980, y que además se ha visto mejorado y complementado mediante esta nueva regulación que fomenta una mayor seguridad jurídica y previsibilidad. Incluso, ha perfeccionado el sistema antiguo al recoger en un apartado concreto el contrato de transporte de pasajeros.

especiales¹⁴: un alto grado de previsibilidad; una buena administración de justicia; reducción de procedimientos paralelos; la libre circulación de resoluciones en material civil y mercantil y la confianza en la justicia en el seno de la UE.

4. La plena aceptación del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional ha de ser ponderada en atención a los respectivos intereses en presencia, e indagar en la capacidad de discernimiento y de libertad que medie al establecer tales cláusulas atributivas de jurisdicción en favor de determinados órganos judiciales.

Esta noción de libertad contractual como concepto básico del Derecho privado se articula en el ámbito marítimo a través de particulares manifestaciones, como las cláusulas flotantes de jurisdicción

Otra problemática específica planteada en este sector se concreta en que dichos acuerdos de elección de foro teóricamente convenidos entre cargador y porteador pueden llegar a producir efectos frente a terceros que no fueron parte en el contrato. Por ello, deberá analizarse así el valor que, por ejemplo, tendrá para el destinatario de las mercancías objeto de transporte tal cláusula invocada por el transportista frente a la reclamación que el adquirente de las mismas efectúa por un deterioro o pérdida parcial o total de éstas.

Resulta ciertamente extenso el elenco de cuestiones que han de ser valoradas atendiendo a la norma que resulte aplicable dentro de los diferentes bloques normativos en presencia.

Así, cabe citar las relativas a la modalidad a través de la cual se exteriorice la voluntad de las partes de someter a un juez o tribunal extranjero un determinado litigio (sumisión expresa o tácita), el doble efecto de la cláusula de elección de foro (*derogatio fori* y *prorrogatio fori*), la interacción existente entre *Forum/Ius*, las condiciones sustantivas y formales necesarias para la validez del acuerdo, la conexión entre el litigio y el Tribunal elegido, el momento de realización del acuerdo atributivo de jurisdicción (con anterioridad o tras el evento que constituya el fundamento de la eventual reclamación), la problemática concerniente a la oponibilidad de la cláusula atributiva de jurisdicción frente a terceros no parte en el acuerdo que contiene tal cláusula, o la caracterización del foro de competencia resultante del juego de la autonomía de la voluntad de las partes¹⁵.

5. Hace ya diez años, la LNM incorporó una regulación que vino a incrementar ese atomizado, heterogéneo y por momentos contradictorio marco regulador de una misma dimensión contractual en cada uno de los diversos bloques normativos en presencia en este sector del Derecho del comercio internacional.

En efecto, la LNM aborda las especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo, y en este contexto establece los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque además de fijar los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos (artículos 468 y 469 de la LNM).

Tal y como posteriormente será analizado, y en referencia a las cláusulas de sumisión contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (habitualmente los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) la norma española condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

Por otro lado, la ley establece los criterios de atribución de competencia judicial internacional utilizables a falta de pacto de sumisión válido, permitiendo al demandante elegir, para las controversias que surjan en relación a los contratos de utilización de un buque, los tribunales del domicilio del demandado, los del lugar de celebración del contrato o los del puerto de carga o de descarga.

¹⁴ J.J. ALVAREZ RUBIO, “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre 2010, pp. 1 a 6.

¹⁵ Sobre el particular, vid. la excelente reflexión de J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho transnacional* (octubre 2018), vol.10, nº2, pp.333-375.

De acuerdo con el preámbulo de la ley, su objetivo o finalidad es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer (como sucede con las cláusulas incorporadas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento).

6. Frente a las previsiones de la LNM, la *ratio* inspiradora del sistema instaurado por la normativa europea, desde la inicial versión del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el vigente artículo 25 del Reglamento 1215/2012 (RBI bis), se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre los objetivos en presencia que exigen por un lado proteger a las partes contra cláusulas subrepticamente introducidas y por otra parte evitar un anacrónico afán formalista que paralice el comercio internacional, subrayando que de ningún modo la exigencia de forma escrita es la única exigible y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

Ante dicha situación normativa, sabido es que en tales casos la jurisprudencia comparada y la del propio TJUE ha ido flexibilizando de manera progresiva los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión, atendiendo al criterio de los “usos” comúnmente conocidos y aceptados en el tráfico marítimo internacional. Nuestros tribunales han venido entendiendo que una cláusula contenida en el anverso de un conocimiento de embarque, que sea visible y clara, es válida, y que puede vincular a un tercero (como una aseguradora, tal y como sucede en los litigios de los que trae causa la cuestión prejudicial planteada el TJUE y su posterior sentencia, objeto del presente comentario) que se haya subrogado en la posición jurídica del cargador, a pesar de no haber sido negociada de forma individual por este tercero.

Por ello, cobra especial interés el pronunciamiento del TJUE en el supuesto objeto de esta reflexión, pues reafirma la interpretación de la remisión que la normativa europea contiene en relación a los usos del comercio internacional. En particular, queda de manifiesto que se supedita la validez de los pactos atributivos de jurisdicción a las pautas hermenéuticas que el TJUE ha ido estableciendo sobre el particular.

De esta forma, numerosas resoluciones judiciales internas españolas otorgan plena operatividad y alcance a la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un conocimiento de embarque, por estimar su tenor conforme a los usos del comercio internacional en este específico sector, al fundamentar la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción a favor de terceros tribunales en su adecuación a los usos del comercio internacional, y en particular, a los imperantes en el ámbito del transporte marítimo¹⁶.

En efecto, la reiterada jurisprudencia del TJUE ha consolidado la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que las partes conocen o debieran conocer.

Es decir, cuando los operadores siguen un comportamiento determinado de forma general y regular al celebrar cierta clase de contratos, como es la inclusión de cláusulas de sumisión en documentos-tipo propios del comercio marítimo internacional, la formación de ese uso no requiere más prueba y se presume que dicha cláusula es conocida y consentida por las partes, pese a no haber sido negociada de forma individual y separada.

7. Además de estos aspectos técnico-procesales, no debe obviarse que esta reflexión se centra en un sector, el del transporte marítimo internacional, con unos intereses muy específicos, donde el imperio de la autonomía de la voluntad, los usos del comercio marítimo internacional y, en definitiva, la práctica inveterada seguida por sus operadores parece haber triunfado definitivamente

La interpretación de dicha aceptación parece ser una de las claves para valorar la validez de estas cláusulas. La trascendencia práctica que comporta la exégesis de las cláusulas de sometimiento a deter-

¹⁶ En relación a la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, entre otros: E. TORRALBA MENDIOLA, “Las especialidades procesales de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, Nº 16, 2015, pp.121-131.

minados tribunales estatales—justifica la oportunidad de centrar su análisis en éstas, interés acrecentado por el giro restrictivo adoptado por parte de la LNM en comparación con las normas internacionales¹⁷.

En conclusión, del tenor literal del artículo 468 de la LNM parece advertirse que el legislador español pretende invertir esta presunción de validez de las cláusulas de sumisión incluidas en los documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación. Y sobre esta cuestión proyecta toda su operatividad la Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2024 objeto de la presente Nota.

8. La aplicación de dicha disposición de la LNM estaba siendo compleja y requería que los jueces españoles fuesen capaces de ajustar en cada caso la noción de “usos” del comercio marítimo internacional (que aboga por una interpretación flexible en torno a la validez de las cláusulas de sumisión marítimas), con el criterio injustificadamente restrictivo fijado en la ley española de requerir la negociación individual de estas cláusulas, principalmente atendiendo a la dinámica de las operaciones marítimas, que se caracterizan habitualmente como ya hemos indicado por la falta de negociación de dichas cláusulas en la práctica, todo ello en un contexto contractual caracterizado por su dinamismo, crono-competencia y enorme flexibilidad comercial propio de este sector del Derecho del comercio internacional

La importante cuestión de la apreciación de la concurrencia del auténtico y libre consentimiento de los cargadores en la asunción de las consecuencias procesales derivadas de las cláusulas de elección de foro predispuestas por los armadores en sus conocimientos de embarque ya fue objeto de reflexión y debate durante los sucesivos proyectos de ley de navegación marítima y la LNM lo zanjó de forma farragosa y no exenta de polémica, al exigir, so pena de nulidad, su negociación separada e individual. Procede, por ello en esta sede, tras unos años de vigencia de la norma, analizar la eficacia práctica que está teniendo dentro del contexto normativo internacional y europeo en el que opera.

Tal y como se indicaba anteriormente, el artículo 468 de la ley, que forma parte del capítulo intitulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia”, incorpora unas reglas específicas de competencia judicial en materia contractual, centradas en regular la eficacia y requisitos de las cláusulas de jurisdicción así como en establecer normas de competencia aplicables en defecto de tales acuerdos¹⁸.

Es evidente, pero debe recordarse, que la norma no se ocupa de la atribución de competencia a los tribunales españoles, ya que su alcance queda centrado en el análisis de validez de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera. Esto conlleva que la ley sólo proyectará su operatividad en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles cuando no resulte aplicable el nuevo RBIbis o una norma convencional internacional.

9. En todo caso, se aprecia una clara discrepancia sobre la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del artículo 468 LNM y el derivado del artículo 25 RBIbis (la ley marítima española es mucho más restrictiva en su admisión)¹⁹. No obstante, ante un conflicto en materia de aplicación prioritaria de una u otra normativa, sin duda alguna, el RBIbis prevalecerá cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumi-

¹⁷ Sobre la prioritaria aplicación del Derecho Uniforme frente al Derecho interno, puede verse el clarificador estudio de J.M. RUIZ SOROA, “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, A. EMPARANZA SOBEJANO/ J.M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 49-60.

¹⁸ El artículo 468 LNM dispone que: “Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo”.

¹⁹ Sobre dichas cuestiones, entre otros: J. DEL CORTE, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, A. EMPARANZA SOBEJANO y J.M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753-768.

sión sea la de un Estado de la UE. Así lo ha dictaminado de forma expresa la Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2024.

En efecto, y a pesar de que la LNM representó, sin duda, un avance normativo en nuestro sistema autónomo muy significativo, desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista debe advertirse que en su dimensión procesal la orientación adoptada incrementa la inseguridad jurídica de los operadores del sector en comparación con las respuestas ofrecidas por las fuentes normativas convencionales e institucionales analizadas, que son, sin lugar a dudas, técnicamente superiores.

La permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia, exige una respetuosa consideración de las normas europeas e internacionales aplicables que condicionan indisponiblemente la orientación que deben advertir las normas internas del sector. La más que discutible orientación del artículo 468 LNM, en su afán de otorgar un proteccionismo si no obsoleto si al menos superado en la práctica de este sector a nivel internacional no va a dejar de plantear distorsiones en su proyección práctica, y en particular, cuando la cláusula de jurisdicción remita a un país fuera de la Unión Europea.

Para los supuestos *ad intra* en la Unión Europea es absolutamente necesario ser conscientes de que en la actualidad cabe hablar de un DIPr. de la integración como consecuencia de la propia evolución de la sociedad internacional. Los procesos de integración económica y jurídica que han aflorado a nivel mundial en los últimos años han modificado el tradicional sistema de fuentes normativo de los particulares ordenamientos jurídicos estatales al incorporar el denominado Derecho institucional²⁰.

10. En un sector tan complejo como el del Derecho del transporte marítimo internacional²¹, y sin perjuicio de las singularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, es necesario que el texto normativizador de dichas relaciones contractuales sea absolutamente respetuoso con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a las partes en este ámbito.

La internacionalización de las relaciones contractuales proyectada sobre el ámbito del comercio requiere favorecer un proceso de autorregulación que permita generar una “desnacionalización” o “deslocalización” del régimen normativo regulador del comercio internacional²². Por ello, es necesario que en el inevitable proceso unificador que debe caracterizar al sector del transporte marítimo se promueva la colaboración y la coordinación entre las diferentes instituciones y organismos especializados para garantizar que se combinen tanto los intereses privados como los intereses geopolíticos de carácter público.

Ello exige una adecuada elección de la herramienta técnica a emplear en cada particular sector con la finalidad de evitar un monopolio de las normas convencionales en la regulación de este ámbito comercial y se permita así valorar otras opciones como los *Standard Contracts/Clauses, Model Laws, Legal Guidelines and Principles of Conduct*. Ante esta situación, el legislador nacional no puede descuidar la realidad normativa europea e internacional debiendo advertir la prelación de fuentes normativas en este particular ámbito del comercio internacional.

11. Bajo la cobertura argumental de una orientación genéricamente tuitiva o protectora de intereses de terceros el artículo 468 de la LNM española exige la concurrencia de dos premisas o requisitos para validar tanto una cláusula de sometimiento a tribunales extranjeros como una cláusula arbitral que prevea un arbitraje en el extranjero, queda muy alejada de las coherentes y respetuosas soluciones contenidas en materia de jurisdicción y arbitraje por el Convenio de Hamburgo de 1978 (artículos 21 y 22 respectivamente) y el Convenio UNCITRAL de 2008 (artículos 66 a 77), que permiten garantizar

²⁰ En relación a la integración económica y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros estudios J.M. GONDRÁ ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, (Dir.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, vol. I, 1986, pp. 275-312.

²¹ En cuanto a la internacionalidad objetiva o intrínseca del Derecho del transporte marítimo puede verse entre otros, S.M. CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, Tela Editoriale, 1988, pp. 55 y ss.

²² Sobre el Derecho del Comercio Internacional y el Arbitraje Comercial Internacional, entre otros: Y. LOUSSOUARN y J.D. BREDIN, “L’Arbitrage Commercial International”, *Droit du Commerce International*, París, Editions Sirey, 1969, pp.84 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº5, 2000, pp. 161-230.

mediante el juego de la autonomía de la voluntad de las partes la aplicación de los usos y costumbres comerciales del sector.

Tales premisas, claramente alejadas de la citada práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. La LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex artículo 9.3 CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del favor *negotii*.

Finalmente cabe advertir que la visión del legislador respecto a la validez de tales cláusulas está mal orientada. Un enfoque razonable hubiera sido aquél que pusiera el acento en la dimensión procesal del reconocimiento de las mismas en España; esto es, una dimensión ad intra y no ad extra, como la finalmente adoptada por la LNM. Dicha inadecuación de la previsión interna frente a la orientación regulatoria que caracteriza al propio Derecho europeo y a las normas convencionales del sector (Reglas de La Haya y La Haya Visby y Convenio de Hamburgo de 1978) en la admisión de los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros o de cláusulas arbitrales va a tener escasísima repercusión práctica.

II. Singularidad del Derecho Marítimo en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción

12. Tal y como ha sido indicado, la particularidad que caracteriza al Derecho marítimo y en concreto al transporte marítimo de mercancías puede apreciarse en el citado y especial protagonismo que tradicionalmente, fruto de prácticas inveteradas en el sector, adquirieron y mantienen en la actualidad los usos y prácticas del tráfico comercial internacional desarrollado en el concreto entorno marítimo

El propio TJUE se ha basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para defender en los últimos tiempos un proceso de flexibilización interpretativa de las cláusulas de foro, proyectable en gran medida sobre las cláusulas arbitrales, utilizadas asiduamente en la resolución de innumerables litigios, no sólo marítimos.

De esta manera cabe reiterar y profundizar en la reflexión sobre la inatención o falta de previsión de la ley de navegación marítima de un factor clave, concretado en la ausencia de toda coordinación con las soluciones previstas en relación al alcance, extensión y requisitos de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción previstas en el RBI bis.

La ley española recoge expresamente en el Capítulo I del Título IX ciertas especialidades en materia de competencia judicial internacional, concretamente en el artículo 468 (cláusulas de jurisdicción y arbitraje) y en el artículo 469 (criterios de atribución de competencia). Analizado ya con anterioridad el tenor del artículo 468, cabe prestar ahora atención al artículo 469, conforme al cual,

1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.
2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) puerto de carga o descarga.
3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) lugar de prestación de los servicios [...].

De esta forma, el artículo 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el artículo 25 del RBI bis relativo a la prórroga de la competencia²³.

²³ En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº2, Octubre 2010, pp. 53 y ss.

Dicha disposición permite a las partes, con independencia de su domicilio, acordar el sometimiento de sus controversias a los tribunales de un Estado miembro²⁴. Es decir, cualquier cláusula incluida en un contrato de utilización de buque²⁵ o en los contratos auxiliares de la navegación²⁶ que atribuya jurisdicción para conocer de una controversia determinada a un tribunal de un Estado miembro de la UE, con independencia de que las partes tengan o no sus domicilios ubicados en la UE, se regirá en cuanto a su validez por lo dispuesto en el mencionado artículo.

13. El mencionado artículo 25 del RBI bis regula además otras cuestiones no menos significativas. Entre ellas, la designación como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia. O incluso se recoge expresamente en su apartado 5 la completa autonomía de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato sobre el resto de las cláusulas del contrato²⁷.

Frente a ello, la norma contenida en el artículo 468 de la LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal²⁸.

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes como competentes para conocer del litigio mediante acuerdo atributivo de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, es aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la ley española, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxiliares de navegación la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

Si esto fuera así y los tribunales españoles tuviesen competencia según los foros objetivos alternativos establecidos en el artículo 469 de la LNM (domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y puerto de carga o descarga para los contratos de utilización de buque; y domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios en lo que respecta los contratos auxiliares de navegación) podría suscitarse un problema de cara al reconocimiento y/o ejecución de la sentencia y respecto a su validez extraterritorial²⁹.

Es más, no debe obviarse la circunstancia procesal de que el tribunal de ese tercer Estado designado como competente para conocer del litigio en virtud de la referida cláusula de sumisión expresa entre a conocer de la controversia con independencia de la nulidad advertida por la norma española y de su aplicación por parte de los tribunales españoles.

En efecto, cabe plantear dos cuestiones que quedan abiertas: la primera es que si una vez declarada nula la cláusula de sumisión expresa por los tribunales nacionales, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 469, pudiera llegar a considerarse el foro que atribuya competencia a los tribunales españoles como un criterio competencial exorbitante que en fase de reconocimiento y ejecución de sentencia

²⁴ Sobre tal cuestión, *vid.* P.A. De MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, nº8013, 2013, pp.1-4; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 y ss.

²⁵ Sobre los contratos de utilización de buque, entre otros: A. RECALDE CASTELLS, “Los contratos de utilización del buque”, A. EMPARANZA SOBEJANO y J.M MARTÓN OSANTE, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 253-287.

²⁶
²⁷ Artículo 25.5 RBI bis: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”.

²⁸ Véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 de septiembre de 2014, (Recuperado de: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-lnm>).

²⁹ M. GÓMEZ GENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.6, nº2, Octubre 2014, pp. 118 y ss.

se acabe calificando como claudicante. La segunda cuestión irresuelta se concreta en cómo poder prever o anticipar si la sentencia emitida por el tribunal del tercer Estado designado como competente para conocer según lo dispuesto en el acuerdo atributivo de jurisdicción será o no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico³⁰.

14. En definitiva, esta previsión normativa recogida en la LNM supone un condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente, choca frontalmente con la realidad actual del sector y actúa en detrimento de la seguridad jurídica.

Además, contiene una consciente imprecisión en las reglas de litispendencia y conexidad que premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción del tribunal de ese tercer Estado designado como competente en el acuerdo atributivo de jurisdicción que decidirá si tiene o no competencia para conocer según su ordenamiento jurídico nacional o ante los tribunales españoles con la pretensión de conseguir primero una declaración de nulidad de esa cláusula atributiva de jurisdicción no negociada de forma individual y separada (art.468 de la ley española), y después que el procedimiento se dilucide ante ellos, siempre y cuando, eso sí, tengan competencia para conocer según los foros contemplados en el artículo 469³¹.

Se trata, en definitiva, de un precepto controvertido que el legislador nacional ha pretendido justificar esgrimiendo en el preámbulo de la propia ley ciertos argumentos ya advertidos, nada concluyentes y de dudosa relevancia en cuanto a los efectos que pueda causar en el propio sector del comercio marítimo internacional³².

15. Cabe afirmar que una orientación como la plasmada en la LNM, contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción, perjudica una solución equilibrada entre, por un lado, los objetivos que demandan proteger a las partes contractuales frente a cláusulas subrepticamente introducidas y por otro el objetivo de tratar de evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional.

En definitiva, una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) no debe de ningún modo condicionar o limitar la adecuación y validez plena de un acuerdo atributivo de jurisdicción que se adapte a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su particular sector comercial internacional.

Sin duda, la precisión de la extensión y límites de la autonomía de la voluntad para la materialización de los acuerdos de elección del tribunal competente forma parte de un debate de enorme interés para nuestra disciplina de Derecho internacional privado y que aflora permanentemente en el estudio de este particular sector del Derecho del transporte internacional.

Por ello, la visión que proyecta el artículo 468 implica una restricción de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sustenta en términos jurídicos y evidencia asimismo una desconfianza hacia la autonomía de las partes que transgrede la consagrada práctica o costumbre y usos del sector y cabe, en este estudio, cierto análisis jurisprudencial que nos permita valorar su aplicación práctica³³.

³⁰ Sobre este particular, J.M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.

³¹ Respecto a la litispendencia y conexidad internacionales puede verse M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pp. 362-381.

³² Concretamente en este apartado de la ley se dispone, en relación al capítulo dedicado a las especialidades de jurisdicción y competencia tiene como finalidad (respetando la aplicación preferente de las normas contenidas en los Convenios internacionales y en el Derecho de la UE), “[...] tratar de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de la cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

³³ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *AEDIPR*, t. VIII, *Iprolex*, 2008, pp. 558-559.

16. Otro argumento que permite fundamentar esta percepción de un actuar legislativo interno a “contracorriente” de la tendencia europea e internacional es que el texto de la LNM se desmarca del posicionamiento y orientación adoptada por el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta norma convencional dispone en su artículo 1.1 relativo al ámbito de aplicación del Convenio que se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro, y que dedica su artículo 3 a la finalidad de establecer el significado de un acuerdo exclusivo de elección de foro, sus características formales, y el carácter de acuerdo autónomo o independiente respecto al resto de cláusulas contractuales cuando forme parte de un contrato.

Se trata de un texto internacional de indudable interés científico y práctico que debe valorarse en su posible aplicación sobre el particular sector del Derecho marítimo y los contratos auxiliares de la navegación (contrato de gestión naval, contrato de consignación de buques, contrato de practicaje y contrato de manipulación portuaria)³⁴, debido a la extensa lista de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio recogidas en su artículo 2, y que advierte entre otras cuestiones que no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro en materia de transporte de pasajeros y de mercancías, contaminación marina, limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia.

Si atendemos a la estricta calificación de los contratos auxiliares de la navegación como contratos funcionalmente instrumentales respecto a la navegación marítima y a lo dispuesto en el Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro³⁵, el Convenio es aplicable a este tipo de contratos del ámbito del Derecho marítimo.

El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro contribuye de manera eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones. Además de ello garantiza a las partes la seguridad jurídica, el respeto necesario al acuerdo de elección de foro y que la resolución dictada por el tribunal elegido será reconocida y ejecutada.

En efecto, este instrumento internacional ostenta su importancia en el tráfico transnacional y en los litigios comerciales internacionales, y permite garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultado. Una norma de carácter doble que regula tanto la competencia judicial internacional como el reconocimiento y ejecución de decisiones³⁶.

17. Por todo ello, debe reiterarse el escaso recorrido práctico que están teniendo las previsiones restrictivas de los artículos 468 y 469 de la LNM en su prospección internacional sobre los contratos auxiliares de la navegación, es decir aquellos supuestos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdos atributivos de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o en Estados que no sean parte de un Convenio internacional del que forme parte España y que contemple o ampare la posibilidad de que las partes regulen este aspecto procesal civil internacional.

Además, los ya citados y especiales caracteres del transporte marítimo han ido consolidando la formación progresiva de unos “usos” específicos de dicho sector, que está teniendo una influencia decisiva sobre la resolución de las controversias marítimas, así como sobre la determinación de la Ley aplicable a las mismas.

Son esos “usos” los que están provocando una interpretación flexible de los requisitos formales y sustanciales que toda cláusula de elección de foro debería satisfacer. Dicha interpretación favorece una

³⁴ Puede verse sobre los contratos auxiliares de la navegación entre otros, F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”, A. EMPARANZA SOBEJANO (Dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415- 479; véase también sobre el contrato de practicaje como contrato auxiliar de la navegación marítima, I. ZURUTUZA ARIGITA, *El practicaje*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 176-181.

³⁵ T. HARLEY / M. DOGAUCHI, *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. (Recuperado de: www.hcch.net/upload/exp137s.pdf).

³⁶ Sobre los elementos fundamentales del Convenio puede verse el excelente trabajo de R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, nº22, enero de 2015, pp. 35-45.

“presunción” del cumplimiento de tales requisitos, que, habida cuenta de la práctica marítima, parece compatible únicamente con la figura del cargador, en cuanto parte originaria del contrato frente al porteador.

De esta manera, la duda que se plantea es si debe defenderse una interpretación amplia o restringida respecto a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y sus efectos sobre tales sujetos. Conforme a la primera, cargador y tercero, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían expuestos y por ende obligados –ambos– a conocer los “usos” de dicho tráfico, entre ellos, la presencia habitual de cláusulas de elección de foro presentes en un conocimiento de embarque o en una *charter-party*.

Ello supondría apoyar la existencia de un consentimiento y conocimiento “presuntos” de los mismos, que justificaría que la cláusula arbitral -o de foro- sería oponible a cualquiera de ellos, sin exigirse especiales requisitos formales y sustanciales.

III. La compleja y cuestionable opción legislativa interna española en la LNM

18. La LNM española representó sin duda, pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo relevante dentro de nuestro sistema autónomo, al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretendía fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad³⁷.

Pero la cuestión que cabe plantearse es si la LNM ha conseguido alcanzar estos objetivos con su regulación en la dimensión procesal que será ahora analizada al hilo de la sentencia dictada por el TJUE, debiéndose tener presente que los Convenios internacionales en vigor y la regulación contenida en los Reglamentos europeos son técnicamente mucho más respetuosos con la autonomía de la voluntad de las partes y más acordes a los usos y costumbres comerciales vigentes en el sector.

Resulta criticable la orientación adoptada por la LNM porque, como se aprecia en la sentencia ahora comentada, incrementa la inseguridad jurídica de los operadores del sector y dificulta una siempre recomendable y necesaria labor de proyección jurídica³⁸.

Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito procesal exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contratación internacional³⁹, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector.

19. Un claro ejemplo puede apreciarse en la delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en una relación de transporte marítimo internacional

³⁷ Entre otros sobre los objetivos de la LNM puede verse: J.C. FUENTE GÓMEZ, “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, M.V. Petit Lavall, y A. Puetz, (Dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361-366. Sobre los diversos anteproyectos y trabajos preparatorios vid. J.L. GOÑI ETCHEVERS, *Temas de Derecho Marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, p.383 y ss.

³⁸ En este sentido cabe citar las diferentes orientaciones doctrinales existentes acerca de la interpretación y fundamentación de las previsiones contenidas en la LNM. A favor del contenido de la misma se posicionan autores como I.ARROYO MARTÍNEZ, así puede verse entre otros el artículo: “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *ADM*, Vol. XXX, 2013 pp. 23-95. En contra se posicionan, entre otros: J. GONZÁLEZ PELLICER (“Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.); M.GÓMEZ GENE (“Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.6, nº2, Octubre 2014, pp. 118 y ss); P.A.DE MIGUEL ASENSIO (“Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 de septiembre de 2014”, (Recuperado de: [http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/ los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-lnm](http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-lnm)); J.J. ÁLVAREZ RUBIO (“La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional”, A. EMPARANZA SOBEJANO y J.M. MARTIN OSANTE (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807-831), entre otros.

³⁹ Tal y como destaca A. BRIGGS, “The validity of floating choice of law and jurisdiction clauses”, *Lloyd’s mar. and Com. Law Quart.*, 1986, pp. 508 y ss.; en la misma orientación, J. RAMBERG, “Freedom of contract in maritime law”, *Lloyd’s mar. and Com. law quart.*, 1993, pp. 178 y ss.

a la hora de determinar el tribunal estatal competente, así como en el momento de seleccionar la normativa aplicable rectora de los derechos y obligaciones de las partes derivadas de dicho contrato.

En efecto, para determinar su posible alcance y funcionalidad es preciso tener presente la cobertura normativa que subyace tras dichas cláusulas, ya que el tratamiento que éstas reciben en los diferentes bloques normativos en presencia (Derecho Interno, Derecho Convencional internacional y Derecho de la UE) difiere o incluso revela contradictorias respuestas normativas ante una misma realidad contractual.

La LNM aborda las especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo y en este contexto establece los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque además de fijar los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos.

En cuanto a las cláusulas de sumisión contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (habitualmente los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) la nueva LNM condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

Los artículos 251 y 468 de la LNM fueron informados tanto por el CGPJ⁴⁰, que no hizo ninguna observación al respecto, como por el Consejo de Estado⁴¹, que valoró “positivamente la intencionalidad y finalidad de la norma proyectada”, pero llamaba la atención “sobre el hecho de que se opone frontalmente a la práctica habitual y generalizada seguida en el tráfico y que previsiblemente tendrá una eficacia muy dudosa”

La finalidad de estos preceptos era proporcionar una vía que permitiera la defensa de la competencia de los órganos judiciales españoles cuando se entendiera que la cláusula de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros no hubiera sido conocida y aceptada de manera expresa por una de las partes.

20. En los asuntos acumulados C345/22 a C347/22, las tres peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra tenían por objeto la interpretación del artículo 25, apartado 1, del Reglamento 1215/2012. Estas peticiones fueron presentadas por el tribunal español en el contexto de tres litigios (en los asuntos C345/22 y C347/22, la sociedad de transporte danesa Maersk A/S y la compañía aseguradora española Allianz, y, en el asunto C346/22, la compañía aseguradora española Mapfre y la sociedad de transporte alemana MACS) relativos a la indemnización, reclamada ante un órgano jurisdiccional español por esas dos compañías de seguros que se subrogaron a su vez en los derechos de los terceros adquirentes de las mercancías transportadas por vía marítima por las referidas sociedades de transporte, y en atención a los daños materiales que dichas mercancías supuestamente sufrieron con ocasión de dichos transportes.

Las citadas sociedades de transporte impugnaron la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, fundamentando la misma en la existencia de una cláusula que atribuía a un órgano jurisdiccional del Reino Unido la competencia para conocer de las controversias que surgieran de los contratos de transporte controvertidos en los litigios principales.

En los tres casos, y con ligeros matices que no alteran el debate planteado y ahora resuelto por el Tribunal de Justicia, el contrato de transporte marítimo de mercancías suscrito entre el porteador y el cargador quedaba sujeto a las condiciones CFR (coste y flete) y el contrato quedó documentado en un conocimiento de embarque en cuyo reverso figuraba una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia redactada en los siguientes términos:

«[...] este conocimiento de embarque estará regido por y será interpretado de conformidad con la ley inglesa y todas las disputas que surjan conforme al presente serán determinadas por [la *High Court of*

⁴⁰ Informe del CGPJ, de 13 de diciembre de 2012, al Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividaddel-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Navegacion-Maritima>).

⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado, de 24 de julio de 2013, al Anteproyecto de ley de Navegación Marítima (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-449>).

Justice (England and Wales) [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), Reino Unido]], quedando excluida la jurisdicción de los tribunales de otro país. Por otra parte, y a discreción del transportista, el transportista podrá iniciar procesos contra el comerciante en un tribunal competente en el lugar de operación del comerciante».

Basándose en la cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia mencionada y dentro de cada uno de los tres litigios acumulados, se impugnó por parte del porteador la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles por considerar que la mencionada cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia era oponible al tercero tenedor del conocimiento de embarque. En efecto, a su entender, debería aplicarse el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis* y no el artículo 251 de la LNM, que, a su juicio, resultaba contrario al Derecho de la Unión Europea.

De acuerdo con el tenor del preámbulo de la LNM, su objetivo es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer (como sucede con las cláusulas incorporadas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento)

Los artículos 251 y 468 de la LNM se separan de los modelos de otros países con el fin de proteger la posición de los cargadores y destinatarios de las mercancías transportadas por mar, sometidos habitualmente a cláusulas de jurisdicción o de arbitraje en el extranjero impuestas unilateralmente por los porteadores.

Para ello, se traslada parcialmente el esquema de protección de los consumidores, para los cuales, como dispone el artículo 54 de la LEC, no se admite la sumisión expresa contenida “en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes”. El fundamento de esta disposición y de los preceptos de la LNM es el mismo: la protección de la parte más desfavorecida que contrata sin un conocimiento exacto del contenido de la relación contractual, lo que vicia la manifestación de voluntad.

Para hacer efectiva esa protección, la consecuencia que establecen los artículos 251 y 468 de la LNM es la nulidad de las cláusulas de jurisdicción y de arbitraje que no sean negociadas individual y separadamente. Este requisito se configura como un límite a la libertad contractual, en el sentido de que su inobservancia conlleva la sanción de nulidad⁴², la cual se puede producir en dos supuestos distintos:

- En el contrato principal entre el transportista y el cargador, cuando se aplica de manera autónoma el artículo 468.
- En los casos de transmisión del conocimiento de embarque cuando el adquirente de este no haya negociado la cláusula de manera individual y separada, cuando se aplican conjuntamente el artículo 468 y el 251.

En virtud de la remisión del artículo 251 al 468 de la LNM, las consecuencias de la nulidad de la cláusula alcanzan también a aquellos que se subroguen en la posición del cargador o del tenedor del conocimiento de embarque, como es el asegurador. La nulidad que establecen estos artículos no es de todo el contrato, sino solo de la cláusula de jurisdicción o arbitraje afectada por el vicio de consentimiento previsto. De este modo, el contrato es válido y la cláusula se tendrá por no puesta.

De igual manera, una cláusula de sumisión expresa incluida en un conocimiento de embarque no producirá eficacia jurídica frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque, a menos que este haya prestado su consentimiento al acuerdo en cuestión tras la necesaria negociación individual y separada que exige el artículo 468 de la LNM.

Como es sabido, la *ratio* inspiradora del sistema instaurado por la normativa europea, desde la inicial versión del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el vigente artículo 25 del RBI *bis*, se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre los objetivos en presencia que

⁴² L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción. Teoría del contrato, Editorial Civitas, 4.ª edición, Madrid, 1993, pp. 128-129.

exigen, por un lado, proteger a las partes contra cláusulas subrepticamente introducidas y por otra parte evitar un anacrónico afán formalista que paralice el comercio internacional, subrayando que de ningún modo la exigencia de forma escrita es la única exigible y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

La trascendencia práctica que comporta la exégesis de las cláusulas de sometimiento a determinados tribunales estatales- justifica la oportunidad de centrar su análisis en éstas, interés acrecentado por el giro restrictivo adoptado por parte de la LNM en comparación con las normas internacionales; sabido es que en tales casos la jurisprudencia comparada y la del propio TJUE⁴³ ha ido flexibilizando progresivamente los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión, atendiendo al criterio de los “usos” comúnmente conocidos y aceptados en el tráfico marítimo internacional.

21. Como cuestión preliminar, la sentencia del Tribunal de Justicia analiza y resuelve la dimensión normativa transitoria vinculada al Brexit y al marco jurídico aplicable a las controversias planteadas; en efecto, y por lo que respecta a la cuestión de si el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* comprende una situación como la que es objeto de los litigios principales, el Tribunal de Justicia indica que es preciso señalar, por una parte, que mediante las cláusulas atributivas de competencia controvertidas en esos asuntos la competencia para conocer de los litigios relativos a los contratos de transporte marítimo de que se trata en dichos asuntos se atribuyó a un órgano jurisdiccional del Reino Unido y, por otra parte, que el Acuerdo de Retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020.

En virtud del artículo 67, apartado 1, letra a), del Acuerdo de Retirada, las disposiciones relativas a la competencia incluidas en el Reglamento Bruselas I *bis* se aplicarán, tanto en el Reino Unido como en los Estados miembros, en las situaciones que incumban a dicho Estado, a los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio previsto en el artículo 126 de ese Acuerdo (sentencia de 24 de noviembre de 2022, *Tilman*, C358/21, EU:C:2022:923, apartado 28).

Además, a tenor del artículo 127, apartados 1 y 3, de dicho Acuerdo, durante ese período transitorio, el Derecho de la Unión, por una parte, será aplicable al Reino Unido y, por otra, se interpretará y aplicará conforme a los mismos métodos y principios generales que los aplicables dentro de la Unión. Por consiguiente, en la medida en que de los Autos de remisión se desprende que los respectivos demandantes ejercitaron sus respectivas acciones antes del 31 de diciembre de 2020 y, por tanto, antes del final del referido período transitorio, procede declarar que, como señalaron el Gobierno español y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, a pesar de la retirada del Reino Unido de la Unión, el Reglamento Bruselas I *bis* es aplicable a los litigios principales.

IV. Alcance de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en relación a la LNM

22. En ausencia de norma convencional aplicable a las controversias procesales surgidas en el contexto de los litigios planteados objeto de las cuestiones prejudiciales, el marco jurídico que el Tribunal de Justicia evalúa en su decisión atiende, por un lado, al Derecho de la UE, concretado en el Acuerdo de Retirada⁴⁴ y en toda la secuencia de normas sobre competencia judicial internacional elaboradas desde las instituciones europeas en relación a la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción (concretadas en el art.17 del viejo Convenio de Bruselas de 1968, el art.23 del Reglamento 44/2001, y

⁴³ En relación a la interpretación del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, entre otros: E. TORRALBA MENDIOLA, “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, N° 16, 2015, pp.121-131.

⁴⁴ Mediante la Decisión (UE) 2020/135, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO 2020, L 29, p. 1), el Consejo de la Unión Europea aprobó, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), el citado Acuerdo sobre la Retirada (DO 2020, L 29, p. 7). Este se adjuntó a la mencionada Decisión y entró en vigor el 1 de febrero de 2020.

el vigente art.25 del Reglamento 1215/2012)⁴⁵; y por otro lado, se analiza el Derecho interno español y en particular se atiende al apartado XI del preámbulo de la LNM, conforme al cual,

«[...] El capítulo I [del título IX] contiene las llamadas especialidades de jurisdicción y competencia, que partiendo de la aplicación preferente en esta materia de las normas contenidas en los convenios internacionales y en las normas de la Unión Europea, trata de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. [...]»

En la sentencia del Tribunal de Justicia se analiza igualmente el tenor del artículo 251 de la LNM, titulado «eficacia traslativa», con arreglo al cual

«La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX».

Y por su último se incorpora a la decisión judicial el análisis en torno al artículo 468 de la LNM, titulado «Cláusulas de jurisdicción y arbitraje», que figura en el capítulo I del título IX de dicha Ley, y que dispone en su párrafo primero,

«Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. [...]».

23. En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Pontevedra decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, en las que se aprecia la interacción entre las diferentes normas en presencia en este sector:

«1) La regla del artículo 25 del Reglamento [Bruselas I *bis*], cuando establece que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de jurisdicción debe analizarse conforme a la legislación del Estado Miembro al que las partes han deferido la jurisdicción, [¿]comprende también, — en una situación como la del litigio principal—, la cuestión de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero no parte en el contrato en el que la cláusula se establece?»

⁴⁵ A tenor del artículo 25 de dicho Reglamento,

«1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita

b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o

c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

[...]

5 Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato.

La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato.»

- 2) En el caso de circulación del conocimiento de embarque a un tercero, destinatario de las mercancías, que no intervino en la contratación entre el cargador y el porteador marítimo, ¿resulta compatible con el art. 25 del Reglamento [Bruselas I bis], y con la jurisprudencia del TJ que lo interpreta, una norma como la contenida en el art. 251 de la [LNM], que exige que, para la oponibilidad de la cláusula a ese tercero, la cláusula de jurisdicción debe haber sido negociada con este “individual y separadamente”?
- 3) ¿Resulta posible, conforme al Derecho de la UE, que la legislación de los Estados miembros establezca requisitos adicionales de validez para la eficacia frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque?
- 4) ¿Una norma como la contenida en el artículo 251 de la [LNM], —que establece que la subrogación del tercero tenedor solo se produce en forma parcial, con exclusión de las cláusulas de prórroga de jurisdicción—, supone la introducción de un requisito adicional de validez de estas cláusulas, contraria al artículo 25 del Reglamento [Bruselas I bis]?»

24. La interpretación de la remisión que la normativa de la UE contiene en relación a los *usos del comercio internacional* permite analizar interesantes reflexiones jurisprudenciales, y todo órgano jurisdiccional de un Estado miembro deberá supeditar la validez de los pactos atributivos de jurisdicción a las pautas hermenéuticas que el Tribunal de Justicia ha ido estableciendo sobre el particular.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que las partes conocen o debieran conocer. Es decir, cuando los operadores siguen un comportamiento determinado de forma general y regular al celebrar cierta clase de contratos, como es la inclusión de cláusulas de sumisión en documentos-tipo propios del comercio marítimo internacional, la formación de ese uso no requiere más prueba y se presume que dicha cláusula es conocida y consentida por las partes, pese a no haber sido negociada individualmente.

Hay una clara discrepancia en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del artículo 468 LNM y el derivado del artículo 25 RBIBis (la LNM es mucho más restrictiva en su admisión). ¿Qué norma primará? Sin duda alguna, el RBIBis prevalecerá cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumisión sea la de un Estado de la UE. En realidad, la LNM sólo proyectará su operatividad en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles cuando no resulte aplicable el RBIBis o una norma convencional internacional, como por ejemplo el Convenio de Lugano.

En definitiva, el artículo 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el artículo 25 del RBI bis relativo a la prórroga de la competencia⁴⁶.

La norma contenida en el artículo 468⁴⁷ de la LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal.

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdo atributivo de jurisdicción como competentes para conocer del litigio no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, será aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la LNM, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxiliares de navegación la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero o a arbitraje en el extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

⁴⁶ En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.2, nº2, Octubre 2010, pp. 53 y ss.

⁴⁷ Sobre este particular, J.M.GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.

La visión restrictiva que proyecta el artículo 468 supone una limitación de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sostiene en términos jurídicos y refleja además una desconfianza hacia la autonomía de las partes que contraviene la consagrada práctica o costumbre y usos del sector⁴⁸.

25. En los litigios que dieron lugar a la cuestión prejudicial de la que trae causa la sentencia del Tribunal de Justicia, y a juicio de las partes que impugnaron la competencia de los tribunales españoles, debería aplicarse a esta cuestión el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *bis* y no el artículo 251 de la LNM, que, a su juicio, es contrario al Derecho de la Unión.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, a su vez, si la referida cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia es oponible al tercero tenedor del conocimiento de embarque a pesar de que este no prestara su consentimiento a ella de manera expresa, individual y separada cuando adquirió dicho conocimiento de embarque. Según el órgano jurisdiccional remitente, de la sentencia de 18 de noviembre de 2020, *DelayFix* (C519/19, EU:C:2020:933), se desprende que el Reglamento Bruselas I *bis* potencia la autonomía de la voluntad de los contratantes en la elección de la jurisdicción aplicable con respecto a lo que ocurría durante la vigencia del Reglamento Bruselas I.

Por otra parte, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, del apartado 27 de la sentencia de 16 de marzo de 1999, *Castelletti* (C159/97, EU:C:1999:142), se desprende que, en el sector del tráfico marítimo internacional, existe una presunción de conocimiento y consentimiento de la parte contratante en cuanto a las cláusulas de jurisdicción o atributivas de competencia que figuran en los contratos de transporte, puesto que se trata de una estipulación utilizada normalmente en este sector.

Además, el órgano jurisdiccional remitente subraya el carácter autónomo y la separabilidad de las cláusulas de jurisdicción o atributivas de competencia, de modo que estas podrían estar sujetas, por lo que respecta a la ley sustantiva aplicable, a un régimen jurídico diferente del resto del contrato en el que se insertan. Señala así que una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia puede ser válida aunque el propio contrato sea nulo.

El órgano jurisdiccional remitente indica a su vez que el artículo 251 de la LNM efectúa, para el caso específico de los conocimientos de embarque en materia de transporte de mercancías que contienen una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia y que sean adquiridos posteriormente por un tercero, una remisión al artículo 468 de la LNM, que dispone que tal cláusula es nula si no ha sido negociada individual y separadamente por ese tercero.

El órgano jurisdiccional remitente señala que esta normativa se justifica en la exposición de motivos de la LNM por la necesidad de proteger los intereses de los receptores nacionales, tenedores de conocimientos de embarque en los que las partes originarias han introducido una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia, que se encuentran en la posición contractual más débil, especialmente en los casos de contratos de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque en línea regular.

En efecto, subyace la idea de que obligar a litigar a los empresarios nacionales, cargadores y receptores de mercancías, en jurisdicciones extranjeras puede suponer en la práctica una denegación de la efectividad de la tutela judicial.

La Audiencia Provincial de Pontevedra sostuvo igualmente en la cuestión prejudicial planteada que sería problemático aplicar el artículo 251 de la LNM para colmar las eventuales lagunas existentes en el Derecho de la Unión. Además, a su juicio, existe una contradicción entre esta disposición y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia derivada, en particular, de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck* (C387/98, EU:C:2000:606), apartado 23.

En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, dado que, en virtud del Derecho español, las cláusulas de jurisdicción o atributivas de competencia y las cláusulas de arbitraje solo vinculan a las partes si son el resultado comprobado de una negociación individual y separada, la cesión de derechos derivada de un conocimiento de embarque no sería plena.

⁴⁸ Puede verse entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, nº 7847, de 27 de abril de 2012.

Por todo lo expuesto, el órgano jurisdiccional español remitente se pregunta por la eventual inaplicabilidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal. En efecto, en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera, basándose tanto en el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* como en la jurisprudencia derivada de las sentencias de 3 de julio de 1997, *Benincasa* (C269/95, EU:C:1997:337), y de 18 de noviembre de 2020, *DelayFix* (C519/19, EU:C:2020:933), que la validez de una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia debe examinarse a la luz de la ley del Estado al que esa cláusula defiere jurisdicción, de modo que, en el caso de autos, procedería aplicar el Derecho inglés, y no el artículo 468 de la LNM.

En segundo lugar, suponiendo que el artículo 251 de la LNM sea aplicable al litigio principal, el referido órgano jurisdiccional considera que la forma de prestación del consentimiento a una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia se rige por el Derecho de la Unión y no por el Derecho nacional, a fin de evitar que cada Estado miembro imponga requisitos diferentes a este respecto

En tercer lugar, el citado órgano jurisdiccional alberga dudas en cuanto a la conformidad del artículo 251 de la LNM con la jurisprudencia derivada de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck* (C387/98, EU:C:2000:606), puesto que, en virtud de dicha disposición, los derechos y obligaciones relativos a una cláusula de jurisdicción o atributiva de competencia contenida en un conocimiento de embarque quedan excluidos de los transferidos al tercero tenedor de dicho conocimiento.

26. De esta manera, habrá que valorar la exigencia que establece la norma sobre la verificación del consentimiento por parte del adquirente respecto de los acuerdos de jurisdicción y arbitraje. Es decir, que con independencia de que la transmisión del conocimiento de embarque produzca idénticos efectos a la entrega de las mercancías sucediendo el adquirente en todos los derechos y obligaciones al transmitente, el adquirente tendrá que dar su consentimiento expreso sobre los acuerdos existentes en materia de jurisdicción y arbitraje según los términos de los arts. 468 y 469. Cuestión que difiere de la consolidada interpretación jurisprudencial del TJUE que solo exige la verificación del consentimiento en aquellos casos en los que según el Derecho nacional aplicable el tenedor no haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones.

En particular, cabe recordar que Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Tilly Russ* sentó en su apartado 24 de manera expresa, y en relación al art. 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la doctrina jurisprudencial siguiente:

«En la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos de lo prevenido en el artículo 17 del Convenio en la relación entre el cargador y el porteador y, en tanto que el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento, ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones con arreglo al Derecho nacional aplicable, el hecho de que se permita que el tercero tenedor rehuya la obligación respecto al fuero que deriva del conocimiento de embarque, por no haber dado su consentimiento sobre éste último, sería ajeno al objeto del artículo 17 que consiste en neutralizar los efectos de las cláusulas que corren el riesgo de pasar desapercibidas en los contratos.»

De similar forma y haciendo referencia al asunto *Tilly Russ*, el TJUE volvió a reiterar su posicionamiento en tal sentido en la sentencia sobre el asunto *Castelletti* al establecer en su apartado 41 y en relación a la cuestión prejudicial decimotercera planteada por la Corte suprema di cassazione italiana que,

«[...] en la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos del artículo 17 del Convenio en la relación entre el cargador y el porteador, dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador.»

Finalmente, el Tribunal de Justicia reconfirmó en su decisión del asunto *Coreck Maritime* el criterio establecido con anterioridad en su proyección sobre el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 al establecer que,

«Una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable. De lo contrario, es preciso verificar que ha dado su consentimiento a dicha cláusula respecto de las exigencias del artículo 17, párrafo primero, de dicho Convenio, en su versión modificada.

En efecto, la conclusión que cabe inferir de la interpretación realizada en las citadas sentencias por el TJUE es que se presume que las partes contractuales han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque cuando su comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer. Una orientación ciertamente acertada que permite consolidar y garantizar que los usos particulares del sector en el cual las partes ejercen su actividad diaria queden acreditados desde el momento en el que dichos operadores siguen un comportamiento determinado de un modo general y regular en sus relaciones contractuales.

V. Proyección de la sentencia del TJUE sobre el Derecho interno español

27. La respuesta que el Tribunal de Justicia formula en relación a la primera cuestión prejudicial planteada es diáfana: a su juicio, el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* debe interpretarse en el sentido de que la oponibilidad de una cláusula atributiva de competencia al tercero tenedor del conocimiento de embarque en el que se inserta esa cláusula no se rige por el Derecho del Estado miembro al que pertenezcan uno o varios órganos jurisdiccionales designados por dicha cláusula.

La referida cláusula es oponible a tal tercero si, al adquirir el conocimiento de embarque, este se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones de una de las partes originarias del contrato, extremo que debe apreciarse con arreglo al Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conoce del litigio.

A su vez, mediante las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta planteadas en cada uno de los asuntos acumulados el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un tercero respecto de un contrato de transporte de mercancías celebrado entre un porteador y un cargador, que adquiere el conocimiento de embarque que documenta ese contrato y se convierte así en tercero tenedor de dicho conocimiento de embarque, se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones del referido cargador, con excepción de los derivados de una cláusula atributiva de competencia inserta en el citado conocimiento de embarque, cláusula que únicamente es oponible a ese tercero si la negoció individual y separadamente.

En relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia formula una conclusión también muy clara y certera: procede interpretar el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es oponible al tercero tenedor de dicho conocimiento de embarque siempre que, por una parte, haya sido reconocida su validez en la relación entre el cargador y el porteador que hayan celebrado el contrato de transporte que ese conocimiento de embarque documenta y, por otra parte, con arreglo al Derecho nacional aplicable, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conoce del litigio, dicho tercero, al adquirir el referido conocimiento de embarque, se haya subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones de una de las partes originarias del contrato.

28. El TJUE examina el tenor del artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley (que establece, en esencia, que el adquirente del conocimiento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, con excepción de las cláusulas atributivas de competencia, que requieren el consentimiento del adquirente, siendo estas cláusulas nulas y teniéndose por no puestas si no se han negociado individual y separadamente).

Y llega a la conclusión, acorde a la ya observado por la Comisión en sus observaciones escritas y por el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, que tal normativa nacional tiene por efecto eludir el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis*, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que, por tanto, es contraria a esta última disposición⁴⁹.

Esta norma supone un condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente, choca frontalmente con la realidad actual del sector y actúa en detrimento de la seguridad jurídica.

Además, contiene una consciente imprecisión en las reglas de litispendencia y conexidad que premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción del tribunal de ese tercer estado designado como competente en el acuerdo atributivo de jurisdicción que decidirá si tiene o no competencia para conocer según su ordenamiento jurídico nacional, o ante los tribunales españoles con la pretensión de conseguir primero una declaración de nulidad de esa cláusula atributiva de jurisdicción no negociada de forma individual y separada (art.468 LNM), y después que el procedimiento se dilucide ante ellos, siempre y cuando eso sí tengan competencia para conocer según los foros contemplados en el art. 469 LNM.

29. El principio de primacía obliga al juez nacional encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, cuando no resulte posible interpretar la normativa nacional conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, a garantizar la plena eficacia de las exigencias de este Derecho en el litigio del que conoce, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier normativa o práctica nacional, aun posterior, en la medida en que sea contraria a una disposición del Derecho de la Unión directamente aplicable, como una disposición de un Reglamento, sin que deba solicitar o esperar a su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional [véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de enero de 2021, *Whiteland Import Export*, C308/19, EU:C:2021:47, apartado 31, y de 8 de marzo de 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (Efecto directo), C205/20, EU:C:2022:168, apartados 37 y 57 y jurisprudencia citada].

Por todo ello, y más aún tras la sentencia del Tribunal de Justicia objeto de la presente reflexión, cabe afirmar que una orientación como la plasmada en la LNM, contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción, perjudica una solución equilibrada entre los objetivos antagónicos que requieren proteger a las partes contractuales contra cláusulas subrepticamente introducidas y evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional.

En efecto, de ningún modo una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) debe limitar o condicionar la adecuación y validez plena de un acuerdo atributivo de jurisdicción que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su concreto sector del comercio internacional⁵⁰.

30. Por consiguiente, el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley, debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece, según la cual el adquirente del conoci-

⁴⁹ En efecto, tal y como señala el párrafo 61 de la sentencia del TJUE, según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 251 de la LNM, en relación con el artículo 468 de dicha Ley, obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales concernidos a verificar la existencia del consentimiento de un tercero a una cláusula atributiva de competencia inserta en el conocimiento de embarque que adquiera, aun cuando se haya subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones del cargador que celebró el contrato que dicho conocimiento de embarque documenta.

Y en el siguiente párrafo, el Tribunal de Justicia subraya que, además, procede señalar que esta normativa nacional contraviene la jurisprudencia derivada de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck* (C387/98, EU:C:2000:606), apartado 25, en la medida en que tiene como efecto conferir al tercero tenedor del conocimiento de embarque más derechos de los que tenía el cargador al que ha sucedido, ya que este tercero puede optar por no quedar vinculado por la prórroga de competencia acordada entre las partes originarias del contrato.

⁵⁰ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 558 a 559.

miento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, con excepción de las cláusulas atributivas de competencia y de las cláusulas de arbitraje si no han sido negociadas individual y separadamente por ese adquirente, solo se aplicará a una situación si esta última no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis*. Si el órgano jurisdiccional constatase que no es así, debería abstenerse de aplicar dicha norma nacional en los litigios principales, en la medida en que es contraria a esa disposición del Derecho de la Unión directamente aplicable.

Y la derivada final tras la sentencia ahora dictada por el Tribunal de Justicia es clara: procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta planteadas en cada uno de los asuntos acumulados concluyendo que el artículo 25, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un tercero respecto de un contrato de transporte de mercancías celebrado entre un porteador y un cargador, que adquiere el conocimiento de embarque que documenta ese contrato y se convierte así en tercero tenedor de dicho conocimiento de embarque, se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones del referido cargador, con excepción de los derivados de una cláusula atributiva de competencia inserta en el citado conocimiento de embarque, cláusula que únicamente es oponible a ese tercero si la negoció individual y separadamente.

VI. Conclusiones

31. En un sector tan complejo como el del Derecho del transporte marítimo internacional⁵¹, y sin perjuicio de las singularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, la normativa aplicable en cada uno de los bloques normativos ha de ser respetuosa con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a las partes en este ámbito. La internacionalización de las relaciones contractuales proyectada sobre el ámbito del comercio requiere favorecer un proceso de autorregulación que permita generar una “desnacionalización” o “deslocalización” del régimen normativo regulador del comercio internacional.

El sector del transporte marítimo de mercancías, inherentemente internacional y con alta incidencia en nuestra economía estatal requiere altas dosis de coherencia normativa y de seguridad jurídica para aportar a los operadores empresariales y jurídicos un marco regulador bien definido. Esta exigencia proyecta su operatividad tanto en el plano estrictamente mercantil como en la dimensión técnico-procesal.

32. El tenor de LNM desvirtúa de facto el alcance de los “usos” del comercio marítimo internacional, que aboga por una interpretación flexible en torno a la validez de las cláusulas de sumisión marítimas frente al criterio injustificadamente restrictivo fijado en la ley española de requerir la negociación individual de estas cláusulas, principalmente atendiendo a la dinámica de las operaciones marítimas, que se caracterizan habitualmente como ya hemos indicado por la falta de negociación de dichas cláusulas en la práctica, todo ello en un contexto contractual caracterizado por su dinamismo, crono-competencia y enorme flexibilidad comercial propio de este sector del Derecho del comercio internacional. La sentencia ahora dictada por el Tribunal de Justicia clarifica este proceso aplicativo de las normas y aporta cánones hermenéuticos muy relevantes.

La importante cuestión de la apreciación de la concurrencia del auténtico y libre consentimiento de los cargadores en la asunción de las consecuencias procesales derivadas de las cláusulas de elección de foro predisuestas por los armadores en sus conocimientos de embarque ya fue objeto de reflexión y debate durante los sucesivos proyectos de ley de navegación marítima y la LNM lo zanjó de forma farragosa y no exenta de polémica, al exigir, so pena de nulidad, su negociación separada e individual.

Tras años de vigencia de la norma, la eficacia práctica de la misma dentro del contexto normativo internacional y europeo en el que opera queda delimitada por los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia, que aprecia la existencia de una clara discrepancia sobre la eficacia derogatoria de la

⁵¹ En cuanto a la internacionalidad objetiva o intrínseca del Derecho del transporte marítimo puede verse entre otros, S.M.CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milan, Tela Editoriale, 1988, pp. 55 y ss.

competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del artículo 468 LNM y el derivado del artículo 25 RBIbis. Ante un conflicto en materia de aplicación prioritaria de una u otra normativa (como el acontecido en el marco de los litigios de los que trae causa la decisión ahora dictada por el Tribunal de Justicia), sin duda alguna, el RBIbis prevalece cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumisión sea la de un Estado de la UE.

33. El mencionado artículo 25 del RBI bis regula además otras cuestiones no menos significativas. Entre ellas la designación como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia. O incluso se recoge expresamente en su apartado 5 la completa autonomía de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato sobre el resto de las cláusulas del contrato.

Frente a ello, la norma contenida en el artículo 468 de la LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal.

34. Cabe afirmar que una orientación como la plasmada en la LNM, contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción, perjudica una solución equilibrada entre, por un lado, los objetivos que demandan proteger a las partes contractuales frente a cláusulas subrepticamente introducidas y por otro el objetivo de tratar de evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional.

En definitiva, una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) no debe de ningún modo condicionar o limitar la adecuación y validez plena de un acuerdo atributivo de jurisdicción que se adapte a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su particular sector comercial internacional.

Por ello, la visión que proyecta el artículo 468 implica una restricción de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sustenta en términos jurídicos y evidencia asimismo una desconfianza hacia la autonomía de las partes que transgrede la consagrada práctica o costumbre y usos del sector, concretado en la necesaria delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en una relación de transporte marítimo internacional a la hora de determinar el tribunal estatal competente, tal y como establece la sentencia del Tribunal de Justicia ahora analizada⁵².

35. La permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia, exige una respetuosa consideración de las normas europeas e internacionales aplicables que condicionan indisponiblemente la orientación que deben advertir las normas internas del sector. La más que discutible orientación del artículo 468 LNM, en su afán de otorgar un proteccionismo si no obsoleto, si al menos superado en la práctica de este sector a nivel internacional, no ha dejado de plantear distorsiones en su proyección práctica, y en particular, cuando la cláusula de jurisdicción remita a un país fuera de la Unión Europea, algo ahora zanjado y resuelto con acierto por el Tribunal de Justicia.

En realidad, bajo la cobertura argumental de una orientación genéricamente tuitiva o protectora de intereses de terceros, el artículo 468 de la LNM española exige la concurrencia de dos premisas o requisitos para validar una cláusula de sometimiento a tribunales extranjeros y queda muy alejada de las coherentes y respetuosas soluciones contenidas en materia de jurisdicción y arbitraje por el Convenio de Hamburgo de 1978 (artículos 21 y 22 respectivamente) y el Convenio UNCITRAL de 2008 (artículos 66 a 77), que permiten garantizar mediante el juego de la autonomía de la voluntad de las partes la aplicación de los usos y costumbres comerciales del sector.

⁵² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *AEDIPR*, t. VIII, *Iprolex*, 2008, pp. 558-559.

Tales premisas, claramente alejadas de la citada práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. La LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex artículo 9.3 CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del favor *negotii*.

Tras el Brexit, y con el apunte antes realizado respecto a la definitiva salida del Reino de la Unión Europea y finalizado ya el período transitorio, una cláusula de sometimiento a favor de los tribunales ingleses, relativamente habitual o frecuente en números contratos de transporte marítimo de mercancías, quedará fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012.

La pregunta obligada es si tiene sentido, si resulta razonable o coherente que nuestros tribunales tengan que aplicar dos sistemas de valoración del alcance de la autonomía de la voluntad de las partes tan opuestos como son los contemplados en el Reglamento 1215/2012, por un lado (y en la misma línea se expresan números textos convencionales internacionales), y por otro el tenor de la LNM. Por todo ello, y más aún tras la decisión judicial del TJUE ahora analizada, cabría proponer una reforma legislativa en la redacción vigente de los preceptos antes analizados y aportar así mayores pautas de seguridad jurídica y de previsibilidad a los operadores intervinientes en este sector.

Extensão de competência através de “pacto tácito de jurisdição”. Breves reflexões sobre o art. 26.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 (Bruxelas I Bis)*

Prorogation of jurisdiction by “tacit agreement on jurisdiction” (prorogation by submission). Short reflections on article 2 of Regulation (EU) no. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 december 2012 (*recast*)

NUNO ANDRADE PISSARRA
*Professor da Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa*

Recibido: 30.12.2024 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9323

Resumo: o Tribunal de Justiça e a maioria da doutrina sustentam que a “extensão de competência” nos termos do art. 26.º do Regulamento Bruxelas I *bis* assenta na tácita celebração de um pacto de jurisdição entre o demandante e o demandado. No presente estudo, questionamos o acerto deste entendimento, concluindo que o art. 26.º prevê, enquanto regra de competência, um critério atributivo de competência autónomo e assente nas conexões e nos pressupostos que enuncia.

Palavras-chave: Regulamento Bruxelas I *bis*; extensão de competência; pacto de jurisdição; pacto tácito de jurisdição; art. 26.º.

Abstract: the European Court of Justice and the majority of the legal doctrine maintain that “prorogation of jurisdiction” (prorogation by submission) under Article 26 of Brussels I Regulation (*recast*) is based on the tacit conclusion of a jurisdiction agreement between the claimant and the defendant. In the present essay, the accuracy of this understanding is challenged. Article 26 of the Regulation provides for an autonomous ground of jurisdiction based on the connecting factors and requirements it sets out in paragraph 1.

Keywords: Brussels I Regulation (*recast*); prorogation of jurisdiction; jurisdiction agreement; prorogation by submission; Article 26.

Sumario: I. Aspectos gerais. II. “Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento [...]” - subsidiariedade e complementaridade. 1. Subsidiariedade. 2. Complementaridade. 3. Alcance da subsidiariedade. III. “[...] [É] competente o tribunal de um Estado-Membro [...]” - o efeito atributivo de competência. 1. Espécie de competência atribuída e a questão do âmbito de aplicação espacial do art. 26.º. 2. Efeito negativo da atribuição de

*O presente artigo será publicado, noutra formatação, em Portugal, num volume da *Revista de Direito e de Estudos Sociais* dedicado a homenagear a memória do Professor Doutor Pedro Romano Martinez.

competência e a questão do âmbito de aplicação subjetivo do art. 26.º. 3. Efeito atributivo positivo. 4. Efeito atributivo individual e concreto. A) Efeito individual. B) Efeito concreto. IV. “[...] [N]o qual o requerido compareça”. 1. Enquadramento. 2. Comparência no processo em que é pretendida a aplicação do art. 26.º. 3. Conhecimento da ação e intervenção por terceiro. 4. Intervenção efetiva no processo. 5. Momento da comparência. 6. Conceito de comparência. V. “Esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objetivo arguir a incompetência [...]”. 1. Regra e exceção. 2. Espécie de incompetência arguida. 3. Regime de arguição e controlo da competência. 4. Cumulação de defesas. 5. Forma de arguição. 6. Levantamento da arguição. VI. “[...] [O]u se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 24.º”. 1. A exclusão do art. 24.º. 2. A não exclusão do art. 25.º. VII. “Pacto tácito de jurisdição” ou critério de competência autónomo baseado nos contactos e pressupostos enunciados no art. 26.º? 1. “Pacto tácito de jurisdição”? 2. Critério de competência autónomo assente nos contactos e pressupostos enunciados no próprio art. 26.º.

I. Aspetos gerais

1. Lê-se no art. 26.º do Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*)¹:

“1. Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal de um Estado-Membro no qual o requerido compareça. Esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objetivo arguir a incompetência ou se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 24.º.

2. Nas matérias abrangidas pelas secções 3, 4 e 5, caso o requerido seja o tomador do seguro, o segurado, o beneficiário do contrato de seguro, o lesado, um consumidor ou um trabalhador, o tribunal, antes de se declarar competente ao abrigo do n.º 1, deve assegurar que o requerido seja informado do seu direito de contestar a competência do tribunal e das consequências de comparecer ou não em juízo.”

2. Suponha-se este caso (*Caso I*):

B, espanhol com domicílio na Espanha, compromete-se a prestar, junto de autoridades tributárias espanholas, certos serviços a *A*, comerciante português com domicílio em Portugal; diante de falhas no cumprimento contratual por parte de *B*, *A* instaura ação judicial contra ele em tribunais portugueses.

À luz do art. 4.º/1, seriam competentes os tribunais espanhóis, enquanto tribunais do Estado-Membro do domicílio do réu². Todavia, o art. 26.º/1 abre a possibilidade de o tribunal português se considerar internacionalmente competente, bastando, para isso, que *B* compareça no processo e não argua eficazmente a incompetência.

Eis – numa primeira aproximação – a doutrina do preceito objeto deste breve estudo: um tribunal internacionalmente incompetente para uma ação adquire competência se o réu, comparecendo em juízo, não arguir a incompetência.

¹ Os artigos doravante citados sem indicação da fonte pertencem a este Regulamento europeu.

² O art. 7.º/1/b) não tinha aplicação, uma vez que os serviços eram prestados no Estado do domicílio do réu.

3. Diz-se que, nas hipóteses disciplinadas pelo art. 26.º, se forma entre as partes um *pacto tácito de jurisdição*³: ao passo que o art. 25.º regularia *principalmente* os pactos *expressos* de jurisdição⁴, ao art. 26.º competiria disciplinar os pactos *tácitos*, formados no processo.

³ Vide, entre muitos outros (e também citando outros): I. QUEIROLO / R. HAUSMANN, Art. 24, em T. SIMONS / R. HAUSMANN, *Brüssel I-Verordnung. Kommentar zu VO (EG) 44/2001 und zum Übereinkommen von Lugano*, Munique, IPR Verlag, 2012, pp. 581 ss., pp. 582 e 583 (referindo-se a uma *convenção de jurisdição tácita superveniente, nachträgliche stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung*); H. GAUDEMET-TALLON / M.E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 6.ª ed., Paris, LGDJ, 2018, p. 235 (*contrat/accord tacite entre les deux parties*); H. NAGEL / P. GOTTLWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2020, p. 191 (o art. 26.º trata a comparência sem arguição como *convenção de jurisdição tácita superveniente, stillschweigende nachträgliche Gerichtsstandsvereinbarung*, se bem que não pressuponha uma vontade negocial do réu); B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Berlim, De Gruyter, 2021, p. 412 (aludindo à formação de uma *konkludente Gerichtsstandsvereinbarung*); P. MANKOWSKI, Art. 25, em T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Kommentar*, vol. I, *Brüssel Ia-VO*, 5.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2021, pp. 666 ss., p. 679; A. STAUDINGER, Art. 26, em T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Kommentar*, vol. I, *Brüssel Ia-VO*, 5.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2021, pp. 810 ss., pp. 811-812 e nota 8 e pp. 812-813 (*stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung, convenção de jurisdição tácita*; a comparência sem objeção do art. 26.º representaria uma *subcategoria* de pactos tácitos de jurisdição, um *Unterfall der stillschweigenden Gerichtsstandsvereinbarung*); CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 2, n.º 4, 2004, pp. 49 ss., pp. 50-51, 52, 53, 54-55 e 64-65, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional y derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, em CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2.ª ed., Valência, tirant lo blanch, 2022, pp. 2523 ss., pp. 2625 e 2671, e Art. 26, em U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Colónia, Otto Schmidt, 2023, pp. 666 ss., pp. 667, 669, 670 e 673; M. WELLER, Art. 26, em B. WIECZOREK / R. A. SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Großkommentar*, 5.ª ed., vol. XIV, *Brüssel Ia-VO*, Berlim, De Gruyter, 2022, pp. 469 ss., pp. 469-470, 471 e 474; REINHARD GAIER, Art. 26, em V. VORWERK / C. WOLF, *BeckOK ZPO*, 54.ª ed., Munique, C.H.Beck, 2024, anotação 1.1. (ao considerar *convincente* — *überzeugend* — a conceção do pacto tácito de jurisdição adotada pelo Tribunal de Justiça) e *passim* (refere-se sistematicamente a *stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung*, convenção de jurisdição tácita); A. STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, *Vorbemerkung Arts. 25 e 26*, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 21.ª ed., Munique, Verlag Franz Vahlen, 2024, anotação 1; e ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 26, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 21.ª ed., Munique, Verlag Franz Vahlen, 2024, anotação 1 (a comparência deve ser tomada como uma *prorrogation tácita*, uma *stillschweigende Prorogation*, e exige do réu um *comportamento com valor declarativo*, um *Verhalten mit Erklärungswert*).

Na doutrina portuguesa, vide: S. HENRIQUES, *Os pactos de jurisdição no Regulamento (CE) n.º 44/2001*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 92 ss.; CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, *Scientia Iuridica*, t. LXIV, n.º 339, 2015, pp. 417 ss., p. 444; A. DE SOUSA GONÇALVES, “Prorogation of Jurisdiction in Brussels I bis Regulation”, em JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Selected Essays on International Business Law*, School of Law - University of Minho, Research Centre for Justice and Governance, 2018, pp. 267 ss., pp. 279 e 280; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, t. I, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 239 ss., e “Prorogation by submission under art. 26 of Brussels Ibis Regulation and the protection of weaker parties”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 2, 2024, pp. 478 ss., pp. 478, 479 e 481 (embora colocando entre os fundamentos do art. 26.º, ao lado da liberdade de escolha do tribunal, o princípio da economia); CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 2022, pp. 220 ss.; e I. ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional*, Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 102 e 103 (mas frisando que o preceito se explica mais por razões de eficácia processual do que de autonomia das partes).

Também nós temos adotado, no ensino ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a perspetiva do pacto tácito de jurisdição - orientação esta que doravante abandonamos por mor das conclusões alcançadas em resultado do presente estudo.

Entre os arestos dos tribunais superiores portugueses que (mesmo em *obiter*) se mostraram favoráveis à ideia do acordo tácito de jurisdição fundado na autonomia da vontade, vide os seguintes: STJ (Supremo Tribunal de Justiça) 10/5/2007, proc. n.º 07B072, STJ 14/10/2014, proc. n.º 147/13.3TVPRT-A.C1.S1, STJ 14/12/2017, proc. n.º 143378/15.0YIPRT.G1.S1, e STJ 12/1/2023, proc. n.º 314/21.6T8BRG.G1.S1; TRC (Tribunal da Relação de Coimbra) 12/6/2007, proc. n.º 5888/05.6TBAVR-A.C1, TRC 27/11/2007, proc. n.º 9/07.3TBOFR.C1, TRC 28/9/2010, proc. n.º 512/09.0TBTND.C1, e TRC 7/2/2017, proc. n.º 549/16.3T8LRA.C1; TRE (Tribunal da Relação de Évora) 4/5/2006, proc. n.º 66/06-3; TRG (Tribunal da Relação de Guimarães) 21/2/2008, proc. n.º 2725/07-1, TRG 11/10/2011, proc. n.º 42/11.0TCGMR-A.G1, TRG 24/1/2012, proc. n.º 400231/09.2YIPRT.G1, TRG 9/6/2016, proc. n.º 3077/15.0T8BRG.G1, TRG 20/3/2018, proc. n.º 2542/17.0T8GMR.G1, TRG 21/6/2018, proc. n.º 733/18.5T8GMR.G1, TRG 21/11/2019, proc. n.º 19210/18.8T8PRT.G1, e TRG 2/2/2022, proc. n.º 314/21.6T8BRG.G1; TRL (Tribunal da Relação de Lisboa) 14/10/2010, proc. n.º 653/09.4TBCLD.L1-1, TRL 11/12/2019, proc. n.º 189/17.0T8CSC.L1-7; e TRP (Tribunal da Relação do Porto) 21/3/2013, proc. n.º 89/08.4TTGMR.P1, TRP 10/3/2014, proc. n.º 171/13.6TVPRT.P1, TRP 23/2/2017, proc. n.º 159312/15.4YIPRT.P1, TRP 12/7/2021, proc. n.º 4138/20.0T8PRT.P1, TRP 8/6/2022, proc. n.º 14404/21.1T8PRT.P1, e TRP 10/10/2024, proc. n.º 1371/23.6T8AGD.P1.

⁴ Com efeito, o art. 25.º/1 também consente, nas als. b) e c), a celebração tácita de pactos jurisdição, embora se aplique, em primeira linha, a pactos expressos (vide, entre muitos outros, HEINRICH DÖRNER, Art. 25, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung*

O *pacto* (o *acordo*, a *convenção*) resultaria do encontro de vontades dos litigantes a respeito da competência do tribunal em que a ação foi instaurada: se o autor recorre a um tribunal incompetente e o réu a tal se não opõe, então ambos *aceitam reciprocamente* a jurisdição.

Esta maneira de ver as coisas é adotada pela *generalidade* da doutrina⁵ e encontramos-la, de maneira particularmente clara, na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

4. Atente-se nos §§ 13 a 15 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 7/3/1985, *Hannelore Spitzley contra Sommer Exploitation SA*.⁶:

“13 Those two provisions form Section 6 — headed ‘Prorogation of jurisdiction’ — of Title II of the Convention [Convenção de Bruxelas de 1968]. Whereas Article 17 [correspondente ao atual art. 25.º do Regulamento] is concerned with prorogation of jurisdiction by agreement, Article 18 [correspondente ao art. 26.º/1 do Regulamento] deals with implied prorogation resulting from a defendant’s entering an appearance without contesting the jurisdiction of the court seised of the proceedings.

14 The inclusion of those two provisions indicates that the Convention allows the parties, so far as is possible and subject to the limits laid down in the second paragraph of Article 17 and in the second sentence of Article 18, *to choose the court* to which they intend to submit the settlement of their disputes.

15 Article 18 in particular is based on the idea that, by entering an appearance before the court seised of the proceedings by the plaintiff, without contesting that court’s jurisdiction, the defendant is *by implication* signifying *his consent to the hearing* of the case by a court other than that designated by the other provisions of the Convention.”⁷

Não menos explícitos são os §§ 21 e 22 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 20/5/2010, *Ceská podnikatelská pojišť’ovna as, Vienna Insurance Group contra Michal Bilas*⁸:

(*Nomos Handkommentar*), 10.ª ed., Nomos, 2023, anotação 10). Tendo presente esta reserva, de ora em diante referir-nos-emos, para tornar mais cómoda a exposição, aos pactos regulados pelo art. 25.º como pactos expressos.

⁵ Embora claramente maioritária, ela não é unânime. Em sentido contrário pronunciaram-se, designadamente, os seguintes autores (que referem, por seu turno, outros): REINHOLD GEIMER (com a colaboração de E. GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2020, pp. 504-505, que considera insustentável (*nicht haltbar*) a tese do pacto tácito de jurisdição; a atribuição de competência a luz do art. 26.º assentaria *num ato unilateral* do réu (*auf einer einseitigen Handlung des Beklagten*) e apenas a *declaração do réu seria capaz de a gerar* (“[n]ur die Erklärung des Beklagten erzeugt die [...] internationale Zuständigkeit”), sendo indiferente a aceitação expressa ou tácita do demandante; HARTMUT LINKE / WOLFGANG HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2021, p. 152, que, censurando as teses do pacto tácito de jurisdição e de REINHOLD GEIMER, advoga não ser a vontade do réu que importa, mas tão-somente a sua *conduta processual* (*prozessuales Verhalten*) consistente na comparência sem oposição à competência; P. GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol. 3, 6.ª ed., 2022, C.H.Beck, anotação 1, segundo o qual se trata, dogmaticamente, de mera *prozessuale Präklusion*; a atribuição de competência por comparência não depende da vontade das partes, nem contém acordo implícito algum, antes se baseia na *comparência jurídico-processualmente eficaz* (*verfahrensrechtlich wirksame Einlassung*) do réu e no *princípio da preclusão* (*Präklusionsprinzip*); e CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 12, 23.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2022, anotações 2 a 4, o qual, embora reconhecendo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça vai no sentido do acordo tácito e que os arts. 25.º e 26.º partilham da mesma *raiz normativa* (a autonomia privada), considera ser tal interpretação incompleta (*nicht vollständig*), por virtude de o art. 26.º não pressupor o pleno acordo de vontades que o art. 25.º exige, razão por que, na sua opinião, ela não pode ser entendida em sentido técnico (“eine Gerichtsstandsvereinbarung, die den anspruchsvollen Maßstäben des Art. 25 genügt, muss bei Art. 26 nicht vorliegen”; “um pacto de jurisdição satisfazendo os exigentes critérios do art. 25.º não tem de existir no art. 26.º”); para o autor, a antecipada declaração da competência prevista no art. 26.º só pode ser compreendida através da ideia de preclusão processual e do seu princípio subjacente, a economia processual; o art. 26.º basear-se-ia em dois princípios, o da submissão à jurisdição do foro externamente declarada pela comparência e o da necessidade de organizar prudentemente o processo no interesse da economia processual.

Na jurisprudência portuguesa, *vide*, afastando-se da tese do pacto tácito de jurisdição, o Acórdão do STJ de 12/11/2020 (NUNO PINTO OLIVEIRA), proc. n.º 740/17.5T8LMG.C1.S1: “[o] Recorrente alega que não houve nenhum acordo, expresso ou tácito”; “[o] argumento é, porém, improcedente — o art. 24.º da Convenção de Lugano “atribui competência pelo simples facto de o requerido comparecer em tribunal sem arguir a [in]competência do tribunal perante o qual foi proposta a acção...”, deixando assim de haver a necessidade de verificar se existia qualquer pacto entre as parte”

⁶ Proc. n.º 48/84.

⁷ Itálicos nossos.

⁸ Proc. n.º C-111/09.

“21. A este respeito, cabe observar que o artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001 [correspondente ao atual art. 26.º/1, 1.ª parte, do Regulamento] estabelece uma regra de competência baseada na comparência do demandado no processo, aplicável a todos os litígios em que a competência do tribunal onde foi intentada a acção não decorra de outras disposições deste regulamento. Esta disposição é aplicável também nos casos em que a acção foi intentada em violação das disposições do referido regulamento e implica que a comparência do demandado no processo possa ser considerada uma *aceitação tácita da competência do tribunal* onde foi intentada a acção e, portanto, uma extensão da sua competência.

22. O artigo 24.º, segundo período, do Regulamento n.º 44/2001 prevê *excepções* a essa regra geral. Estabelece que não há uma extensão tácita da competência do tribunal onde foi intentada a acção se o demandado deduzir uma excepção de incompetência, expressando assim *a sua vontade de não aceitar a competência desse órgão jurisdicional*, ou se o litígio em causa for um dos litígios relativamente aos quais o artigo 22.º do referido regulamento estabelece regras de competência exclusiva.”⁹

O essencial destes dizeres, ou duma parte deles, transitaram para jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça: *vide* §§ 34 e 35 do Acórdão de 27/2/2014, *Cartier parfums — lunettes SAS, Axa Corporate Solutions assurances SA contra Ziegler France SA e o.*¹⁰; § 53 do Acórdão de 11/9/2014, *A contra B e o.*¹¹; §§ 21 e 22 do Acórdão de 17/3/2016, *Taser International Inc. contra SC Gate 4 Business SRL e o.*¹²; §§ 31, 32 e 35 do Acórdão de 13/7/2017, *Bayerische Motoren Werke AG contra Acacia Srl*¹³; § 38 do Acórdão de 11/4/2019, *ZX contra Ryanair DAC*¹⁴; e § 21 do Despacho de 11/4/2019, *OD contra Ryanair DAC*¹⁵.

No § 54 do Acórdão de *A contra B* e no § 24 do Acórdão *Taser* acrescenta-se ainda que:

“[...] a extensão tácita da competência nos termos do artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001 [correspondente ao atual art. 26.º/1, 1.ª parte, do Regulamento] baseia-se numa *escolha deliberada das partes no litígio relativa a essa competência*, o que pressupõe que [o] requerido tem conhecimento do processo iniciado contra si. Pelo contrário, não se pode considerar que um requerido ausente a quem não foi notificada a petição inicial e que ignora o processo iniciado contra si *aceita tacitamente a competência* do juiz chamado a pronunciar-se.”¹⁶

5. A qualificação *pacto tácito de jurisdição* acarreta corolários de peso, entre os quais ocupa lugar cimeiro o de tornar muito fácil, ou natural, estender ao art. 26.º alguns dos requisitos de aplicação ou aspetos de regime previstos para os pactos expressos de jurisdição. Por exemplo: tal como o art. 25.º, também o 26.º seria aplicável independentemente do domicílio das partes — e, portanto, mesmo que ambas tivessem domicílio num Estado terceiro¹⁷; tal como o pacto do art. 25.º, também o do art. 26.º se presumiria atributivo de competência exclusiva; o “pacto” do art. 26.º, sendo formado *no* processo, estaria em perfeita harmonia com a necessidade, estabelecida nos arts. 15.º/1, 19.º/1 e 23.º/1, de os pactos de jurisdição serem posteriores ao surgimento do litígio¹⁸.

⁹ Itálicos nossos.

¹⁰ Proc. n.º C-1/13.

¹¹ Proc. n.º C-112/13.

¹² Proc. n.º C-175/15.

¹³ Proc. n.º C-433/16.

¹⁴ Proc. n.º C-464/18.

¹⁵ Proc. n.º C-646/18.

¹⁶ Itálicos aditados. Tem igualmente interesse o § 10 do Acórdão de 24/6/1981, *Elefanten Schuh GmbH contra Pierre Jacqmain*, proc. n.º 150/80 — “[I]e cas visé par l’article 17 [equivalente ao atual art. 25.º do Regulamento] ne figure donc pas parmi les exceptions que l’article 18 [equivalente ao atual art. 26.º do Regulamento] admet à la règle qu’il établit. D’ailleurs, il n’y a pas de motif tenant à l’économie générale ou aux objectifs de la convention pour considérer que des parties à une clause attributive de compétence au sens de l’article 17 seraient empêchées de soumettre *volontairement* leur litige à une autre juridiction que celle prévue par ladite clause” (itálico nosso) —, retomado no § 25 do Acórdão *Spitzley*.

¹⁷ *Vide*, a título meramente exemplificati o, REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 6, e ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 26, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung...*, anotação 1.

¹⁸ *Vide* HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON / MARIE-ÉLODIE ANCEL, *Compétence et exécution...*, p. 239, BURKHARD HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, p. 412, ou LIMA PINHEIRO, “Prorogation by submission...”, p. 480.

Este ponto nem sempre é salientado pelos escritores, mas a verdade é que o apelo para o art. 25.º a fim de *interpretar* o art. 26.º *dá por adquirido* que este último prevê e regula uma modalidade de pactos de jurisdição.¹⁹

Não queremos avançar sem deixar, já neste momento introdutório, nota para estoutro possível corolário, porventura mais impactante, da qualificação *pacto tácito de jurisdição*. Voltando ao caso acima exposto, suponha-se que, depois de *B* comparecer no tribunal português sem arguir a incompetência e de o juiz se declarar internacionalmente competente, o mesmo *B* vem a ser absolvido da instância numa fase ulterior do processo, por verificação de outra exceção dilatória. Se *A* quiser demandar novamente *B*, parece que *pode* fazê-lo nos tribunais portugueses, ao abrigo do *pacto de jurisdição* celebrado no processo anterior...

6. No presente escrito, vamos estudar brevemente o n.º 1 do art. 26.º do Regulamento.

Concluído esse estudo, estaremos em condições de apurar se a figura nele prevista e regulada terá realmente a natureza de pacto tácito de jurisdição.

II. “Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento [...]” - subsidiariedade e complementaridade

1. Subsidiariedade

7. O art. 26.º só é suscetível de aplicação *quando o tribunal demandado não seja competente* à luz de outros critérios de competência estabelecidos no Regulamento. Dito de outro modo: a comparência do réu só tem efeito atributivo de competência quando o tribunal seja incompetente; se o tribunal for a instância competente por força de outras regras do Regulamento, é em função delas, e não do art. 26.º, que essa competência fica estabelecida — daí fala -se em *subsidiariedade* do art. 26.º.

Imagine-se este caso (*Caso 2*):

C, português domiciliado na Espanha, é agredido por *D*, francês domiciliado na França, enquanto ambos se encontravam de férias em Faro (Portugal); *C* demanda *D* no tribunal da comarca desta cidade, ao abrigo do disposto no art. 7.º/2 do Regulamento.

Se *D* contestar a ação sem arguir a incompetência do tribunal de Faro, este não adquire competência por força do art. 26.º do Regulamento: esta advém-lhe do fator de competência previsto no art. 7.º/2. O critério de competência baseado na comparência do réu é *subsidiário*.

8. Em teoria, podia não ser assim: podia ter-se estabelecido que a comparência em juízo desacompanhada de impugnação a respeito da competência por parte do réu tinha o efeito de consolidar ou transfigurar a competência do tribunal demandado. Mas o legislador europeu não seguiu esta via — e ainda bem, porque só serviria para complicar a aferição da competência, fazendo-a depender, escusadamente, de um juízo sobre a conduta processual e a defesa do réu.

9. A falta de competência do tribunal chamado a pronunciar-se pode advir: de ele mesmo a não ter quando individualmente considerado, apesar de em conjunto a possuírem os tribunais do Estado-Membro a que pertence; de nem ele, nem os tribunais do Estado-Membro em que se situa, a terem; de nenhum tribunal dos Estados-Membros ser competente²⁰.

¹⁹ Isto não significa que não possam ser extraídos do art. 25.º argumentos para efeitos de aproximar dos pactos de jurisdição a figura prevista no art. 26.º: não é descabido, por exemplo, chamar a atenção para a inserção sistemática do art. 26.º logo a seguir à norma que, no Regulamento, recebeu a incumbência de regular os pactos expressos de jurisdição. Mas uma coisa é utilizar o art. 25.º para decifrar a natureza da figura jurídica consignada no art. 26.º, outra é recorrer a ele para colmatar aspetos de regime deste último *presumindo* que ambos tratam da mesma realidade.

²⁰ Quanto a esta última hipótese, *vide* Acórdão *Taser*, §§ 19 a 25.

2. Complementaridade

10. Além de tornar subsidiária a aplicação do art. 26.º, a ressalva contida no segmento de texto sob comentário tem estoutro significado da máxima importância: deixa *intocados* os demais critérios de competência previstos no Regulamento. Se a competência se fixa *para além dos casos em que resulta de outras disposições do Regulamento*, então estas hão de ficar imperturbáveis, sempre que relevem²¹

Quer dizer: ao efeito *atributivo* de jurisdição ao tribunal demandado não pode estar associado um efeito *privativo* da jurisdição (eventualmente) reconhecida pelas demais regras de competência do Regulamento. No *Caso I*, o facto de os tribunais portugueses adquirirem competência não acarretava que, em abstrato, a perdessem os tribunais espanhóis, enquanto tribunais do Estado do domicílio do réu. Se, depois de estabelecida a competência internacional do tribunal português ao abrigo do art. 26.º, *B* fosse absolvido da instância, nada obstava a que *A* optasse por intentar a nova ação nos tribunais espanhóis, de harmonia com o art. 4.º/1.

O art. 26.º atribui jurisdição ao tribunal que a não tem, *mas nunca pode privar da jurisdição o tribunal que a tem* segundo as regras do Regulamento. É uma *regra de extensão* — e não de *fixação por redução* — da competência²².

11. Este ponto distancia o art. 26.º dos pactos de jurisdição previstos no art. 25.º, na medida em que estes *se consideram*, salvo acordo em contrário, atributivos de jurisdição *exclusiva* e, correspondentemente, privativos ou derogatórios da competência de outros tribunais²³. Se, no *Caso I*, *A* e *B* tivessem expressamente acordado na competência dos tribunais portugueses, esse pacto tinha-se como administrador de competência exclusiva (art. 25.º/1), pelo que a ação deixaria de poder ser instaurada nos tribunais do domicílio do réu.²⁴

²¹ Isto é válido mesmo nas hipóteses em que o art. 26.º intervenha em detrimento de um pacto de jurisdição exclusivo celebrado à luz do art. 25.º (*vide infra* n.ºs 71 ss.): o tribunal expressamente designado mantém a competência que lhe fora conferida, mas perde-se a exclusividade (*vide infra* nota n.º 89).

²² Esta mesmíssima conclusão encontra-se em arestos dos tribunais nacionais.

No *sumário* (não no texto) do Acórdão do TRC de 28/9/2010, proc. n.º 512/09.0TBTND.C1, relatado por ISAÍAS PÁDUA, fez-se constar que o critério do art. 24.º do Regulamento Bruxelas I “concorre com os outros critérios de competência legal previstos no Regulamento, e aos quais o autor continua a poder recorrer indistintamente para escolher o foro competente para julgar a sua acção”.

No caso julgado pelo Acórdão do TRP de 1/10/2015, proc. n.º 588/13.6TVPRT.P1, relatado por A. RODRIGUES DE ALMEIDA, foi instaurada uma segunda ação no tribunal competente à luz de um pacto expresso de jurisdição, mas uma ação anterior tinha cursado entre as partes em tribunal que se julgara competente na sequência da comparência do réu. Decidiu então a Relação que o “art. 24.º do Regulamento n.º 44/2001 contém uma situação *de extensão da competência* e não de redução da competência, pelo que a instauração de uma acção num tribunal diferente do designado no pacto de jurisdição [expresso] não significa uma *renúncia tácita* ao pacto para novas acções”; “[p]or força do preenchimento da previsão do artigo 24.º a competência não se reduz ao tribunal onde o réu foi demandado e perante o qual compareceu sem arguir a respectiva incompetência, a competência alarga-se a esse tribunal que passa a ser também competente, tal qual o era e continuou a ser o tribunal designado pelo acordo das partes ou por disposição específica do Regulamento”.

Enfim, no Acórdão do TRL de 11/12/2019, proc. n.º 189/17.0T8CSC.L1-7, relatado por MICAELA SOUSA, lê-se: “[o] artigo 26.º, n.º 1, do Regulamento consagra uma situação de extensão de competência, em que a competência para o julgamento do litígio se alarga, passando a ser competente não só o tribunal inicialmente designado por disposição do Regulamento, como também aquele perante o qual o demandado compareça a oferecer a sua defesa, sem suscitar a incompetência dos tribunais desses Estado”.

²³ Sobre o significado e a superação desta presunção ilidível, *vide*, entre muitos outros: P. MANKOWSKI, Art. 25, em T. RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 776 ss.; PETER GOTTFELD, Art. 25, em W. KRÜGER / T. RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol. 3, 6.ª ed., Munique, C.H.Beck, 2022, anotação 81; e ULRICH MAGNUS, Art. 25, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Colónia, Otto Schmidt, 2023, pp. 580 ss., pp. 652 ss.

O art. 17.º da Convenção de Bruxelas de 1968 não previa, pelo menos literalmente, a possibilidade de, por acordo, as partes arredarem o carácter exclusivo da competência do tribunal designado. *Vide* TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994, p. 125. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, *vide* Acórdão de 17/1/1980, *Siegfried Zelger contra Sebastiano Salintri*, proc. n.º 56/79. A referida possibilidade é, no entanto, admitida por doutrina e jurisprudência dos Estados-Membros: assim, *v.g.*, U. MAGNUS, Art. 25, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, p. 652.

²⁴ De facto, a atribuição de competência *exclusiva* aos tribunais de um Estado-Membro — efeito prorrogatório do pacto — traz implicada a privação da competência dos tribunais dos demais Estados — efeito derogatório do pacto. Na hierarquia

Em rigor, o art. 26.º *não afasta* as demais regras de competência previstas no Regulamento: *complementa-as*, instituindo um critério de competência delas concorrente²⁵.

Além da subsidiariedade, o art. 26.º está, por conseguinte, marcado pela *complementaridade*. A redação do trecho inicial do art. 26.º noutras línguas confirma esta conclusão: “[a]part from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation”; “[o]utre les cas où sa compétence résulte d’autres dispositions du présent règlement”; “[o]ltre che nei casi in cui la sua competenza giurisdizionale risulta da altre disposizioni del presente regolamento”; “[c]on independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento”^{26, 27}

3. Alcance da subsidiariedade

12. A subsidiariedade inerente ao art. 26.º obriga a determinar as situações em que a competência *do tribunal concretamente demandado* advém de outras regras do Regulamento. Isto faz com que tenha de se levar em consideração se tais regras possuem ou não dupla funcionalidade.

Como é sabido, há muito que o Tribunal de Justiça esclareceu que algumas regras de conflitos de jurisdição do Regulamento são providas de dupla funcionalidade, isto é, concedem competência internacional e territorial ao tribunal visado. Assim sucede, por exemplo, com o art. 7.º²⁸: é competente internacional e territorialmente o tribunal do lugar do cumprimento da obrigação ou o do lugar do facto danoso. Este género de normas bole, portanto, com as regras de competência em razão da nacionalidade e do território de fonte interna.

Quanto maior for o raio de ação da norma de competência do Regulamento, *menor é a margem deixada para a intervenção subsidiária do art. 26.º*. Quanto menor for a aplicabilidade da norma de competência do Regulamento, *maior é o espaço de atuação do art. 26.º*. No *Caso 1*, o art. 26.º logra aplicação plena, uma vez que a competência internacional e territorial do tribunal português não resulta de nenhuma disposição do Regulamento. Inversamente, no *Caso 2*, o artigo é inaplicável, porquanto a competência do tribunal demandado em razão da nacionalidade e do território fl i do art. 7.º/2 do Regulamento²⁹.

13. Imagine-se, agora, esta situação (*Caso 3*):

F, cidadão espanhol com domicílio em Portugal, compromete-se a prestar, junto de autoridades e repartições tributárias espanholas, certos serviços a *E*, comerciante português com domicílio em Portugal;

dos critérios de competência previstos pelo Regulamento Bruxelas I bis, o do art. 25.º ocupa o terceiro lugar: sobre os pactos expressos de jurisdição prevalecem os critérios de competência exclusiva do art. 24.º e o critério do art. 26.º. Mas o art. 25.º autoriza que, mediante pacto de jurisdição exclusiva, *sejam postos de parte* os critérios de competência previstos nos arts. 4.º e 7.º ss. *Vide*, entre outros: P. MANKOWSKI, Art. 25, em T. RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 676 e 776; PETER GOTTWALD, Art. 25, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 82; ULRICH MAGNUS, Art. 25, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, p. 652; HEINRICH DÖRNER, Art. 25, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung...*, anotações 7 e 37; REINHARD GAIER, Art. 25, em VOLKERT VORWERK / C. WOLF, *BeckOK ZPO*, 54.ª ed., Munique, C.H.Beck, 2024, anotação 64; e REINHOLD GEIMER, Art. 25, em R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung Kommentar*, 35.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2024, anotação 1a.

Sobre os efeitos prorrogatório e derogatório dos pactos de jurisdição em geral e as várias combinações possíveis, *vide*, entre outros, REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, pp. 595 e 623.

²⁵ O concurso só é inadmissível em face das regras de competência internacional exclusiva do art. 24.º.

Considerando que o tribunal designado em pacto expresso de jurisdição se mantivera internacionalmente competente apesar de, em sua derrogação, ter corrido termos noutra tribunal, à luz do critério da comparência, uma outra demanda sobre o mesmo litígio, *vide* Acórdão do TRP de 1/10/2015 (citado *supra* nota 22): “[...] a instauração da anterior acção não representa nem uma renúncia tácita à competência do tribunal designado no pacto (quando muito uma renúncia expressa à faculdade de instaurar a acção no outro tribunal competente), nem o estabelecimento de um novo pacto entre as partes que atribua competência exclusiva ao novo tribunal para toda e qualquer acção posterior relacionada com o mesmo contrato”.

²⁶ Itálicos acrescentados.

²⁷ Voltamos a este tópico *infra*, no n.º 26.

²⁸ Sobre a questão, *vide*, por todos, CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, p. 183.

²⁹ *Vide* CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, pp. 2673 e 2674.

diante de falhas no cumprimento contratual por parte de *F*, *E* instaura ação judicial contra ele no tribunal da comarca de Lisboa.

Posto que os tribunais portugueses possuem competência internacional de acordo com o art. 4.º/1 (tribunais do domicílio de *F*), acaso *F* comparecesse no processo e não arguisse nenhuma incompetência, o tribunal *concretamente demandado* deveria firmar a sua competência ao abrigo do art. 26.º

Creemos que sim, uma vez que *nenhuma* disposição do Regulamento estabelece essa competência³⁰. Na medida em que não dispõe de dupla funcionalidade, o art. 4.º atribui jurisdição aos tribunais portugueses no seu conjunto, mas não ao tribunal da comarca de Lisboa.

Semelhantemente, o art. 26.º também lograria aplicação se, no litígio figurado no *Caso 2*, a ação fosse instaurada, *v.g.*, em Évora (*Caso 2 adaptado*). O art. 7.º/2 fundamentava a competência do tribunal de Faro, mas nenhuma norma do Regulamento a concedia ao tribunal de Évora. A competência deste tribunal estaria *para além* da que lhe reconheciam as normas do Regulamento.

14. Disto vem que o art. 26.º, quando encontre margem para ser aplicado, se nem sempre estabelece a competência internacional (*Caso 3*), é *sempre* critério de atribuição de competência territorial, seja porque nenhuma norma confere competência aos tribunais do Estado a que pertence o tribunal demandado no seu conjunto (*Caso 1*), seja porque nenhuma a outorga ao tribunal em que foi efetivamente instaurada a ação (*Caso 2 adaptado* e *Caso 3*).

Esta circunstância leva o art. 26.º para muito longe do art. 25.º, visto que os pactos expressos de jurisdição, pese embora possam administrar competência simultaneamente internacional e territorial a um tribunal — *vide* art. 25.º/1: se “as partes [...] tiverem convencionado que *um tribunal* [...]”³¹ —, outras vezes limitam-se a definir a jurisdição dos tribunais de um Estado-Membro considerados em bloco, não podendo nunca consistir em meros pactos de competência³².

Enquanto norma atributiva de competência territorial, o art. 26.º goza, deste prisma, de uma margem de atuação subsidiária mais significativa do que o art. 25.º

III. “[...] [É] competente o tribunal de um Estado-Membro [...]” - o efeito atributivo de competência

1. Espécie de competência atribuída e a questão do âmbito de aplicação espacial do art. 26.º

15. Reunidos os pressupostos de aplicação do art. 26.º, desencadeia-se a respetiva consequência jurídica, que é a atribuição de competência ao tribunal chamado a decidir o litígio.

Que espécie de competência é esta?

A resposta, depreende-se do até aqui exposto, é: depende.

Se o tribunal demandado pertencer a um Estado cujos tribunais são internacionalmente incompetentes (*Caso 1*), ou ao Estado a que igualmente pertence o tribunal que o Regulamento designa inter-

³⁰ Neste sentido, CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, pp. 2673 e 2674, e R. GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 17. Diferentemente, CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, p. 221.

³¹ *Vide*, entre muitos outros: LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, pp. 224-225 e 226; REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, pp. 596 e 622; HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, pp. 171 e 179; HARTMUT LINKE / WOLFGANG HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, pp. 142-143; ULRICH MAGNUS, Art. 25, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, pp. 601 e 662-663; CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, p. 2655; e HEINRICH DÖRNER, Art. 25, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung...*, anotação 15.

A locução *um tribunal* não deve, de resto, ser interpretada restritivamente: claro que as partes podem conferir competência a dois tribunais dentro do mesmo Estado, *v.g.*, aos tribunais do Porto e de Lisboa (*vide* PETER MANKOWSKI, Art. 25, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, p. 686).

³² Um “pacto de jurisdição” que *só* fixe a competência territorial do tribunal de um Estado-Membro não é um pacto de jurisdição — é um pacto de competência.

nacional e territorialmente competente (*Caso 2 adaptado*), então o art. 26.º é atributivo de competência internacional e territorial. Nesta hipótese, há dupla funcionalidade.

Se o tribunal chamado a decidir estiver situado num Estado cujos tribunais já são, em bloco, designados como internacionalmente competentes (*Caso 3*), o art. 26.º funda a sua competência territorial.

16. Mesmo quando o art. 26.º estabeleça somente a competência territorial, a sua aplicação, tal como a do Regulamento em geral — *vide* §§ 3 e 26, aludindo, respetivamente, a medidas “que tenham incidência transfronteiriça” e a “litigância transfronteiriça”³³ —, *pressupõe a existência de um elemento de estraneidade*, isto é, a *internacionalidade* da situação jurídica controvertida. O *Caso 3* é patentemente internacional.

A propósito do *campo de aplicação espacial do art. 25.º* (pactos expressos de jurisdição), o Tribunal de Justiça emitiu, recentemente, um aresto da máxima relevância: o Acórdão de 8/2/2024, *Inkreal s. r. o. contra Dúha reality s. r. o.*³⁴.

Um residente na Eslováquia emprestara dinheiro a uma sociedade comercial (*Dúha*) também estabelecida na Eslováquia; posteriormente, o mutuante veio ceder os seus créditos à *Inkreal*, com estabelecimento no mesmo Estado-Membro; no contrato de mútuo fizera-se constar cláusula segundo a qual os litígios contratuais seriam *resolvidos pelo órgão jurisdicional checo material e territorialmente competente*. Confrontada com o incumprimento pela *Dúha*, a *Inkreal*, invocando o pacto de jurisdição, intentou ação nos tribunais checos.

Eis a decisão do Tribunal de Justiça:

“O artigo 25.º, n.º 1, do Regulamento [...] deve ser interpretado no sentido de que: um pacto atributivo de jurisdição através do qual as partes num contrato estabelecidas num mesmo Estado-Membro acordam atribuir competência aos tribunais de outro Estado-Membro para dirimirem litígios resultantes deste contrato está abrangido por esta disposição, ainda que o referido contrato não comporte nenhuma outra conexão com esse outro Estado-Membro.”

Para o Tribunal de Justiça, *é preciso muito pouco* para que se cumpra a internacionalidade do litígio que sem dúvida o art. 25.º do Regulamento pressupõe: basta que, para decidir um litígio subjetiva e objetivamente interno (desde logo entre partes estabelecidas num mesmo Estado-Membro), seja designado um tribunal estrangeiro³⁵.

³³ Na jurisprudência, *vide*, entre outros, os seguintes Acórdãos do Tribunal de Justiça: 1/3/2005, *Andrew Owusu contra N. B. Jackson*, proc. n.º C-281/02, § 25 (“[é] verdade que a própria aplicação das regras de competência da Convenção de Bruxelas, como resulta do relatório sobre a referida convenção, apresentado por P. Jenard [...], exige a existência de um elemento de estraneidade”); 17/11/2011, *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*, proc. n.º C-327/10, § 29; 14/11/2013, *Armin Maletic, Marianne Maletic contra lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, proc. n.º C-478/12, § 26; 19/12/2013, *Corman-Collins SA contra La Maison du Whisky SA*, proc. n.º C-9/12, § 18; e 8/9/2022, *IRnova AB contra FLIR Systems AB*, proc. n.º C-399/2021, § 27.

Na doutrina, *vide*, a título ilustrativo: TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, p. 24; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, pp. 94 ss.; CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, pp. 2269 ss.; e CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, p. 182.

³⁴ Proc n.º C-566/22.

³⁵ Admitindo a aplicação do art. 25.º do Regulamento (ou seus predecessores ou normas equivalentes da Convenção de Lugano) nestes casos, *vide*, entre muitos outros (nem sempre com o mesmo enquadramento dogmático): P. JENARD, “Relatório sobre a Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial”, *JOCE*, n.º C 189, 28/7/1990, pp. 122 ss., p. 156; HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 172; PETER GOTTWALD, Art. 25, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 4; CHRISTOPH THOLE, Art. 25, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 12, 23.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2022, anotações 23 e 24; ULRICH MAGNUS, Art. 25, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, pp. 599-600 e 606; HEINRICH DÖRNER, Art. 25, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung...*, anotação 6; REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotações 15 a 17 (já citando o Acórdão *Inkreal*); ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 25, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 21.ª ed., Munique, Verlag Franz Vahlen, 2024, anotação 1; JENNIFER ANOMO, Art. 1, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, 54.ª ed., Munique, C.H.Beck, 2024, anotação 15. Em Portugal, *vide* RUI PEREIRA DIAS, “Pactos de jurisdição: autonomia privada e internacionalidade”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 55, 2016, pp. 47 ss., pp. 65 ss., e *Pactos de jurisdição societários*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 184 ss. (com outras indicações bibliográficas).

17. Não cabe, neste lugar, discutir o mérito desta jurisprudência e dos argumentos expendidos a seu favor³⁶. Interessa-nos apenas averiguar em que medida ela importa à interpretação do art. 26.º.

Ao que julgamos, essa importância é nenhuma. Para além de se nos afigurar incorreto dar como certo, sem sequer procurar demonstrá-lo, um paralelismo de ordem geral entre o art. 26.º e o art. 25.º, a verdade é que, neste particular aspeto da transnacionalidade, são patentes a autonomia e o distanciamento do art. 26.º em face do art. 25.º.

O cerne do problema no Acórdão *Inkreal* estava em ter sido escolhido um tribunal de um Estado-Membro com o qual o contrato não apresentava conexão alguma ou, talvez melhor, em que a única ligação do litígio com uma ordem jurídica estrangeira consistia, precisamente, na escolha do *forum*.

Esta problemática — saber se a escolha de tribunal estrangeiro é suficiente para *internacionalizar* uma situação doutra forma puramente interna — é clássica no Direito Internacional Privado³⁷.

Ora, semelhante discussão é insuscetível de transposição para o art. 26.º, porquanto, sendo este aplicável, a “escolha” — vamos chamá-la assim, por facilidade de exposição — recai invariavelmente sobre o tribunal do foro: de maneira que os fatores de estraneidade a ponderar no âmbito do art. 26.º hão de ser sempre de outra ordem que não o próprio ato de escolha. Isto torna tudo mais fácil.

Imagine-se que as partes do caso *Inkreal* não haviam celebrado pacto de jurisdição. Se a ação fosse instaurada num tribunal checo e o réu comparecesse sem objetar a competência, o litígio era indiscutivelmente plurilocalizado: diante de si, o tribunal demandado tinha partes domiciliadas no estrangeiro e um contrato celebrado e executado no estrangeiro.

18. O acabado de expor desvela mais um ponto em que a aproximação entre os pactos expressos de jurisdição e a figura prevista no art. 26.º carece de ser pensada.

2. Efeito negativo da atribuição de competência e a questão do âmbito de aplicação subjetivo do art. 26.º

19. O efeito atributivo de competência umas vezes anda ligado à *violação* das regras de competência do Regulamento, outras vezes não: *vide* § 21 do Acórdão *Ceská*, § 34 do Acórdão *Cartier parfums*, § 53 do Acórdão *A contra B*, § 21 do Acórdão *Taser* e § 31 do Acórdão *Bayerische Motoren Werke*.

No *Caso 1*, é patente a infração à regra de competência *internacional* do art. 4.º/1. E no *Caso 2*, se fosse acionado outro tribunal português que não o de Faro, desrespeitar-se-ia a regra de competência *internacional e territorial* do art. 7.º/2. Já no *Caso 3* a propositura da ação no tribunal de Lisboa respeita integralmente a distribuição de competência providenciada pelo art. 4.º/1.

É bom de ver, no entanto, que o art. 26.º interfere sempre com as disposições nacionais de distribuição da competência territorial.

Contra: PETER SCHLOSSER, “Relatório sobre a Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça”, *JOCE*, n.º C 189, 28/7/1990, pp. 189 ss., p. 231; FAUSTO POCAR, “Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial assinada em Lugano, em 30 de Outubro de 2007. Relatório explicativo”, *JOUE*, n.º C 319, 23/12/2009, pp. 1 ss., p. 27; P. MANKOWSKI, Art. 25, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 690-691; e MATTHIAS WELLER, Art. 25, em BERNHARD WIECZOREK / ROLF A. SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Großkommentar*, 5.ª ed., vol. XIV, *Brüssel Ia-VO*, Berlim, De Gruyter, 2022, pp. 431 ss., p. 439. Na doutrina portuguesa, *vide* TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, pp. 37 e 120, e SOFIA HENRIQUES, *Os pactos de jurisdição...*, p. 56.

Sobre o tema, veja-se ainda o estudo de PORFÍRIO MOREIRA, “A internacionalização de situações internas no direito internacional privado unificado da União Europeia. Tendências jurisprudenciais recentes”, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 5, n.º 1, 2018, pp. 302 ss.

³⁶ Nem interessa conjecturar se a jurisprudência do Tribunal de Justiça acaso teria sido a mesma se, em violação do pacto, a ação tivesse sido instaurada, não na República Checa, mas sim na Eslováquia.

³⁷ *Vide* a seu respeito, com referência a outros autores, TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, p. 120, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, pp. 222 ss., e CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, pp. 2631 e 2632.

20. E poderá o art. 26.º ser aplicado *na sequência da inobservância de regras de competência internacional de fonte interna*, isto é, a situações em que a determinação da competência internacional não é sequer obra do Regulamento?

O Tribunal de Justiça — pronunciando-se no contexto do art. 24.º do Regulamento 44/2001 — respondeu afirmativamente no Acórdão *Taser* (§§ 19 a 25).

Uma empresa com sede nos EUA demandou os réus no tribunal do Estado-Membro do seu domicílio, a Roménia; havia pacto de jurisdição expresso a favor de um tribunal situado nos EUA, mas os réus, comparecendo no tribunal de Bucareste, não suscitaram a incompetência internacional. Com os argumentos de que a atribuição de competência a favor de Estados terceiros não figurava entre as exceções taxativamente enunciadas à regra geral firmada na 1.ª parte do então art. 24.º e, bem assim, que “a extensão tácita da competência nos termos do artigo 24.º [...] se baseia numa escolha deliberada das partes no litígio relativa a essa competência”, o Tribunal de Justiça determinou que o tribunal romeno aceitasse a jurisdição à luz deste preceito.

Uma vez que a validade do pacto a favor do tribunal norte-americano só podia fundar-se no Direito processual civil romeno, visto o art. 23.º do Regulamento n.º 44/2001 — tal como o atual art. 25.º — só dispor sobre pactos beneficiando tribunais de Estados-Membros, a instauração da ação no tribunal de Bucareste representara uma violação de regras de competência internacional internas.

A verdade, porém, é que a letra do então art. 24.º e a do atual art. 26.º cobrem estas situações: afinal de contas, a competência do tribunal demandado *não derivava de quaisquer disposições do Regulamento*.

E o mesmo se diga quanto ao escopo dessas normas.

21. Não vemos obstáculo a que a jurisprudência *Taser* se estenda a outras situações, que diríamos análogas, à partida situadas fora do âmbito de aplicação *subjetivo* do Regulamento.

Imagine-se esta hipótese (*Caso 4*):

H, cidadão dos EUA com domicílio em Nova Iorque, vende a *G*, empresário português com domicílio em Lisboa, um conjunto de mercadorias que deveria entregar nesta cidade; diante do incumprimento contratual por parte de *H*, *G* instaura ação judicial contra ele no tribunal da comarca de Lisboa.

A generalidade das regras do Regulamento é inaplicável a réus com domicílio fora dos Estados-Membros (arts. 4.º/1, 6.º/1 e 7.º ss.). Como *H* tem domicílio nos EUA, em princípio (*vide* art. 6.º/1, *in fine*) a competência jurisdicional do tribunal português deveria ser apurada à luz das normas de competência internacional do Código de Processo Civil (CPC).

Todavia, e independentemente disso, se o réu comparecer no tribunal sem contestar a competência, ela há de fixar-se por graça do art. 26.º.

22. Cremos que, para firmar a extensão da jurisprudência *Taser* a estas hipóteses, é suficiente chamar à colação a linha de raciocínio que tem sido utilizada pelo Tribunal de Justiça em alguns arestos, baseada na letra, no sistema e na teleologia do art. 26.º e seus predecessores, bem como do próprio Regulamento: *vide*, além dos §§ 21 a 24 e 31 a 33 do Acórdão *Taser*, os §§ 9 e 10 do Acórdão *Elefanten Schuh*, 24 a 26 do Acórdão *Spitzley* e 21 a 25 do Acórdão *Ceská*.

Essa linha argumentativa é a seguinte:

- a) da letra do art. 26.º/1, 1.ª parte, decorre que adquire competência o tribunal que a não possua segundo as regras do Regulamento, sempre que o réu compareça em juízo;
- b) esta regra é de carácter geral;
- c) da 2.ª parte do mesmo preceito constam duas exceções;
- d) este segmento excepcional deve ser interpretado restritivamente;
- e) todas as hipóteses que não caibam nas exceções devem ser reconduzidas à regra geral;
- f) a Convenção de Bruxelas e os Regulamentos seus herdeiros visam unificar as regras de conflitos de jurisdição em matéria civil e comercial por meio de disposições que apresen-

tem um elevado grau de certeza jurídica e permitam prever facilmente o órgão jurisdicional competente.

São especialmente interessantes os §§ 21 a 25 do Acórdão *Ceská* e os §§ 32 e 33 do Acórdão *Taser*:

Do Acórdão *Ceská*:

“21 A este respeito, cabe observar que o artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001 estabelece uma regra de competência baseada na comparência do demandado no processo, aplicável a todos os litígios em que a competência do tribunal onde foi intentada a acção não decorra de outras disposições deste regulamento. [...]

22 O artigo 24.º, segundo período, do Regulamento n.º 44/2001 prevê excepções a essa regra geral. Estabelece que não há uma extensão tácita da competência do tribunal onde foi intentada a acção se o demandado deduzir uma excepção de incompetência, expressando assim a sua vontade de não aceitar a competência desse órgão jurisdicional, ou se o litígio em causa for um dos litígios relativamente aos quais o artigo 22.º do referido regulamento estabelece regras de competência exclusiva.

23 Este segundo período contém *uma norma que delimita o âmbito de aplicação da regra geral*. Consequentemente, [...] *a mesma deve ser considerada uma excepção e deve ser interpretada restritivamente*.

24 Daqui decorre que o segundo período do artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001 *não pode ser entendido no sentido de que permite excluir a aplicação da regra geral enunciada no primeiro período do mesmo artigo em relação a litígios diferentes daqueles a que se refere expressamente*.

25 Com efeito, segundo a jurisprudência relativa ao artigo 18.º da Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 [...], disposição idêntica, no essencial, ao artigo 24.º do Regulamento [...], *nos casos que não constam expressamente de entre as excepções previstas na segunda frase do referido artigo 18.º, é aplicável a regra geral sobre a extensão tácita da competência*. [...]³⁸

Do Acórdão *Taser*:

“32 Além disso, resulta dos considerandos 2 e 11 do Regulamento n.º 44/2001 que este *visa unificar as regras de conflito de jurisdição* em matéria civil e comercial, por meio de regras de competência que apresentem um *elevado grau de certeza jurídica*. O Regulamento n.º 44/2001 prossegue, assim, um *objetivo de segurança jurídica* que consiste em *reforçar a proteção jurídica* das pessoas estabelecidas na União, permitindo simultaneamente ao requerente *identificar facilmente o órgão jurisdicional* a que se pode dirigir e ao requerido prever razoavelmente aquele em que pode ser demandado (acórdão Falco Privatstiftung e Rabitsch, C-533/07, EU:C:2009:257, n.ºs 21 e 22).

33 Foi assim que o Tribunal de Justiça declarou que, na medida em que as regras de competência exclusiva, na aceção do artigo 22.º do Regulamento n.º 44/2001, não se apliquem, o tribunal em que foi intentada a acção deve declarar-se competente quando o demandado compareça e não deduza uma excepção de incompetência, constituindo tal comparência uma extensão tácita de competência na aceção do artigo 24.º deste regulamento [...].³⁹

Ora, é patente que o exemplo apresentado, sendo passível de recondução à *regra geral* da 1.ª parte do art. 26.º/1 – visto ter o réu comparecido, sem arguir a incompetência, diante de tribunal que não era competente de harmonia com as regras do Regulamento –, escapa às duas excepções previstas na respetiva 2.ª parte.

23. É de deixar nota que, embora sem a argumentação acabada de expor, o Tribunal de Justiça já admitiu, em *obiter* do Acórdão de 13/7/2000, *Group Josi Reinsurance Company SA e Universal General Insurance Company (UGIC)*⁴⁰, que um artigo predecessor do atual art. 26.º deveria ter aplicação ainda que o réu não fosse domiciliado num Estado-Membro⁴¹.

³⁸ Itálicos acrescentados.

³⁹ Realces acrescentados.

⁴⁰ Proc. n.º C-412/98.

⁴¹ Vide §§ 44 e 45: “44. É certo que, em conformidade com o artigo 18.º da convenção [de Bruxelas], a comparência vo-

Desta *vexata quaestio* se têm ocupado, e muito bem, dezenas de escritores⁴². Para nós, a sua resolução não flui, nem de um paralelismo com o art. 25.º — que, no quadro do Regulamento Bruxelas I *bis*, conduziria à aplicação universal do art. 26.º —, nem de uma coordenação com o art. 4.º/1 — que apontaria para a restrição do art. 26.º às situações em que o réu estivesse domiciliado num Estado-Membro.

Do nosso ponto de vista, é o próprio art. 26.º, interpretado nos termos acabados de enunciar, que resolve o problema.

24. Por certo que, no caso *Taser*, os réus estavam domiciliados num Estado-Membro, ao invés do que sucede no *Caso 4*.

Em substância, porém, as duas espécies integram a mesma categoria: embora por razões diferentes — escolha de tribunais de Estado terceiro, no caso *Taser*; domicílio num Estado terceiro, no *Caso 4* —, ambas estão situadas fora do âmbito de aplicação definido para as normas do Regulamento.

A partir do momento em que a ação seja instaurada no tribunal de um Estado-Membro, se o réu não excepcionar a incompetência, a matéria da competência é *atraída para o campo gravitacional* — perdoe-se-nos a expressão — do Regulamento, de onde estivera inicialmente excluída.

O dever, firmado pelo Tribunal de Justiça, de interpretar restritivamente as exceções contidas na 2.ª parte do art. 26.º/1 determina que se tomem como exemplificativas as ressalvas, alusivas aos arts. 18.º/1, 21.º/2, 24.º e 25.º, estabelecidas pelo art. 6.º/1: a elas há que acrescentar o art. 26.º/1.

25. Dir-se-ia que, considerando tão-somente o aspeto do domicílio das partes, semelhante âmbito de aplicação do art. 26.º o cola aos pactos expressos de jurisdição disciplinados no art. 25.º, porquanto também estes permitem confiar a competência às autoridades judiciais de Estados-Membros independentemente do referido domicílio.

É, não obstante, por demais sabido que há outras regras de competência do Regulamento passíveis de aplicação a réus domiciliados em Estados terceiros (*vide* art. 6.º/1).

O máximo que se pode asseverar é, por conseguinte, que o art. 26.º, à semelhança de outras regras do Regulamento, possui um âmbito de aplicação subjetivo alargado.

luntária do requerido confere competência ao órgão jurisdicional de um Estado contratante perante o qual o requerido propõe a ação, sem que o lugar do domicílio do requerido seja pertinente. 45. No entanto, embora o órgão jurisdicional chamado a decidir deva ser um órgão jurisdicional de um Estado contratante, esta disposição também não exige que o requerente deva ter o seu domicílio no território desse Estado”.

⁴² *Vide*, com referências a muitos outros: TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, p. 127; CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita...”, pp. 66 ss. e 70 ss. (aplicação universal); SOFIA HENRIQUES, *Os pactos de jurisdição...*, pp. 94 ss.; A. DE SOUSA GONÇALVES, “Prorogation of Jurisdiction...”, p. 281; ILARIA QUEIROLO / RAINER HAUSMANN, Art. 24, em THOMAS SIMONS / RAINER HAUSMANN, *Brüssel I-Verordnung...*, pp. 587 ss.; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON / MARIE-ÉLODIE ANCEL, *Compétence et exécution...*, pp. 236 ss. (coordenação com o art. 4.º); LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, pp. 240 e 241; REINER HÜSSTEGE, Art. 26, em HEINZ THOMAS / HANS PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 40.ª ed., Munique, C.H.Beck, 2019, pp. 2232 ss., p. 2232 (paralelismo com o art. 25.º); REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 662 (aplicação universal, independentemente de um paralelismo com o art. 25.º); HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, pp. 190-191 (paralelismo com o art. 25.º); BURKHARD HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, pp. 412-413; HARTMUT LINKE / WOLFGANG HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, p. 152 (coordenação com o art. 4.º); ANSGAR STAUDINGER, Art. 26, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 812-813 (paralelismo com o art. 25.º); CASTRO MENDES / TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, p. 220; PETER GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 4; CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotações 9 ss. (aplicação universal, independentemente de um paralelismo com o art. 25.º); CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, pp. 2671, 2674, 2678 e 2679; MATTHIAS WELLER, Art. 26, em BERNHARD WIECZOREK / ROLF A. SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung...*, p. 471 (paralelismo com o art. 25.º); CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, pp. 675 e 676; REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 6 (paralelismo com o art. 25.º); THOMAS PFEIFFER, Art. 26, em HANNS PRÜTTING / MARKUS GEHRLEIN, *Zivilprozessordnung. Kommentar*, 16.ª ed., Luchterhand, 2024, p. 3314; REINHOLD GEIMER, Art. 26, em R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung Kommentar*, 35.ª ed., Colónia, Otto Schmidt, 2024, anotação 10; e ECKART BRÖDERMANN / JOACHIM ROSENGARTEN, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 9.ª ed., Munique, Verlag Franz Vahlen, 2024, p. 218. No “Relatório sobre a Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial”, p. 156, P. JENARD referiu-se sempre, no contexto do art. 18.º dessa Convenção, a réus domiciliados num Estado-Membro.

3. Efeito atributivo positivo

26. Avançamos *supra*⁴³ que o critério de competência do art. 26.º está marcado pela complementaridade: a competência que atribui *não é exclusiva*.

À argumentação então empregue, acrescentamos o seguinte:

- a) o preceito não está inserido na Secção 6 do Regulamento, consagrada às competências exclusivas;
- b) o segmento de texto ora sob comentário estatui apenas que é competente o tribunal, e não que é exclusivamente competente o tribunal⁴⁴;
- c) por uma questão de certeza jurídica, o Regulamento é, por princípio, avesso a competências exclusivas; lê-se no § 15:

“[a]s regras de competência devem apresentar um elevado grau de *certeza jurídica e fundar-se no princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido*. Os tribunais deverão estar sempre disponíveis nesta base, exceto nalgumas situações bem definidas em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam um critério de conexão diferente.”⁴⁵

Este entendimento é válido tanto para a hipótese de a competência de outros tribunais resultar do Regulamento, como para as situações em que ela emana de regras internas. Por exemplo: se, no *Caso 4*, e depois de fixada a competência do tribunal português com base no art. 26.º, o processo terminasse por outra razão que não uma sentença de mérito, *G* não estava impedido de invocar as normas de competência internacional de fonte interna que julgasse pertinentes para intentar nova ação contra *H*.

27. O art. 26.º requererá que *entre o Estado-Membro do tribunal demandado e a relação jurídica privada internacional exista algum elemento de conexão objetivo ou subjetivo?*

Em face do art. 25.º e dos seus antecessores, a doutrina tem-se pronunciado pela desnecessidade de tal vínculo⁴⁶.

Outro tanto fez há muito o Tribunal de Justiça. Lê-se no Acórdão *Zelger*, tirado no ambiente da Convenção de Bruxelas:

“By contrast, Article 17, which occurs in Section 6 of the Convention intitled “Prorogation of jurisdiction” and which provides for the exclusive jurisdiction of the court designated by the parties in accordance with the prescribed form, puts aside both the rule of general jurisdiction — provided for in Article 2 — and the rules of special jurisdiction — provided for in Article 5 — and *dispenses with any objective connexion between the legal relationship in dispute and the court designated*.”⁴⁷

28. Não cremos que a resposta à interrogação formulada possa decorrer de mera transposição para o art. 26.º do que tem sido preconizado a respeito do art. 25.º. Tal transposição assenta na presunção de que o art. 26.º prevê e disciplina pactos de jurisdição. Mas o paralelismo entre os arts. 25.º e 26.º carece de demonstração. Neste momento do presente estudo é ainda e apenas um dogma. E um dogma não é argumento.

⁴³ N.ºs 10 e 11.

⁴⁴ Confronte-se com o art. 24.º, proémio, explícito na administração de “competência exclusiva”.

⁴⁵ Itálicos nossos.

⁴⁶ *Vide*, limitando-nos a citar autores nacionais: TEIXEIRA DE SOUSA / MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, p. 124; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, p. 235; e ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional*, p. 101.

⁴⁷ Realce acrescentado. Posteriormente, *vide* Acórdãos do Tribunal de Justiça de 20/2/1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contra Les Gravières Rhénanes SARL*, proc. n.º C-106/95, § 34; de 3/7/1997, *Francesco Benincasa e Dentalkit Srl*, proc. n.º C-269/95, § 28; e de 16/3/1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA e Hugo Trumpy SpA*, proc. n.º C-159/97, § 50.

Em todo o caso, da interpretação propugnada pela jurisprudência citada resulta um bom argumento a favor da aplicação do art. 26.º às hipóteses em que o tribunal chamado a pronunciar-se não apresente conexão alguma com o litígio. Não se trata, porém, de um argumento *a pari*, mas antes de um argumento *a fortiori* e, portanto, assente num elemento diferenciador entre os arts. 25.º e 26.º.

Suponham-se estes casos:

Caso 5: *I*, espanhol com domicílio na Espanha, vende mercadorias a *J*, francês com domicílio na França; o contrato foi celebrado e parcialmente executado na Espanha; celebraram pacto de jurisdição a favor de tribunal português; *J* falha o pagamento e *I* instaura ação em tribunal português; *J* não comparece e não apresenta contestação na ação (revelia).

Caso 6: igual ao anterior, mas sem ter sido ajustado pacto de jurisdição; na ação instaurada em Portugal, *J* comparece e não excepciona a incompetência do tribunal português.

No *Caso 5*, aplicava-se o art. 25.º e o tribunal português seria internacionalmente competente, apesar da total ausência de conexões com o nosso País. Podia muito bem suceder que *J* fosse condenado à revelia.

Ora, seria destituído de todo e qualquer sentido lógico que o tribunal português, pertencente a um Estado sem conexão alguma com o litígio, devesse aceitar a competência à luz do art. 25.º apesar da revelia do réu e já devesse considerar-se incompetente quando o réu comparecesse em juízo e não contestasse a competência. O art. 26.º aplica-se ao *Caso 6 por maioria de razão*: se os tribunais de um Estado-Membro não conectado com o litígio são competentes para julgar um réu revel que os aceitara como competentes, *a fortiori* o hão de ser os tribunais do mesmo Estado-Membro em que o réu compareça e não levante objeções à competência.

O mais sólido argumento a favor da aplicação do art. 26.º a estas hipóteses vem, no entanto, da jurisprudência acima citada, no n.º 22: de harmonia com o n.º 1, 2.ª parte, do art. 26.º, a falta de conexões entre a situação jurídica controvertida e o Estado do tribunal demandado não constitui exceção à competência fundada em comparência.⁴⁸

4. Efeito atributivo individual e concreto

29. Preenchida a previsão do art. 26.º, a competência atribuída é sempre *individual e concreta*, isto é, cinge-se *ao tribunal demandado e aos pedidos formulados e ao processo instaurado*, não se estendendo, conseqüentemente:

- a) ao conjunto dos tribunais do Estado a que pertence o tribunal demandado;
- b) a outros pedidos ou processos, ainda que relativos ao mesmo litígio.

A) Efeito individual

30. Respondemos, destarte, à dúvida colocada no n.º 5, *supra*: se, depois de aplicado o art. 26.º e de fixada a competência no tribunal demandado, este vier, por qualquer razão formal, a absolver o réu da instância, os tribunais portugueses — o próprio tribunal demandado ou outros — não se convertem em tribunais internacionalmente competentes para o litígio.⁴⁹

⁴⁸ Sustentando a aplicação do art. 26.º às situações examinadas, vide CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, p. 2673, e CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, p. 673; já em face do art. 24.º do Regulamento Bruxelas I, vide CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita...”, p. 60.

⁴⁹ Vide, com respeito aos tribunais alemães, REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 507, acrescentando que uma mudança de estratégia processual do réu no segundo processo, aí invocando a incompetência que não arguira no primeiro, não é abusiva.

Tanto é quanto flui da *letra* do art. 26.º, que se limita a considerar competente *o tribunal... no qual... o réu comparece*⁵⁰, bem como da teleologia desse mesmo preceito, que, visando regular a questão da competência de forma previsível, assenta na verificação cumulativa de duas *conexões estreitas* com o *tribunal concretamente* demandado e o *processo concretamente* instaurado: a que vem de o autor *aí* propor *certa* ação e a que vem de o réu *aí* comparecer com *certa* pronúncia. Extrapolar do comportamento das partes, todo ele *umbilicalmente* ligado ao *processo iniciado* no tribunal demandado, consequências vinculantes para outros processos ou outros tribunais seria atentatório das expectativas delas e, portanto, da segurança jurídica.

31. Suponha-se que, no *Caso I, B* só arguia a incompetência *territorial* do tribunal demandado, mas nada opunha a respeito da sua competência internacional.

Salvo melhor opinião, a competência internacional fixava-se por virtude do art. 26.º⁵¹.

Quanto à exceção de incompetência territorial, ou procedia ou não.

Se improcedesse, o tribunal deveria considerar-se internacional e territorialmente competente.

E se procedesse? Deveria o juiz julgar-se internacionalmente competente e remeter os autos ao tribunal português competente em razão do território ao abrigo do art. 105.º/3 do CPC?

Uma resposta afirmativa suporia, do ponto de vista lógico, estender o efeito atributivo de competência internacional do art. 26.º a todos os tribunais portugueses, pois que não teria sentido ordenar a remessa dos autos para um tribunal internacionalmente incompetente.

Mas não é isso que emana da letra e da teleologia do art. 26.º.

Ao tribunal restava, pois, julgar-se territorialmente incompetente. Na prática, a arguição da incompetência territorial produziria os mesmos efeitos da arguição da incompetência internacional: o art. 26.º acaba por ser incapaz de conferir competência ao tribunal demandado, sendo de absolver o réu da instância. O art. 105.º/3 do CPC não teria aplicação.⁵²

B) Efeito concreto

32. O que vem sendo dito é válido para *outros processos* ou *outros pedidos* ou *controvérsias* entre as mesmas partes, ainda que no âmbito do mesmo *litígio* que motivou a instauração da ação com respeito à qual o tribunal demandado aceitou a competência.

Imagine-se que, depois de vencer uma primeira ação para a qual o tribunal demandado se considerou competente à luz do art. 26.º, o autor instaura contra o mesmo réu uma segunda ação, na qual formula pedido que, embora não deduzido anteriormente, se baseia *no mesmo contrato*. O tribunal demandado em segundo lugar não está vinculado por acordo de eleição do foro algum tacitamente formado entre as partes no decurso da primeira ação.⁵³

Pode ir-se mais além: em caso de *cumulação inicial de dois pedidos* na mesma ação, se o réu suscitar a incompetência internacional com respeito a um deles e não relativamente ao outro, só para este há de fixa -se a competência do tribunal⁵⁴.

⁵⁰ Outras versões linguísticas igualmente esclarecedoras: “[...] *la jurisdiction* d’un État membre *devant laquelle* le défendeur comparaît *est compétente*”; “[s]ofern *das Gericht* eines Mitgliedstaats nicht bereits nach anderen Vorschriften dieser Verordnung zuständig ist, *wird es zuständig*, wenn sich der Beklagte *vor ihm auf das Verfahren* einlässt”; “[...] *l’autorità giurisdizionale* di uno Stato membro *davanti al quale* il convenuto è comparso è competente”; “*será competente* el órgano jurisdiccional de un Estado miembro *ante el que* comparezca el demandado” (sublinhados nossos).

⁵¹ *Vide infra* n.º 52.

⁵² O art. 105.º/3 do CPC já será de aplicar quando outro tribunal português seja internacional e territorialmente competente à luz de uma disposição do Regulamento (*vide infra* n.ºs 53 e 54).

⁵³ Este aspeto de regime é advogado mesmo pela doutrina que vislumbra a formação, ao abrigo do art. 26.º, de um pacto tácito de jurisdição. *Vide*, por exemplo, CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita...”, p. 66, e CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, p. 675.

⁵⁴ *Vide* ILARIA QUEIROLO / RAINER HAUSMANN, Art. 24, em THOMAS SIMONS / RAINER HAUSMANN, *Brüssel I-Verordnung...*, p. 587, e REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 12.

E não pode ser outra a solução em caso de *ampliação ou alteração unilateral do pedido* (art. 265.º/2 do CPC) inicialmente formulado pelo autor. O tribunal, que ao abrigo do art. 26.º se julgara competente para conhecer da causa, não deverá proceder do mesmo modo se o réu vier arguir tempestivamente a incompetência com respeito à parte do pedido ampliado⁵⁵.

33. E que dizer de um *pedido reconvenicional* deduzido pelo réu contra o autor junto do tribunal que se julgou competente para a ação à luz do art. 26.º?

Quando a reconvenção emirja *doutro litígio* (doutro contrato, doutra relação jurídica) entre as partes, é manifesto que não fica a coberto da competência atribuída para a ação, por virtude do art. 26.º, ao tribunal demandado. Por isso que, no caso *Spitzley*, o Tribunal de Justiça fez depender a ativação do art. 26.º, para afeitos de atribuição de competência para conhecer da reconvenção, da circunstância de o autor reconvidando comparecer nos autos reconvencionais sem arguir a incompetência (§§ 16 a 22).

Mas há de ser idêntica a solução quando a reconvenção se funde no *mesmo litígio* que deu origem à instauração do processo: o art. 26.º também só é de molde a atribuir competência a respeito do pedido do autor, nos termos em que por ele foi definido. Para que o tribunal demandado assumira competência para conhecer do pedido reconvenicional, o autor terá de comparecer sem arguir a incompetência.

34. A competência para a ação estabelecida através do art. 26.º é suscetível de abranger, no máximo, os respetivos *incidentes processuais* e, bem assim, os *procedimentos cautelares iniciados na sua pendência*⁵⁶.

35. O facto de a competência se circunscrever *ao tribunal demandado* para o processo concretamente instaurado e a *lide concretamente deduzida* afasta o art. 26.º do regime dos pactos de jurisdição previstos no art. 25.º.

De harmonia com o art. 25.º, um pacto de jurisdição pode ter por objeto litígios presentes ou litígios futuros, desde que surjam no contexto de *determinada* relação jurídica. Numa e noutra hipóteses, *a distância para o art. 26.º é enorme*.

Quando o pacto respeite a litígio futuro, por natureza não se pode limitar a conferir competência para certo e concreto processo: há de abranger tantas ações quantas as que forem necessárias à resolução de tal litígio.

Quando o pacto diga respeito a um litígio presente, há de convir-se que uma coisa é atribuir-se competência, à luz do art. 25.º, a um tribunal em vista da resolução desse litígio, outra há de ser a assunção de competência nos termos do art. 26.º: naquele caso, se nada em contrário resultar do pacto, ele abrange tantas ações quantas as que sejam necessárias à resolução da controvérsia; neste, a competência só pode respeitar à *lide* concretamente iniciada, ao *objeto processual* concretamente posto em discussão — fora deles, em matéria de fixação de competência nada sobra da assunção de competência à luz do art. 26.º.

Se alguma convenção pudesse formar-se a coberto do art. 26.º, de modo algum se poderia apelidar de “pacto de jurisdição”: quando muito, seria uma espécie de *compromisso de competência*, de

⁵⁵ Assim, ILARIA QUEIROLO / RAINER HAUSMANN, Art. 24, em THOMAS SIMONS / RAINER HAUSMANN, *Brüssel I-Verordnung...*, p. 587; REINHOLD GEIMER, Art. 26, em R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung Kommentar*, anotação 5d; e CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotações 15 e 26. ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 26, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung...*, anotação 1a, dão nota de divergências na jurisprudência alemã, que umas vezes aceita a competência para o pedido alterado e outras a recusa. De harmonia com estes autores, o correto seria distinguir entre alterações do pedido qualitativas e quantitativas, porque só naquelas a questão da competência internacional seria posta novamente.

⁵⁶ Neste sentido, quanto a estes últimos, vide CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 18.

Questão diferente é a de saber se o art. 26.º pode fundar a atribuição de competência internacional a um tribunal de um Estado-Membro para adotar providências cautelares a respeito de certo litígio quando nenhuma norma do Regulamento lhe reconheça tal competência. Sobre o tema, vide, entre outros, CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 18 (pronunciando-se em sentido negativo, com base no § 52 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 27/4/1999, *Hans-Hermann Mietz contra Intership Yachting Sneek BV*, proc. n.º C-99/96).

efeitos *precários, restritos e incapazes de subsistir* para além do processo, da lide, da instância em que se formasse.

IV. “[...] [N]o qual o requerido compareça”

1. Enquadramento

36. É requisito essencialíssimo da produção do efeito atributivo de competência que *o réu compareça*.

A versão portuguesa do Regulamento Bruxelas I *bis* é, neste particular, perfeitamente equivalente a outras: “[...] a court of a Member State before which a defendant *enters an appearance* shall have jurisdiction”; “[...] la juridiction d’un État membre devant laquelle le défendeur *comparaît* est compétente”; “[...] wird es zuständig, wenn *sich* der Beklagte vor ihm *auf das Verfahren einlässt*”; “l’autorità giurisdizionale di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente”; “[...] será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que *comparezca* el demandado”⁵⁷.

É hoje em dia ponto incontroverso que o significado de comparência deve ser determinado por interpretação *autónoma* do Direito dos Estados-Membros⁵⁸.

Que significa, então, comparecer?

2. Comparência no processo em que é pretendida a aplicação do art. 26.º

37. A jurisprudência do Tribunal de Justiça permite uma aproximação ao conceito de comparência.

No caso *Goldbet* (Acórdão de 13/6/2013, *Goldbet Sportwetten GmbH contra Massimo Sperindeo*⁵⁹) discutiu-se a seguinte hipótese:

- a) *Massimo Sperindeo*, residente na Itália, obrigou-se através de contrato celebrado com a *Goldbet*, empresa com sede na Áustria, a prestar-lhe certos serviços comerciais neste país;
- b) considerando que *Sperindeo* não cumprira os seus deveres contratuais, a *Goldbet* obteve de um tribunal de Viena, em 2010, a emissão de uma injunção de pagamento europeia contra aquele, para pagamento de uma quantia pecuniária;
- c) *Sperindeo* opôs-se, tempestivamente, a essa injunção, alegando que a pretensão da *Goldbet* era injustificada e a quantia reclamada inexigível
- d) na sequência desta oposição, o tribunal de Viena remeteu os autos ao *Landesgericht Innsbruck*, considerando ser essa a jurisdição competente para o processo civil comum na aceção do art. 17.º/1 do Regulamento n.º 1896/2006;
- e) foi nesse *Landesgericht* que *Sperindeo* suscitou, pela primeira vez, a exceção de incompetência dos tribunais austríacos, com fundamento em que a sua residência se situava na Itália, ao que a *Goldbet* replicou sustentando a competência internacional dos órgãos jurisdicionais austríacos à luz do art. 5.º/1/a) do Regulamento n.º 44/2001 e, subsidiariamente, do art 24.º do mesmo diploma, na medida em que o réu não tinha suscitado a incompetência quando da oposição à injunção de pagamento europeia.

Perante esta factualidade, o Tribunal de Justiça veio fixar doutrina (§ 34) no sentido de que:

⁵⁷ Ênfase acrescentada.

⁵⁸ Pronunciara-se noutro sentido P. JENARD, “Relatório sobre a Convenção...”, p. 156, segundo o qual deveria fazer-se apelo ao Direito processual do foro.

⁵⁹ Proc. n.º C-144/12.

“uma oposição à injunção de pagamento europeia que não contenha uma contestação da competência dos tribunais do Estado-Membro de origem e que não seja acompanhada de alegações sobre o mérito da causa não pode ser considerada como uma comparência, na aceção do artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001.”

38. Pese embora a argumentação do Tribunal se tenha colado muito a soluções normativas específicas do Regulamento n.º 1896/2006 (*vide* §§ 31 a 33), cremos poder extrapolar dela o entendimento de que *não existe comparência* se a intervenção do réu sem contestar a competência tiver lugar num *processo prévio distinto* daquele em que, ulteriormente, vem a ser invocada a aplicação do art. 26.º, ainda que este segundo processo seja de algum modo continuação do primeiro. Será, pelo menos, assim quando o processo prévio não liga à falta de contestação da competência o efeito de a estabelecer para processos ulteriores ou quando não preveja sequer a faculdade de deduzir oposição à competência internacional (*vide* §§ 32 e 33).

Destarte, diríamos nós, se num procedimento cautelar instaurado em tribunal português ao abrigo do art. 35.º do Regulamento, o requerido não suscitar a incompetência do tribunal para o fundo da causa, isso não o impede de a excepcionar eficazmente, para efeitos de obstar à aplicação do art. 26.º/1, na ação principal que eventualmente venha a ser proposta no mesmo tribunal. A participação no procedimento cautelar não significa comparecer na ação principal, de modo que não há de valer como reconhecimento da competência internacional do tribunal para esta. Não é possível comparecer numa ação ainda não iniciada.⁶⁰

3. Conhecimento da ação e intervenção por terceiro

39. Do Acórdão *A contra B* emanam outros dados relevantes para depurar o conceito de comparência. Síntese dos factos:

- a) *B e o.* intentaram, no *Landesgericht Wien*, uma ação de indemnização contra *A*, acusando-o de ter raptado os respetivos maridos e pais no Cazaquistão;
- b) o *Landesgericht Wien* procurou citar *A*, mas, como não obtivesse sucesso, nomeou um curador de ausentes (*Abwesenheitskurator*) ao abrigo do § 116 da ZPO;
- c) uma vez notificado da petição inicial, o curador contestou o mérito da ação;
- d) só posteriormente é que os advogados constituídos por *A* vieram alegar, em seu nome, a incompetência internacional dos tribunais austríacos;
- e) o *Landesgericht Wien* recusou a competência, considerando que o réu tinha domicílio em Malta e que a intervenção do curador não constituía comparência na aceção do art. 24.º do Regulamento n.º 44/2001;
- f) interposto recurso para o *Oberlandesgericht Wien*, foi-lhe dado provimento e julgada improcedente a exceção de incompetência internacional, visto que, segundo esse alto tribunal, os atos processuais do curador de ausentes teriam produzido efeitos *jurídicos* idênticos aos de um mandatário constituído.

Questionado sobre se a comparência de um curador de um réu ausente poderia equivaler à comparência em juízo no sentido do art. 24.º do Regulamento Bruxelas I, correspondente ao atual art. 26.º, o Tribunal de Justiça respondeu negativamente (§§ 52 a 61).

São especialmente impressivos os fundamentos decisórios alinhados nos §§ 54 e 55:

“54 Assim, como afirmou o advogado-geral no n.º 43 das suas conclusões, a extensão tácita da competência nos termos do artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001 baseia-se numa *escolha deliberada das partes* no litígio *relativa a essa competência*, o que *pressupõe que [o] requerido tem conhecimento do processo iniciado contra si*. Pelo contrário, *não se pode considerar que um requere-*

⁶⁰ No mesmo sentido, *vide* CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 18.

rido ausente a quem não foi notificada a petição inicial e que ignora o processo iniciado contra si aceita tacitamente a competência do juiz chamado a pronunciar-se.

55 Além disso, um requerido ausente que ignora a ação intentada contra si e a nomeação do curador de ausentes não pode fornecer a esse curador todas as informações necessárias para apreciar a competência internacional do órgão jurisdicional que conhece do processo e permitir-lhe *contestar efetivamente essa competência* ou *aceitá-la com perfeito conhecimento de causa*. Nestas circunstâncias, também não se pode considerar que a comparência do referido curador de ausentes constitua uma *aceitação tácita* por parte desse requerido.⁶¹

40. Esta fundamentação do Tribunal está toda ela *contaminada* – perdoe-se-nos a violência do termo – pela *suposição* de que o art. 24.º (atual 26.º) dá azo a um *pacto* de jurisdição, a uma *escolha voluntária* do tribunal competente: vejam-se as expressões *escolha deliberada das partes, aceita tacitamente a competência, aceitar a competência com conhecimento de causa...*

Seja como for, do aresto extrai-se inestimável proveito.

Por um lado, dele emana que, para se poder falar de *comparência do requerido*, é indispensável que ele *tenha regular conhecimento de ter sido contra si instaurado o processo*⁶². A comparência pressupõe, *ex rerum natura*, que o réu sabe do processo. E saber do processo é, no mínimo, ser *regularmente informado da petição inicial*, ou de ato processual equivalente.

Por outro lado, do aresto decorre que a citação ou a notificação da petição a um curador especialmente designado para suprir a *ausência* do réu não equivale a dar conhecimento a este de que foi proposta a ação, de modo que a intervenção do curador não corresponde a uma intervenção processual do réu. Por certo que o demandado pode ser citado ou notificado e intervir no processo através de representantes, legais ou voluntários, instituídos de acordo com os Direitos internos dos Estados-Membros. Todavia, para o Tribunal de Justiça, um curador de um réu ausente não é representante capaz de fazer desencadear a estatuição do art. 26.º.

41. Em suma, quando o réu, demandado em tribunal incompetente:

- a) seja regularmente citado ou notificado da instauração da ação e intervenha nela, há comparência – acaso se verifiquem os demais pressupostos de aplicação do art. 26.º, o tribunal será competente;
- b) seja devidamente citado ou notificado do processo e não intervenha, inexistente comparência – o tribunal nunca se poderá considerar competente ao abrigo do art. 26.º⁶³;
- c) seja informado do processo e nele intervenha através de curador especial, tais informação e intervenção não significam uma comparência para efeitos do art. 26.º

4. Intervenção efetiva no processo

42. Cabe aludir ao Acórdão de 11/4/2019 proferido no caso *ZX* e ao Despacho da mesma data emitido no caso *OD*.

Intentadas duas ações em tribunais espanhóis à partida internacionalmente incompetentes, a ré foi convocada, pelas respetivas secretarias judiciais, a pronunciar-se a respeito da competência. Como

⁶¹ Os itálicos foram acrescentados.

⁶² Vide, por todos, CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, p. 2671.

⁶³ Além de impedir a aplicação do art. 26.º, a falta de comparência junto de tribunal *incompetente* tem o efeito previsto no art. 28.º/1 (conhecimento oficioso da incompetência), se o réu for *domiciliado num Estado-Membro*.

Sendo a ação contra um réu *domiciliado num Estado-Membro* instaurada num *tribunal competente de outro Estado-Membro* (v.g., ao abrigo do art. 7.º/1 do Regulamento), o art. 26.º é inaplicável e a falta de comparência do réu pode implicar revelia.

Quando o réu seja *domiciliado num Estado terceiro*, a proposição de ação junto de tribunal internacionalmente *incompetente* terá os efeitos que os processos civis nacionais estabelecerem.

não respondesse em nenhum dos processos, o Tribunal de Justiça foi questionado sobre a possibilidade de aplicação do art. 26.º. Fê-lo nestes termos (transcrevemos os §§ 40 e 41 do caso ZX⁶⁴):

“40 Dado que o facto de não apresentar observações não pode constituir uma comparência na aceção do artigo 26.º do Regulamento n.º 1215/2012 e, assim, ser considerado uma aceitação tácita, pelo demandado, da competência do órgão jurisdicional onde foi intentada a ação, não é possível aplicar, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, uma tal disposição sobre a extensão tácita de competência.

41 Por conseguinte, há que responder [...] que o artigo 26.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1215/2012 deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável num caso como o que está em causa no processo principal, em que o demandado não apresentou observações nem compareceu”.

43. Daqui emana que não basta que o réu seja citado ou notificado da instauração do processo para se ter como comparecido. É preciso que *intervenha efetivamente* nele. Não basta que o réu *possa intervir*; é preciso que compareça *efetivamente*.

Portanto: o *silêncio* do réu a respeito da competência do tribunal só desencadeia a estatuição do art. 26.º se ele tiver intervenção nos autos⁶⁵.

5. Momento da comparência

44. Falta mencionar um outro aspeto de grande relevo para a definição de comparência e que se prende com o *momento em que se deve considerar que ela ocorre*.

Suponha-se que o réu, devidamente citado, requer ao juiz a prorrogação do prazo legal para apresentar a sua contestação.

Compareceu?

Uma resposta afirmativa implicaria que o réu tinha o ónus de, logo com esse requerimento, se ter manifestado contra a competência do tribunal. Noutros termos: significaria identificar a comparência com a primeira intervenção do réu nos autos⁶⁶.

Será assim?

A resposta é: *não*⁶⁷.

45. A segunda parte do art. 26.º/1 estatui que a competência não fica estabelecida “se a comparência tiver como único objetivo arguir a incompetência”. Disto se segue que há uma *ligação direta* entre o *conceito de comparência* e o *momento próprio* para arguir a incompetência.

Com efeito, se, conforme diz a lei, a comparência pode ter como objetivo arguir a incompetência, então *não pode falar-se de comparência no processo com respeito às intervenções em que o réu não possa arguir a incompetência*. Dito pela positiva: *só pode valer como comparência uma intervenção em que o réu tem a possibilidade de arguir a incompetência*. Melhor ainda, visto que a cominação do art. 26.º/1 tem de andar associada a um ónus, e não a uma singela possibilidade, de invocar a incompetência: *só pode valer como comparência uma intervenção através da qual o réu tem a possibilidade e o ónus de arguir a incompetência*⁶⁸.

⁶⁴ Os §§ 23 e 24 do Despacho OD são análogos.

⁶⁵ O que significa que o réu logra obstar à atribuição de competência ao tribunal demandando, quer intervindo nos autos e arguindo a incompetência, quer não comparecendo sequer no processo: o ónus de arguir a incompetência só nasce se o réu comparecer. *Vide*, entre outros, PETER GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 8.

⁶⁶ Este primeiro ato até podia ser a mera junção da procuração forense aos autos.

⁶⁷ Assim, ILARIA QUEIROLO / RAINER HAUSMANN, Art. 24, em THOMAS SIMONS / RAINER HAUSMANN, *Brüssel I-Verordnung...*, pp. 583-584; CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 30; ou ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 26, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung...*, anotação 3.

⁶⁸ A identificação do ato processual em que o réu tem a possibilidade e o ónus de arguir a incompetência cabe aos processos civis nacionais: *vide*, por exemplo, HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 192, e ANSGAR STAUDINGER, Art. 26, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, p. 819.

Uma última consideração: se é verdade que não pode servir de comparência a prática de um ato anterior ao momento processual em que sobre o réu impende o ónus de contestar a competência, é igualmente certo que, sendo tal admitido pelos processos civis nacionais, nada obsta à arguição da incompetência antes de chegado esse momento. Por outras palavras: se não pode falar-se de comparência antes de surgido o ónus de contestar a competência, é admissível arguir a incompetência antes de haver comparência.

46. A compenetração entre o conceito de comparência e o momento em que o réu tem o ónus de arguir a incompetência decorre da jurisprudência europeia.

No Acórdão *Elefanten Schuh*, o Tribunal, questionado sobre se a competência deveria ser contestada *in limine litis*, começou por esclarecer que:

“[i]l resulte [...] de l’objectif recherché par l’article 18 [equivalente ao atual art. 26.º do Regulamento] que la contestation de la compétence, si elle n’est pas préalable à toute défense de fond, *ne peut en tout état de cause se situer après le moment de la prise de position considérée*, par le droit procédural national, comme la *première défense* adressée au juge saisi.”⁶⁹

Esta *première defense*, na qual, ou até à qual, há de ser excecionada a incompetência, *coincide com a comparência do réu*.

Daí que no Acórdão *Goldbet*, depois de decidido que uma oposição apresentada num processo anterior àquele em que a aplicação do art. 26.º se discute não serve de comparência (*vide supra* n.ºs 37 e 38), o Tribunal tenha firmado o entendimento de que tal oposição *não pode corresponder à primeira defesa* do réu ainda que nela sejam suscitadas questões de mérito. Ouçamos o Tribunal de Justiça, sublinhando os segmentos de texto mais importantes:

“35 Em segundo lugar, há que examinar a questão de saber se a circunstância de o requerido ter formulado alegações sobre o mérito da causa no quadro da oposição à injunção de pagamento europeia tem alguma incidência a este respeito.

[...]

37 Na verdade, resulta do acórdão de 24 de junho de 1981, *Elefanten Schuh* [...], que a *contestação da competência não pode ocorrer após o momento em que são feitas as alegações que o direito processual nacional considera como primeira defesa dirigida ao tribunal chamado a pronunciar-se*.

38 Contudo, diversamente das circunstâncias que deram origem ao referido acórdão, nas quais o requerido tinha formulado alegações sobre o mérito da causa no quadro do processo civil comum, no presente processo principal, as alegações sobre o mérito da causa foram formuladas no quadro da oposição à injunção de pagamento europeia. Ora, *uma tal oposição acompanhada dessas alegações não pode*, para efeitos de determinação do tribunal competente ao abrigo do artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001, *ser considerada como a primeira defesa apresentada no quadro do processo civil comum* que se segue ao procedimento europeu de injunção de pagamento.

39 O facto de considerar que uma tal oposição corresponde à primeira defesa equivaleria a reconhecer [...] que o procedimento europeu de injunção de pagamento e o processo civil comum que lhe dá continuação, em princípio, constituem um único processo. Ora, essa interpretação seria dificilmente conciliável com a circunstância de que o primeiro desses procedimentos segue as regras previstas pelo Regulamento n.º 1896/2006, enquanto o segundo se desenrola, como resulta do artigo 17.º, n.º 1, do referido regulamento, de acordo com as normas do processo civil comum. [...]

[...]

Nessa medida, a participação numa audiência de (frustrada) tentativa de conciliação anterior ao esgotamento do prazo de contestação do réu não há de valer, entre nós, como comparência. Também assim na Alemanha, em face do § 278 da ZPO, REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 511; PETER GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 7 (mas ressalvando a situação, mais comum, do § 279 da ZPO); CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 30; REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 12.4.; REINHOLD GEIMER, Art. 26, em R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung Kommentar*, anotações 5 e 9. *Contra*: HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 192; MATTHIAS WELLER, Art. 26, em BERNHARD WIECZOREK / ROLF A. SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung...*, p. 473; ou ANSGAR STAUDINGER, Art. 26, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 814-815.

⁶⁹ Itálico nosso.

41 Daqui resulta que a circunstância de o requerido ter formulado alegações sobre o mérito da causa no quadro da oposição à injunção de pagamento europeia que deduziu não significa que este tenha comparecido, na aceção do artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001.”

Se bem interpretamos esta jurisprudência, dela emana que só pode constituir comparência uma intervenção do réu num momento processual em que ele possa arguir, e tenha o ónus de arguir, a incompetência.

47. Da letra do art. 26.º/1, 2.ª parte, extrai-se um *outro* argumento a favor da inseparabilidade entre a comparência e o ónus de arguir a incompetência.

Com efeito, se pudesse haver comparência antes de chegado o momento para o réu se desembaraçar do ónus de arguir a incompetência, então, dum ponto de vista lógico, não faria sentido falar-se de arguir a *incompetência*, mas antes de *oposição à competência*. Quer dizer, com a mera comparência o tribunal demandado ter-se-ia tornado competente... e então ao réu *já comparecido* restava opor-se a essa competência... Seria um regime no mínimo esquisito.

6. Conceito de comparência

48. Numa fórmula muito sintética, que julgamos capaz de condensar o que foi dito, a comparência consiste na *intervenção processual do réu onerado com a arguição da incompetência*.

V. “Esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objetivo arguir a incompetência [...]”

1. Regra e exceção

49. O Tribunal de Justiça tem caracterizado as situações previstas na segunda parte do n.º 1 do art. 26.º como *exceções à regra geral* contida na respetiva primeira parte — *vide* os arestos citados *supra*, nos n.ºs 4 e 22, e o § 27 do Acórdão *Goldbet*.

Esta visão das coisas é muito útil, porque permite encarar a segunda parte do art. 26.º/1 restritivamente, isto é, permite reduzir aos casos aí expressamente previstos as situações em que a comparência não gera competência (*vide supra* n.º 22).

50. Porém, *em rigor*, nenhuma das hipóteses contempladas neste segmento do preceito constitui exceção à regra geral⁷⁰.

E a *regra geral* é esta: *adquire competência o tribunal primariamente incompetente no qual o réu compareça e não argua a incompetência*. Como acabámos de expor, a lei faz coincidir o momento da comparência com o momento em que há de ser arguida a incompetência. De modo que de duas, uma: ou o réu comparece e *não* argui a incompetência; ou comparece e *argui* a incompetência. Além, o tribunal adquire competência; aqui, permanece incompetente.

A arguição da incompetência *não é*, portanto, *elemento constitutivo positivo* de uma exceção. É antes a *não arguição* da incompetência no momento da comparência que configura *elemento constitutivo negativo* do critério geral de competência previsto na primeira parte do art. 26.º.

2. Espécie de incompetência arguida

51. *Que espécie de incompetência* há de arguir o réu para que logre impedir a aplicação do art. 26.º/1?

⁷⁰ *Vide*, quanto à “exceção” da parte final do n.º 1 do art. 26.º, *infra* n.º 69.

Concluimos *supra* (n.º 15) que umas vezes o art. 26.º atribui competência internacional e territorial e outras vezes confere competência territorial. Logo, para que a estatuição do art. 26.º seja posta de parte na sua totalidade, naquelas hipóteses há de ser arguida a incompetência internacional e a territorial e nestas basta a invocação da incompetência territorial.

52. Imagine-se que, no *Caso 1*, *A* instaurava a ação no tribunal do Porto. Se *B* opusesse a incompetência internacional, tanto bastava para tornar inaplicável o art. 26.º, uma vez que um tribunal incompetente em razão da nacionalidade carece, por maioria de razão, de competência em razão do território.

Quid iuris se *B* alegasse tão-somente a incompetência territorial do tribunal portuense, silenciando a respeito da incompetência internacional⁷¹ e do tribunal que considerava competente? Salvo melhor opinião — e sem embargo do que de diferente possa emanar de uma interpretação rigorosa das peças processuais —, isso não lograria impedir a concessão de competência internacional ao tribunal demandado⁷²: produzia-se o efeito atributivo da competência internacional do art. 26.º, mas não o atributivo de competência territorial.

Outra coisa era saber se isso teria corolários práticos. Estamos em crer que não, porque, diante da impossibilidade de colher do art. 26.º a plenitude dos seus efeitos, o tribunal do Porto teria de se julgar territorialmente incompetente e absolver o réu da instância: é que os restantes tribunais portugueses permaneciam internacionalmente incompetentes no seu conjunto (*vide supra* n.º 31). Quem queira empregar a terminologia do processo civil português, pode qualificar a incompetência do tribunal de relativa, mas terá sempre de adequar as suas consequências ao sistema do Regulamento: e deste resulta que o tribunal concretamente demandado e os tribunais portugueses no seu conjunto são incompetentes.

53. Algo de semelhante sucedia, até certo ponto, no *Caso 2 adaptado*, isto é, supondo que a ação era instaurada em Évora (e não em Faro).

Se *D* excecionasse a incompetência internacional, o tribunal de Évora deveria julgar-se internacionalmente incompetente, porque a invocação da incompetência internacional abrangeria a da incompetência territorial.

Se *D* só invocasse a incompetência em razão do território, o art. 26.º teria aplicação na parte relativa à competência internacional do tribunal demandado, só que não lograva fundar a sua competência territorial. Neste caso, era, *porém*, de remeter os autos ao tribunal de Faro, uma vez que este possuía competência internacional e territorial à luz do art. 7.º/2 do Regulamento. Ou seja: o tribunal estaria autorizado a fazer valer um aspeto do regime da incompetência relativa (art. 105.º/3 do CPC).

54. Na hipótese de, no *Caso 3*, a ação ser instaurada num tribunal português territorialmente incompetente, de nada adiantaria ao réu arguir a sua incompetência internacional, visto que os tribunais portugueses são competentes no seu todo.

Mas se o réu opuser a incompetência territorial, então o art. 26.º não é de molde a conferir competência ao tribunal demandado. Julgando a exceção procedente, o tribunal chamado a pronunciar-se há de remeter o processo ao tribunal português internacional e territorialmente competente (art. 105.º/3 do CPC).

⁷¹ Admitindo a possibilidade de o réu aceitar a competência internacional e contestar a territorial, *vide* BURKHARD HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, pp. 413-414.

⁷² Prevalece outro entendimento na Alemanha, onde a jurisprudência e a doutrina tendencialmente consideram que a exceção da incompetência territorial abrange, em caso de dúvida, a de incompetência internacional: *vide* REINER HÜSSTEGE, Art. 26, em HEINZ THOMAS / HANS PUTZO, *Zivilprozessordnung*, pp. 2232-2233; REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 507; HEINRICH NÄGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 191; HARTMUT LINKE / WOLFGANG HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, p. 153; ANSGAR STAUDINGER, Art. 26, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, pp. 818-819; PETER GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 7; HEINRICH DÖRNER, Art. 26, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung (Nomos Handkommentar)*, 10.ª ed., Nomos, 2023, anotação 7; e ASTRID STADLER / CHRISTIAN KRÜGER, Art. 26, em HANS-JOACHIM MUSIELAK / WOLFGANG VOIT, *Zivilprozessordnung...*, anotação 3a. REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotações 12.1., 13 e 13.1., embora saliente que existe comparação quando é invocada exceção diferente da incompetência internacional (v.g., incompetência material ou territorial), propugna uma *interpretação benevolente* — *wohlwollende Auslegung* — a favor do réu, devendo, na dúvida, considerar-se como compreendida na sua defesa a arguição da falta de jurisdição.

3. Regime de arguição e controlo da competência

55. O carácter *subsidiário* da atuação do art. 26.º/1 — pressupõe uma ação instaurada num tribunal incompetente à luz de outros critérios — e a *peculiaridade* do critério que emprega — a comparência do réu sem impugnação da competência — fazem com que a sua disciplina necessariamente se reflita no regime comum de arguição e controlo da competência⁷³.

Frise-se desde já, todavia, que o art. 26.º não visa reger os termos em que o tribunal demandado pode ou deve tomar conhecimento da incompetência: traz *um outro critério atributivo de competência, para além dos consignados nos arts. 4.º, 7.º ss. e 25.º*. Como concluiremos adiante, o preceito é *uma verdadeira norma de competência*⁷⁴.

Que o art. 26.º não é mera regra de controlo da competência flui ainda

- a) da sua inserção sistemática na secção devotada à *extensão de competência*;
- b) da sua não inserção na Secção 8, consagrada ao *controlo da competência*;
- c) da sua letra — *para além* dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal...

56. Confrontado com uma ação em processo comum para a qual é incompetente, o tribunal deve, antes de mais, verificar se se trata de matéria incluída no âmbito do art. 24.º (*competências exclusivas*). Se for esse o caso, a comparência do réu e a não arguição da incompetência não são de molde a torná-lo competente, de maneira que se deve declarar, liminarmente ou não, incompetente. Pode fazê-lo oficiosamente (art. 27.º)

57. Se se não tratar de matéria de *competências exclusivas*, o tribunal demandado terá sempre de apurar se o réu *compareceu* ou não, não sendo lícito que se declare *liminarmente* incompetente; ainda que, logo após a instauração da ação, o juiz se aperceba da incompetência, antes de a julgar tem de convocar o réu para a ação, a fim de que este decida comparecer ou não⁷⁵

O art. 26.º *obriga a auscultar* o réu antes de se conhecer da incompetência primária. Qualquer outro entendimento seria sua subversão: bastaria decidir antes de ao réu ser dado conhecimento do processo e, conseqüentemente, da comparência, para que o art. 26.º não passasse de letra morta. A possibilidade de competência com base na comparência *pressupõe a possibilidade de comparência*.

58. *Quando o réu devidamente convocado não comparece*, tem aplicação o art. 28.º, por força do qual o juiz se deve declarar *ex officio* incompetente, na hipótese de o réu estar domiciliado num Estado-Membro⁷⁶. O critério subsidiário da comparência não salva a instância.

59. *Quando o réu compareça* (tenha ou não domicílio num Estado-Membro), o tribunal terá de considerar *a sua pronúncia* a respeito da incompetência, pois que, se a não excepcionar⁷⁷, o art. 26.º reclamará plena aplicação.

Nas hipóteses em que, fora do domínio das competências exclusivas, o réu convocado não argui a incompetência ao comparecer, *o tribunal demandado está impedido de se declarar incompetente*, mesmo que o pudesse fazer oficiosamente segundo o processo civil interno. O réu, de seu lado, vê, a partir da comparência, “precluir” o poder de excepcionar a incompetência que eventualmente lhe fosse

⁷³ Que pode ficar muito distante dos regimes processuais estaduais. Afasta-se, por certo, do do CPC português.

⁷⁴ Fica, destarte, impugnada a tese, ecoada *supra*, na nota 5, segundo a qual o art. 26.º assenta nos princípios da preclusão e da economia processuais. *Vide* ainda, em jeito de conclusão, *infra* n.º 86.

⁷⁵ *Vide* REINHOLD GEIMER (com a colaboração de EWALD GEIMER e GREGOR GEIMER), *Internationales Zivilprozessrecht*, pp. 508 e 639, e CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XVIII. Competencia judicial Internacional...”, p. 2677.

⁷⁶ Tendo o réu domicílio num Estado terceiro, na impossibilidade de aplicar o art. 26.º valem as regras do CPC sobre controlo da competência, que regra geral também não impedem o conhecimento oficioso da incompetência absoluta.

⁷⁷ Se for excepcionada a incompetência internacional ou territorial, *vide* o que é dito no antecedente n.º 2, n.ºs 51 ss.

reconhecido, pelos processos civis internos, para lá desse momento. Preenchida a previsão do art. 26.º/1, o tribunal *passa*, afinal de contas, *a competente*.

No que tange ao processo civil português, a disciplina de arguição e conhecimento das exceções de incompetência internacional e em razão do território constante dos arts. 97.º/1, 98.º, 103.º/1 e 104.º/1 e 3 do CPC é inaplicável.

60. Em suma, salvo tratando-se da violação de competências exclusivas estabelecidas pelo art. 24.º, o tribunal de um Estado-Membro em que seja instaurada uma ação para a qual é internacionalmente incompetente:

- a) nem pode conhecer da incompetência liminarmente — porque há de aguardar pela comparência do réu;
- b) nem pode declarar-se incompetente oficiosamente, quando o réu compareça e não oponha a exceção — porque então passa a ter competência.

4. Cumulação de defesas

61. A redação da 2.ª parte do art. 26.º/1 exige que o réu, querendo excluir o efeito atributivo de competência assente na comparência, *limite* a sua defesa à arguição da incompetência, isto é, faça desta o único objetivo da comparência.

Aparentemente, seria ineficaz uma contestação em que fosse arguida a incompetência e, por exemplo:

- a) fossem invocadas outras exceções dilatórias;
- b) fosse oposta uma exceção perentória (v.g., prescrição, pagamento);
- c) fosse impugnada a matéria de facto atinente ao mérito da causa articulada pelo autor...

62. O Tribunal de Justiça há muito tempo que tem vindo a refutar semelhante entendimento — que seria, realmente, despropositado.

Logo em 1976, o Tribunal esclareceu, no Acórdão *Elefanten Schuh* e a respeito do art. 18.º da Convenção de Bruxelas, que o réu lograva afastar o título de competência conferido por aquele preceito mesmo se, *além de excepcionar a incompetência, contestasse o mérito da causa*. Leiam-se os §§ 14 e 17:

“14 Bien que des divergences apparaissent entre les différentes versions linguistiques de l’article 18 de la convention sur le point de savoir si le défendeur, pour écarter la compétence de la juridiction saisie, doit se limiter à la seule contestation de cette compétence ou si, au contraire, il peut arriver au même but en contestant aussi bien la compétence de la juridiction saisie que la demande au fond, cette dernière solution est plus conforme aux finalités et à l’esprit de la convention. En effet, d’après le droit de procédure civile de certains États contractants, le défendeur qui ne soulèverait que le problème de la compétence pourrait être forcé à faire valoir ses moyens de fond dans le cas où le juge rejetterait le moyen d’incompétence. Une interprétation de l’article 18 qui permettrait d’arriver à un tel résultat serait contraire à la protection des droits de la défense dans la procédure d’origine, qui constitue l’un des objectifs de la convention.

[...]

17 Il convient, dès lors, de répondre aux deuxième et troisième branches de la première question que l’article 18 de la convention doit être interprété en ce sens que la règle de compétence que cette disposition établit n’est pas applicable lorsque le défendeur conteste non seulement la compétence mais conclut en outre sur le fond du litige, à condition que la contestation de la compétence, si elle n’est pas préalable à toute défense de fond, ne se situe pas après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi.”

Esta doutrina encontra-se replicada nos seguintes arestos do mesmo Tribunal:

a) Acórdão de 22/10/1981, *Établissements Rohr Société anonyme contra Dina Ossberger*⁷⁸:

“8 [...] Accordingly the answer to the question submitted must be that Article 18 of the Convention of 27 September 1968 must be interpreted as meaning that it allows the defendant not only to contest the jurisdiction but to submit at the same time in the alternative a defence on the substance of the action without, however, losing his right to raise an objection of lack of jurisdiction”;

b) Acórdão de 31/3/1982, *C.H.W. contra G.J.H.*⁷⁹:

“13 As to the fourth question, it suffices to recall that in its judgments of 24 June 1981 in Case 150/80 *Elefanten Schuh GmbH* [...] and of 22 October 1981 in Case 27/81 *Rohr* [...] the Court held that Article 18 of the Convention must be interpreted as meaning that it allows the defendant not only to contest the jurisdiction but to submit at the same time in the alternative a defence on the substance of the action without however losing his right to raise an objection of lack of jurisdiction”;

c) Acórdão de 14/7/1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG and others contra Amministrazione del Tesoro dello Stato*⁸⁰:

“21 As regards this question it is sufficient to recall that the Court in its judgments of 24 June 1981 in Case 150/80 *Elefanten Schuh GmbH* [...], of 22 October 1981 in Case 27/81 *Rohr* [...] and of 31 March 1982 in Case 25/81 *CHW* [...] has recognized that Article 18 of the Convention must be interpreted as meaning that it allows a defendant not merely to contest jurisdiction but at the same time to submit, in the alternative, a defence on the substance of the case without thereby losing the right to raise an objection of want of jurisdiction.”

Veja-se, outrossim, o Acórdão *Bayerische Motoren Werke*, § 33.

63. No Acórdão *Bayerische Motoren Werke* foi posta ao Tribunal de Justiça a questão de saber se o art. 26.º conferiria competência na hipótese de o réu arguir a incompetência internacional apenas subsidiariamente em relação a outras exceções.

A decisão do Tribunal foi inequívoca:

“34 Daqui resulta que o facto de o demandado contestar sem ambiguidade, no seu primeiro ato de defesa, a competência do tribunal chamado a decidir impede a extensão de competência referida no artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001, sem que seja relevante se esta contestação é ou não o objeto único deste primeiro ato de defesa.

35 No caso em apreço, a circunstância de a BMW, no seu primeiro ato de defesa no Tribunale di Napoli (Tribunal de Nápoles), ter contestado não apenas a competência deste tribunal mas também a regularidade da notificação da petição inicial e da procuração do mandatário da Acacia em nada altera o facto, aliás não contestado, de que a BMW contestou expressamente e sem a menor ambiguidade a competência do referido tribunal neste ato de defesa. Como foi recordado nos n.ºs 32 e 33 do presente acórdão, o artigo 24.º, segundo período, do Regulamento n.º 44/2001 tem por finalidade impedir a extensão de competência quando o requerido exprime, logo a partir do seu primeiro ato de defesa, a sua intenção de não aceitar a competência do tribunal chamado a decidir. Esta disposição não pode assim ser interpretada no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, na qual uma exceção relativa à incompetência do tribunal chamado a decidir foi claramente invocada *in limine litis*, esta contestação expressa da competência deve ser considerada, como alega a Acacia, como sendo uma aceitação tácita desta competência por a referida exceção só ter sido invocada a título subsidiário em relação às outras exceções processuais invocadas *in limine litis*.

36 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que uma exceção relativa à incompetên-

⁷⁸ Proc. n.º 27/81.

⁷⁹ Proc. n.º 25/81.

⁸⁰ Proc. n.º 201/82.

cia do tribunal chamado a decidir, invocada no primeiro ato de defesa a título subsidiário em relação às outras exceções processuais invocadas no mesmo ato, não pode ser considerada uma aceitação da competência do tribunal chamado a decidir e não conduz, por conseguinte, a uma extensão de competência nos termos deste artigo.”

64. Em abono desta orientação jurisprudencial tão firmemente mantida pelo Tribunal de Justiça, diga-se que, atualmente, a expressão *único objetivo*, constante da versão portuguesa do art. 26.º/1, não tem correspondente nas versões linguísticas mais representativas:

- a) “[t]his rule shall not apply where appearance *was entered to contest the jurisdiction*, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 24”;
- b) “[c]ette règle n’est pas applicable si la comparution *a pour objet de contester la compétence* ou s’il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l’article 24”;
- c) “[d]ies gilt nicht, wenn der Beklagte sich einlässt, *um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen* oder wenn ein anderes Gericht aufgrund des Artikels 24 ausschließlich zuständig ist”;
- d) “[t]ale norma non è applicabile se la comparizione *avviene per eccepire l’incompetenza* o se esiste un’altra autorità giurisdizionale esclusivamente competente ai sensi dell’articolo 24”;
- e) “[e]sta regla no será de aplicación si la comparencia *tiene por objeto impugnar la competencia* o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24”.⁸¹

5. Forma de arguição

65. Ainda em conexão com a temática acabada de tratar, mas com repercussões para além dela, tome-se nota de que o Tribunal de Justiça tem desde sempre exigido, como condição de eficácia da oposição à competência do tribunal demandado, que o autor e o tribunal *possam compreender, logo a partir da primeira defesa do réu, que tal defesa visa efetivamente contestar a competência*: vide § 15 do Acórdão *Elefanten Schuh*⁸², § 37 do Acórdão *Cartier parfums*⁸³ e § 33 do Acórdão *Bayerische Motoren Werke*⁸⁴.

66. Daqui vem que a arguição da incompetência pode ser tácita e não tem de obedecer a fórmulas sacramentais expressas: por exemplo, a invocação da existência de convenção de arbitragem cobrindo a matéria objeto do processo vale como oposição à competência internacional do tribunal.⁸⁵

⁸¹ Os itálicos são, naturalmente, acrescentados.

No domínio da Convenção de Bruxelas de 1968, além da versão em língua portuguesa, também as versões alemã, inglesa e italiana do art. 18.º aludiam ao *objetivo exclusivo ou único* de contestar ou excecionar a incompetência: “[d]ies gilt nicht, wenn der Beklagte sich *nur* einläßt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen [...]”; “[t]his rule shall not apply where appearance was entered *solely* to contest the jurisdiction [...]”; “[t]ale norma non è applicabile se la comparizione *avviene solo* per eccepire la incompetenza [...]”. Sobre este ponto, vide HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 193, CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 36, e CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, pp. 670-671.

⁸² “Cependant, la contestation de la compétence ne saurait avoir l’effet que lui assigne l’article 18 que si la partie demanderesse et le juge saisi sont mis en mesure de comprendre, dès la première défense du défendeur, que celle-ci vise à faire obstacle à la compétence”.

⁸³ “Além disso, já foi declarado que o artigo 18.º da Convenção de Bruxelas é também aplicável aos casos em que o demandado apresente alegações sobre a competência do juiz chamado a decidir e sobre o mérito da causa. Contudo, a contestação da competência só terá o efeito que o artigo 18.º lhe atribui se o demandando e o tribunal chamado a decidir puderem compreender, logo a partir da primeira defesa do demandado, que esta defesa visa contestar a competência [...]”.

⁸⁴ “Referindo-se à sua jurisprudência relativa ao artigo 18.º da Convenção de Bruxelas, disposição que em substância é idêntica ao artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001, o Tribunal de Justiça já declarou que a contestação da competência do tribunal chamado a decidir impede a extensão quando o demandante e o tribunal chamado a decidir puderem compreender, logo a partir da primeira defesa do demandado, que esta defesa visa contestar esta competência”.

⁸⁵ Neste sentido: LIMA PINHEIRO, “Prorogation by submission...”, p. 480; HEINRICH NAGEL / PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 191; PETER GOTTWALD, Art. 26, em WOLFGANG KRÜGER / THOMAS RAUSCHER, *Münchener Kommentar...*, anotação 7; CHRISTOPH THOLE, Art. 26, em STEIN / JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, anotação 28; MATTHIAS WELLER, Art. 26, em BERNHARD WIECZOREK / ROLF A. SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung...*, p. 474; HEINRICH DÖRNER, Art. 26, em INGO SAEN-

6. Levantamento da arguição

67. Certa doutrina estrangeira⁸⁶ advoga que o réu pode *retirar* a arguição da incompetência, do que resultaria vir o tribunal demandado a tornar-se competente.

Estamos de acordo, salvaguardado que seja o caso julgado. Ou seja: enquanto o tribunal, após a arguição da incompetência pelo réu, não proferir decisão a julgar-se incompetente ou enquanto tal decisão não transitar em julgado, é lícito ao réu renunciar à arguição. Esta renúncia pode ser expressa ou tácita e com base nela — por isso que é superveniente — o tribunal demandado deverá assumir a competência.

68. A tomar como boa esta opinião, ela afasta o art. 26.º dos pactos de jurisdição. Depois de firmado o pacto, ainda que tacitamente, não se compreenderia que o réu pudesse pôr-lhe termo unilateralmente e *ad nutum*.

VI. “[...] [O]u se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 24.º”

1. A exclusão do art. 24.º

69. Acima já avançamos (n.º 50) que o segmento final do art. 26.º/1 também não constitui autêntica *exceção* à regra de atribuição de competência fundada na comparência.

Efetivamente, o *não estarem* em juízo matérias situadas no perímetro do art. 24.º é um *elemento constitutivo negativo* da competência do tribunal demandado. Ainda que o réu compareça e ainda que não argua a incompetência, nem por isso o tribunal demandado a adquire, se ela dever pertencer exclusivamente a uma das jurisdições mencionadas no art. 24.º. Por isso que não é sobre o réu que recai o ónus de alegar que o processo versa sobre as competências exclusivas do art. 24.º. De harmonia com o art. 27.º, o tribunal é que deve, oficiosamente, apurar se assim é ou não

A competência atribuída pelo art. 24.º é *exclusiva* e *excludente*: é exclusiva do tribunal aí designado e, por virtude disso, excludente da de quaisquer outros. Entre estes outros tribunais estão aqueles em que a ação seja proposta e o réu compareça sem arguir a incompetência. *Além* dos tribunais considerados competentes pelo art. 24.º, *nenhum outro* pode reclamar competência.

70. Alguma doutrina equipara a exclusão do art. 24.º pelo art. 26.º/1 à exclusão do mesmo preceito operada pelo art. 25.º/4⁸⁷.

No entanto, e como é bom de ver, os critérios de competências exclusivas do art. 24.º – daí serem exclusivas – prevalecem sobre todos os demais do Regulamento, tenham ou não a ver com pactos de jurisdição.

2. A não exclusão do art. 25.º-

71. O Tribunal de Justiça já foi por diversas vezes questionado sobre se a existência de pacto de jurisdição expresso e exclusivo nos termos do (atual) art. 25.º também é de molde a impedir a atribuição de competência com base na comparência do réu.

Suponha-se esta hipótese (*Caso 7*):

GER, *Zivilprozessordnung...*, anotação 7; e REINHARD GAIER, Art. 26, em VOLKERT VORWERK / CHRISTIAN WOLF, *BeckOK ZPO*, anotação 13.1.

⁸⁶ Vide HEINRICH DÖRNER, Art. 26, em INGO SAENGER, *Zivilprozessordnung...*, anotação 7.

⁸⁷ Vide, por exemplo, ANSGAR STAUDINGER, Art. 26, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, p. 822.

K, português domiciliado em Portugal, celebra com *L*, francês domiciliado na França, um pacto de jurisdição atributivo de competência exclusiva⁸⁸ aos tribunais franceses para a resolução dos litígios advenientes de um contrato de prestação de serviço; violado o contrato por *L*, *K* instaura ação em tribunal português, sendo que *L* comparece sem arguir a incompetência.

O tribunal português adquire competência ao abrigo do art. 26.º/1? Ou deverá entender-se que a competência a favor dos tribunais franceses, sendo exclusiva, é igualmente excludente da competência de quaisquer outros tribunais? A exceção contida no art. 26.º/1, 2.ª parte, *in fine*, é extensível à competência internacional exclusiva nos termos do art. 25.º?

72. O primeiro aresto proferido sobre o tema pelo Tribunal de Justiça foi o Acórdão *Elefanten Schuh*. Aqui ficou assente uma jurisprudência que nunca mais foi abandonada — e consistente em não excepcionar à aplicação do art. 26.º/1 as situações de violação de pactos expressos de jurisdição.

A argumentação do Tribunal foi a seguinte:

“9 L’article 18 [corresponde ao atual art. 26.º/1] de la convention établit, dans sa première phrase, la règle selon laquelle la juridiction d’un État contractant devant lequel le défendeur comparaît est compétente, et prévoit, dans sa deuxième phrase, que cette règle n’est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s’il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l’article 16 [corresponde ao atual art. 24.º] de la convention.

10 Le cas visé par l’article 17 [corresponde ao atual art. 25.º] ne figure donc pas parmi les exceptions que l’article 18 admet à la règle qu’il établit. D’ailleurs, il n’y a pas de motif tenant à l’économie générale ou aux objectifs de la convention pour considérer que des parties à une clause attributive de compétence au sens de l’article 17 seraient empêchées de soumettre volontairement leur litige à une autre juridiction que celle prévue par ladite clause.”

Posteriormente, *vide*:

a) Acórdão *Spitzley*, designadamente os §§ 24 a 26:

“24 It should be recalled that, according to the second sentence of Article 18, the rule in the first sentence does not apply where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 16 of the Convention. The case envisaged in Article 17 is not therefore one of the exceptions which Article 18 allows to the rule which it lays down.

25 As the Court has already stated in the said judgment of 24 June 1981 neither the general scheme nor the objectives of the Convention provide grounds for the view that the parties to an agreement conferring jurisdiction within the meaning of Article 17 are prevented from voluntarily submitting their dispute to a court other than that stipulated in the agreement.

26 It follows that the fact that an agreement conferring jurisdiction within the meaning of Article 17 designates the court which is to have jurisdiction does not preclude the application, where appropriate, of Article 18 where another court is seised of the proceedings”;

b) Acórdão *Ceská*, § 25:

“25 Com efeito, segundo a jurisprudência relativa ao artigo 18.º da Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 [...], disposição idêntica, no essencial, ao artigo 24.º do Regulamento n.º 44/2001, nos casos que não constam expressamente de entre as exceções previstas na segunda frase do referido artigo 18.º, é aplicável a regra geral sobre a extensão tácita da competência. Ao pronunciar-se no âmbito de um litígio em que as partes tinham celebrado um pacto atributivo de jurisdição, o Tribunal de Justiça afirmou que não havia qualquer razão decorrente da economia geral ou dos objectivos da referida Convenção para

⁸⁸ Nos termos do art. 25.º/1, os pactos de jurisdição presumem-se atributivos de competência internacional exclusiva se as partes não estipularem o contrário.

se considerar estarem as partes impedidas de submeter um litígio a um órgão jurisdicional diferente do estipulado no pacto [...]”;

c) Acórdão *Taser*, §§ 23 e 24:

“23 Assim, a regra geral relativa à extensão tácita da competência do tribunal onde foi intentada a ação é aplicável, exceto nos casos que figuram expressamente entre as exceções previstas no segundo período do referido artigo 24.º. Uma vez que a extensão de competência por convenção atributiva de jurisdição, na aceção do artigo 23.º do Regulamento n.º 44/2001, não figura entre essas exceções, o Tribunal de Justiça já declarou que não existem motivos relativos à sistemática geral ou aos objetivos desse regulamento que justifiquem considerar que as partes estariam impedidas de submeter um litígio a uma jurisdição distinta da fixada convencionalmente [...]

24 Este raciocínio aplica-se tanto às convenções atributivas de competência aos tribunais de um Estado-Membro como às que atribuem competência a favor dos tribunais de um Estado terceiro, uma vez que a extensão tácita da competência nos termos do artigo 24.º, primeiro período, do Regulamento n.º 44/2001 se baseia numa escolha deliberada das partes no litígio relativa a essa competência [...].”

73. Nada haverá a objetar aos argumentos gramatical e sistemático empregues pelo Tribunal: de facto, a 2.ª parte do art. 26.º/1 só enuncia expressamente duas “exceções” à sua aplicação, devendo ser interpretada restritivamente.

Todavia, estamos em crer que não merece o mesmo acolhimento a aproximação do art. 26.º a um *pacto de jurisdição tacitamente celebrado* entre as partes, com natural repercussão no que teria sido previamente ajustado ao abrigo do art. 25.º⁸⁹. Mas é isso que o Tribunal tem feito:

- a) nos Acórdãos *Elefanten Schuh* e *Spitzley* justifica-se a decisão proferida aduzindo que as partes não devem ficar impedidas de submeter *voluntariamente* o seu litígio a outro tribunal diferente do previamente escolhido;
- b) no Acórdão *Taser*, os §§ 23 e 24 surgem envoltos num raciocínio que parte todo ele duma conceção do art. 26.º como norma de competência baseada no *consenso tacitamente formado entre as partes no processo*: no § 21 diz-se que o art. 26.º “determina que a comparência do demandado possa ser considerada uma *aceitação tácita da competência* do tribunal onde foi intentada a ação”; no § 22 declara-se não haver “*extensão tácita da competência*” quando o demandado, deduzindo a exceção de incompetência, dessa forma expresse a sua *vontade de a não aceitar*; e no próprio § 24 afirma-se que “a extensão tácita da competência nos termos do [então] artigo 24.º [...] se baseia numa *escolha deliberada das partes* no litígio relativa a essa competência”.

Salvo o devido respeito, este entendimento funda os seus alicerces numa presunção indemonstrada, qual seja — já o dissemos — a de que o art. 26.º prevê e regula pactos de jurisdição.

Os argumentos literal e sistemático mostram-se perfeitamente suficientes para fazer funcionar o critério de competência do art. 26.º mesmo nas hipóteses de a ação ter sido instaurada em contra-venção de um pacto de jurisdição exclusiva outorgado pelas partes. De resto, o Regulamento Bruxelas I *bis* trouxe um outro argumento sistemático no mesmo sentido: do art. 31.º/2 depreende-se que um tribunal demandado em violação de pacto exclusivo de jurisdição pode declarar-se competente ao abrigo do art. 26.º⁹⁰.

74. *Doutro prisma*, não se caia na *tentação* de advogar que o facto de o art. 26.º/1, 2.ª parte, *in fine*, não excepcionar o art. 25.º significa ser comum a natureza dos critérios de conexão de ambos os

⁸⁹ Quando o pacto expresso de jurisdição fosse exclusivo, o art. 26.º seria *derrogatório* da *exclusividade* nele firmada, porque confiaria a competência internacional a um tribunal distinto — e além — do selecionado. Quando o pacto de jurisdição fosse alternativo (ou concorrente), o art. 26.º seria dele *complementar*, porque acrescentaria ao tribunal expressamente escolhido um outro.

⁹⁰ Vide PETER MANKOWSKI, Art. 25, em THOMAS RAUSCHER, *Europäisches...*, p. 679.

preceitos: por ambos assentarem na autonomia da vontade, dir-se-ia, é que o art. 26.º pode afastar o art. 25.º e o efeito privativo da competência do tribunal demandado inerente ao pacto expresso de jurisdição a favor do tribunal escolhido. Contra esta linha de pensamento basta apontar que o art. 26.º autoriza o afastamento de quase todos os demais critérios de competência do Regulamento⁹¹, que nada têm a ver com o direito das partes de escolherem o tribunal.

VII. “Pacto tácito de jurisdição” ou critério de competência autónomo baseado nos contactos e pressupostos enunciados no art. 26.º?

1. “Pacto tácito de jurisdição”?

75. A partir de uma interpretação do art. 26.º livre do *dogma* ou da *presunção* de que daria corpo a um pacto tácito de jurisdição, é possível firmar as conclusões que passamos a enunciar.

Em primeiro lugar, o critério de competência do art. 26.º é complementar dos critérios de competência concretamente preteridos em seu favor. Não é assim com o art. 25.º, que obriga a presumir os pactos expressos de jurisdição como exclusivos e, por conseguinte, como privativos da competência reconhecida a outros tribunais⁹². O art. 26.º nunca confere competência exclusiva⁹³.

Em segundo lugar, o alcance da intervenção subsidiária do art. 26.º é distinto da do art. 25.º, na medida em que lhe anda sempre associada a atribuição de competência territorial ao tribunal demandado.⁹⁴

Em terceiro lugar, a delimitação do âmbito de aplicação em razão do espaço do art. 25.º e do art. 26.º põe-se em termos muitos distintos. Uma questão como a que foi colocada no caso *Inkreal* teria solução evidente se o tribunal checo tivesse sido demandado, não ao abrigo de pacto expresso de jurisdição, mas nos termos do art. 26.º⁹⁵.

Em quarto lugar, sendo verdade que o art. 26.º possui um âmbito de aplicação subjetivo alargado, já se nos afigura incorreto vislumbrar nessa circunstância uma aproximação ao art. 25.º, visto não ser este o único preceito normativo a que o Regulamento reconhece um campo de aplicação subjetivo amplo.⁹⁶

Em quinto lugar, o que justifica a suscetibilidade de aplicação do art. 26.º a situações em que não exista conexão alguma entre o tribunal demandado e a situação jurídica controvertida também não é um (suposto) paralelismo com o art. 25.º: é, ao invés, a diferença em face deste preceito e, bem assim, a própria letra e o espírito do art. 26.º⁹⁷.

Em sexto lugar, o art. 26.º afasta-se do regime dos pactos de jurisdição previsto no art. 25.º na medida em que, contrariamente ao que sucede com estes, é sempre critério atributivo de competência *individual e concreta* ao tribunal demandado.⁹⁸

Em sétimo lugar, é improcedente uma aproximação entre a natureza do critério do art. 25.º e a do art. 26.º para efeitos de justificar a possibilidade de este derogar aquele⁹⁹.

76. Todas estas conclusões afastam o art. 26.º do art. 25.º e, por conseguinte, da figura dos pactos de jurisdição.

Resta agora dar conta de outros argumentos no mesmo sentido. Trata-se de argumentos extraídos:

- a) da letra dos arts. 25.º e 26.º;
- b) da sistemática do Regulamento;
- c) da teleologia do próprio art. 26.º.

⁹¹ Bem como dos critérios de competência constantes de fontes internas.

⁹² *Vide supra* n.ºs 10 e 11.

⁹³ *Vide supra* n.ºs 10 e 11.

⁹⁴ *Vide supra* n.ºs 12 a 14 e 15.

⁹⁵ *Vide supra* n.ºs 16 a 18.

⁹⁶ *Vide supra* n.º 25.

⁹⁷ *Vide supra* n.ºs 27 e 28.

⁹⁸ *Vide supra* n.ºs 29 a 35.

⁹⁹ *Vide supra* n.ºs 71 a 74.

77. O *elemento gramatical* da interpretação revela-nos diferenças significativas entre o art. 25.º e o art. 26.º.

O art. 25.º alude expressamente a *convenção*, a *pacto* e a *acordo* (atributivos de jurisdição) em oito ocasiões. Veja-se:

“1. Se as partes, independentemente do seu domicílio, *tiverem convencionado* que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, a menos que o *pacto* seja, nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário. O *pacto* atributivo de jurisdição deve ser celebrado [...].

[...]

2. Qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do *pacto* equivale à «forma escrita».

[...]

4. Os *pactos* atributivos de jurisdição bem como as estipulações similares de atos constitutivos de trusts não produzem efeitos se forem contrários ao disposto nos artigos 15.º, 19.º ou 23.º, ou se os tribunais cuja competência pretendam afastar tiverem competência exclusiva por força do artigo 24.º.

5. Os *pactos* atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como *acordo* independente dos outros termos do contrato.

A validade dos *pactos* atributivos de jurisdição não pode ser contestada apenas com o fundamento de que o contrato não é válido.”

No § 20 do Regulamento também se fala, a propósito do art. 25.º, de *pacto* por *duas* vezes.

O art. 31.º emprega, de seu lado, por *cinco* vezes, ao referir-se ao art. 25.º, o termo *pacto*; e o § 22 do Regulamento, explicativo daquele art. 31.º, alude a *acordo* por *sete* vezes.

Já o art. 26.º *não emprega sequer uma só vez* as palavras *convenção*, *pacto*, *acordo* ou outras equivalentes.

Portanto: se, a respeito do art. 25.º, o Regulamento utiliza os termos referidos *mais de vinte vezes*, a respeito do art. 26.º eles nunca são empregues.

Isto há de ter alguma razão de ser.

78. Passemos ao *elemento sistemático*.

Em primeiro lugar, dir-se-ia que a colocação sistemática do art. 26.º logo a seguir ao preceito devotado à regulação dos pactos de jurisdição (art. 25.º), bem como a reunião dos dois preceitos na mesma secção do Regulamento, constituem prova de que ambos os artigos estão consagrados à disciplina de uma mesma realidade: os acordos de eleição do foro.

Trata-se de argumento improcedente.

Por um lado, a mera inserção dos dois artigos na mesma secção não é capaz de demonstrar nada com carácter definitivo, porquanto é muito fácil de verificar que em cada uma das outras secções do Regulamento estão reunidos critérios de competência muito distintos. *Vide*, por exemplo: os diversos números do art. 7.º, pertencentes à Secção 2; os arts. 11.º, 12.º e 14.º, integrados na Secção 3; os n.ºs 1 e 2 do art. 18.º e o art. 19.º, inseridos na Secção 4; e os n.ºs 1 e 2 do art. 21.º, o art. 22.º e o art. 23.º, agrupados na Secção 5.

Por outro lado, é de notar que a Secção 7 tem por epígrafe *Extensão de competência* — e não uma outra que, direta ou indiretamente, pudesse ligar os arts. 25.º e 26.º a pactos de jurisdição, *v.g.*, *Autonomia privada*, *Autonomia da vontade*, *Pactos de jurisdição*, *Eleição do foro*, *Escolha do tribunal*, etc.

Reconhecemos que a epígrafe da Secção 7 dá uma indicação no sentido de que alguma coisa *une* os arts. 25.º e 26.º. Porém, tal elemento unificador não reside no facto de ambos disciplinarem pactos de jurisdição: está sim, e tão-somente, em que os dois preceitos constituem *formas de extensão ou de alargamento da competência* a jurisdições que a não possuam (ou a possuam noutros moldes) à luz de outras regras do Regulamento. Os arts. 25.º e 26.º permitem atribuir competência a jurisdições de outra forma incompetentes ou, no caso do art. 25.º, a jurisdições que não dispunham de competência exclusiva.

79. *Em segundo lugar*, acresce um argumento sistemático vindo dos §§ 19 e 20 do Regulamento. O § 19 é dedicado ao princípio da *autonomia das partes* enquanto princípio justificador de atribuição de competência. Ora, tal considerando é exclusivamente reportado ao art. 25.º. Dispõe o § 19, que transcrevemos nas versões francesa e inglesa:

“The autonomy of the parties to a contract, other than an insurance, consumer or employment contract, where only limited autonomy to determine the courts having jurisdiction is allowed, should be respected subject to the exclusive grounds of jurisdiction laid down in this Regulation.”

“L’autonomie des parties à un contrat autre qu’un contrat d’assurance, de consommation et de travail pour lequel n’est prévue qu’une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente devrait être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement.”

A versão oficial portuguesa do § 19 é impercetível, por isso que o passamos a transcrever numa tradução nossa:

“A autonomia das partes num contrato que não seja de seguro, de consumo ou de trabalho, para os quais é somente prevista uma autonomia limitada quanto à determinação da jurisdição competente, deverá ser respeitada, sem prejuízo dos foros de competência exclusiva previstos no presente regulamento.”

Embora o art. 26.º também salvguarde as competências exclusivas e a proteção nos contratos de seguro, consumo e trabalho, a verdade é que é manifesto pretender o § 19 corresponder-se com o n.º 4 do art. 25.º e não com o art. 26.º: veja-se, de um lado, que o § 19 alude à autonomia das partes *num contrato* e tenha-se em conta, de outro, que a seguir ao § 19 é posto um outro considerando exclusivamente atinente ao art. 25.º/1¹⁰⁰.

80. *Em terceiro lugar*, não cremos, ao invés do que alguma conceituada doutrina sufraga¹⁰¹, que o n.º 2 do art. 26.º¹⁰² se comunique com os arts. 15.º, 19.º e 23.º, preceitos especiais relativos aos pactos de jurisdição celebrados no âmbito de contratos de seguro, de consumo e de trabalho.

A diferença de redações entre o n.º 4 do art. 25.º e o n.º 2 do art. 26.º constitui demonstração cabal disso mesmo: ao passo que aquele alude expressamente aos arts. 15.º, 19.º e 23.º, assim estabelecendo uma *ligação direta* entre os “acordos” a que estes preceitos se referem e os pactos regulados pelo art. 25.º, o art. 26.º/2 limita-se a fazer menção às “matérias abrangidas pelas secções 3, 4 e 5”, como que a demarcar terreno entre a figura prevista no art. 26.º e aquela outra regulada nos arts. 15.º, 19.º e 23.º.

Noutros termos: o n.º 2 do art. 26.º *não é, nem visa ser, complemento* dos arts. 15.º/1, 19.º/1 e 23.º/1, *não regula, nem visa regular*; uma *modalidade especial* dos “acordos” de jurisdição *posteriores* ao surgimento do litígio.

81. Não podemos, *em quarto lugar*, deixar de apontar a *incoerência sistemática* em que a orientação que temos vindo a combater lançaria os arts. 25.º e 26.º.

Com efeito, enquanto o art. 25.º é muito exigente a respeito dos requisitos indispensáveis à celebração do acordo de eleição do foro, rodeando a sua formação válida de cautelas formais e substantivas, não suceda que as partes fiquem amarradas a um acordo que *não quiseram* — vide o n.º 1, 1.ª frase, *in fine*, e as als. a), b) e c) —, ao n.º 1 do art. 26.º bastaria, para que um pacto se tivesse por concluído validamente, a propositura da ação pelo autor e a comparência do réu no processo sem arguir a incompetência.

O “pacto” do art. 26.º não careceria de forma escrita, nem de confirmação escrita, nem da ponderação das relações prévias entre as partes. À celebração do pacto *bastaria a presença delas em tribunal, e o seu silêncio*. Se *realmente quiseram ou não quiseram o pacto* seria irrelevante. As partes até se

¹⁰⁰ § 20: “[a] questão de saber se o pacto atributivo de jurisdição a favor de um tribunal ou dos tribunais de um Estado-Membro é nulo quanto à sua validade substantiva deverá ser decidida segundo a lei do Estado-Membro do tribunal ou tribunais designados no pacto, incluindo as regras de conflitos de leis desse Estado-Membro”

¹⁰¹ Vide *supra* n.º 5.

¹⁰² Sobre o art. 26.º/2 do Regulamento, vide, recentemente, LIMA PINHEIRO, “Prorogation by submission...”, pp. 480 ss.

podem ter apresentado no tribunal demandado por, erradamente, estarem convencidas de que seria esse o tribunal competente — mas isso não teria importância. As partes — pessoas singulares ou coletivas — até podem ter litigado através de advogado desprovido de poderes para as vincular contratualmente, mas isso seria coisa sem relevo.

O art. 26.º *finje*¹⁰³ a vontade contratual das partes — e fá-lo-ia sem apelo nem agravo.

82. Finalmente, e salvo melhor opinião, a *Convenção da Haia sobre os acordos de eleição do foro* de 2005, aplicável aos acordos exclusivos de eleição do foro, não prevê (supostos) pactos tácitos de jurisdição do género dos que seriam admitidos no art. 26.º do Regulamento (*vide*, designadamente, arts. 3.º e 6.º da Convenção).

Isto é significativo *per se*.

83. Teleologicamente, é muito fácil fundar a disciplina do art. 26.º em princípios de competência internacional.

Entre o tribunal e as partes estabelece-se uma conexão estreita, porque ambas comparecem no processo; e, se comparecem, é porque o tribunal lhes é acessível. Respeita-se, destarte, a *proximidade* entre as partes e o tribunal.

Por outro lado, a sedimentação da competência depois de passado o momento próprio para a defesa assegura estabilidade e celeridade processuais. Assegura-se a *certeza (previsibilidade) jurídica* e cumpre-se a *boa administração da justiça*.

2. Critério de competência autónomo assente nos contactos e pressupostos enunciados no próprio art. 26.º

84. O art. 26.º é uma *norma de competência* que prevê um *critério atributivo de competência autónomo dos consignados nos demais preceitos do Regulamento*.

Este critério assenta em *dois elementos de intensa conexão* — isto é, dois *contactos* — com a jurisdição demandada e em *dois pressupostos negativos*:

- a) o primeiro elemento de conexão é a comparência do autor no tribunal em que instaura a ação;
- b) o segundo fator de conexão é a comparência do réu no mesmo tribunal;
- c) o primeiro pressuposto negativo é o de o litígio não versar sobre matérias abrangidas pelo art. 24.º;
- d) o segundo pressuposto negativo é a não arguição da incompetência pelo réu.

Esta estrutura *complexa* ou *composta* revela um critério *estritamente ligado ao concreto processo* para o qual o tribunal chamado a pronunciar-se há de considerar-se competente e, bem assim, à *conduta* das partes nesse processo.

Além disso, o critério do art. 26.º tem de *sui generis* o facto de ser *superveniente*: o tribunal assume competência no decurso do processo¹⁰⁴.

85. Este indissociável apego ao processo e este carácter superveniente harmonizam-se na perfeição com as conclusões, acima listadas no n.º 75, segundo as quais a competência atribuída pelo art. 26.º é *complementar, não exclusiva, subsidiária, universal, territorial e geralmente internacional, individual e concreta*.

86. Na medida em que prevê um *critério de competência autónomo*, o art. 26.º é, outrossim, insuscetível de ser globalmente compreendido com base nos princípios da preclusão e economia proces-

¹⁰³ Ou, numa fórmula menos elegante, *ficciona*.

¹⁰⁴ Realçando o ponto, *vide* CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, em ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI, *European Commentaries...*, p. 673.

suais, pese embora a sua disciplina tenha repercussão no sistema de arguição e controlo jurisdicional da competência internacional (*vide supra* no n.º 55).

A estatuição do art. 26.º vai muito para além da mera preclusão do direito do réu de invocar a incompetência ou do poder do tribunal de a conhecer: uma vez reunidos os pressupostos do preceito, o tribunal demandado *adquire a competência* que não tinha e *deve*, como corolário disso, *declarar-se competente*.

O art. 26.º é *atributivo de competência* — e não uma mera *norma-travão* da invocação da incompetência.

Problemas jurídicos en la venta paralela de productos de lujo (“accesible”): ¿Una industria multimillonaria que juega a dos bandas?

Legal problems in the parallel sale of products luxury (“accessible”): A multi-billion dollar industry that plays both sides?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 16.02.2025 / Aceptado: 25.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9325

Resumen: El comercio paralelo no es un fenómeno ni nuevo ni reciente. Sin embargo, actualmente sigue siendo un motivo de preocupación para las firmas de lujo. Esta industria que facturó en 2024 más de 1,5 billones de dólares, apunta a los deseos más mundanos de los mortales sin dejar indiferente a sus sueños más profundos. El objeto del presente trabajo es triple. Por un lado, se analizará la industria del lujo en la actualidad, cifras, protagonistas y forma de operar. Todo ello para llegar a una segunda parte y destacar la forma en la que construyen ese sueño que todos desean (o deseamos) y que desde nuestro punto de vista, la distribución tiene un papel clave. Sin embargo, todo sueño aunque esté bien construido se puede escapar de los dedos, la fragilidad es inherente al ser humano y las marcas de lujo no están indemnes. Prueba de esa fragilidad, y de que por muy bien que tengas todo ideado desde una perspectiva empresarial pueden existir fugas, es el comercio o distribución paralela. Las firmas de lujo son empresas donde cada detalle se ha analizado, sin embargo, a pesar de ello, el comercio paralelo sigue existiendo. En el presente trabajos vamos a analizar el porqué de su existencia y los problemas jurídicas que plantea desde una perspectiva principalmente del derecho de marcas europeo.

Palabras clave: distribución paralela, productos de lujo, distribuidor autorizado, comercio transfronterizo.

Abstract: Parallel trade is neither a new nor recent phenomenon. However, it is currently still a cause of concern for luxury brands. This industry, which had a turnover of more than 1.5 trillion dollars in 2024, aims at the most mundane desires of mortals without leaving their deepest dreams indifferent. The purpose of this work is threefold. On the one hand, the luxury industry today will be analyzed, including figures, protagonists and way of operating. All this to reach a second part and highlight the way in which they build that dream that everyone wants (or we want) and that from our point of view,

*Este trabajo va dedicado al profesor ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA por motivo de su reciente jubilación. El profesor CALVO siempre atento, amable y cercano, es una de las personas más inteligentes que conozco y conoceré nunca, su gran memoria y su capacidad de comunicarse tan excelente y sin ambages le han hecho un gran profesor (el cual tuve la suerte de disfrutar en mi cuarto año de la licenciatura en Derecho en el primer cuatrimestre del curso 2008/2009 en Derecho internacional privado: parte general) y también una persona con la que es un placer trabajar. Gracias querido profesor, gracias querido Alfonso, por permitirme aprender de tu forma de entender esta profesión.

distribution plays a key role. However, every dream, even if it is well built, can slip through our fingers, fragility is inherent to human beings and luxury brands are not immune. Proof of that fragility, and that no matter how well you have everything designed from a business perspective, there may be leaks, is parallel trade. Luxury brands are companies where every detail has been analyzed, however, despite this, parallel trade continues to exist. In this work we are going to analyze the reason for its existence and the legal problems it raises from a perspective mainly of European trademark law.

Keywords: parallel distribution, luxury products, authorized distributor, cross border trade.

Sumario: I. Introducción. II. El mercado del lujo en cifras. III. Hacia un concepto de lujo. IV. Los segmentos de productos de lujo. V. La industria del lujo por áreas geográficas: La adaptación de un sector. VI. Los protagonistas de la industria del lujo. VII. La distribución en el lujo. VIII. La importancia de la distribución en el comercio transnacional. IX. La distribución integrada vs. distribución no integrada. X. Las vías a las que acuden las firmas de lujo para vender sus productos. XI. El comercio o distribución paralela. XII. Factores que propician la existencia del comercio paralelo. XIII. Origen y situación actual del comercio paralelo. XIV. La relación entre el comercio paralelo y el comercio negro. XV. Las partes a las que afecta el comercio paralelo. XVI. La regulación internacional del comercio paralelo. XVII. La regulación europea del comercio paralelo. XVIII. Los problemas jurídicos que plantea el comercio paralelo. XIX. Retos futuros de la industria del lujo y consideraciones finales

I. Introducción

1. Las empresas presentes en la industria del lujo cuidan cada detalle al milímetro. Los productos que comercializan no es que sean de excelente calidad (que lo son) sino que hacen que el producto físico trascienda de lo material para que el cliente pueda vivir una experiencia al adquirirlo. Diferentes y variados son los factores que hacen que las empresas del sector del lujo conmuevan al cliente, que apelen a sus emociones, a sus sentimientos que penetran en su yo más profundo e incluso que apunten a sus sueños para que acabe comprando. Sin embargo, tras todo ello hay un inmenso negocio que factura millones de euros anualmente y, que, aunque no se sepa, se encuentra muy segmentado para poder ser rentable. Es decir, las firmas de lujo han dividido por categorías sus productos con el objetivo de poder vender productos a todo aquel, ya sea rico o no lo sea, que pueda pagarlos. A pesar de lo que pudiéramos pensar, las firmas de lujo también se dirigen a las clases medias. De hecho, los productos que más rentabilidad ofrecen en sus cuentas de resultados son esos productos, esos que se dirigen a las masas. Sin embargo, todo tiene su cara y su cruz. La cruz de las firmas de lujo de dicha segmentación de su *portfolio* es el comercio o distribución paralela. Los productos de lujo accesible se fabrican de forma más masiva que los productos de lujo más exclusivos, esto hace que, aunque se blinden los contratos de distribución haya productos que acaben saliendo de la red oficial y se vendan de forma paralela por agentes que no son parte de la red oficial de distribución. Aunque el comercio paralelo es lícito en la Unión Europea en virtud del principio de la “libre circulación de mercancías” (arts. 34 y 35 TFUE) cuando el derecho de marca se ha agotado, hay muchos matices legales a tener presente cuando esta práctica afecta a una firma de lujo. El objeto del presente trabajo persigue abordar todos esos matices jurídicos para que en el caso de tener que enfrentarse a un asunto de venta paralela haya argumentos tanto para defender a la firma de lujo como para poder defender al comerciante paralelo. Para ello el estudio se va a dividir en tres partes diferenciadas:

- 1) *Análisis sobre cómo es la industria del lujo.* En esta parte del trabajo el objetivo es que el lector se pueda hacer una idea de cómo es la industria del lujo, en qué se basa el negocio, su potencial y quiénes son sus protagonistas.
- 2) *Estudio sobre las vías que utilizan las empresas de lujo para vender sus productos.* En la segunda parte del trabajo el objetivo es analizar las vías que emplean las empresas de lujo

para vender sus productos en el mercado global en el que operan. La organización de la distribución en el lujo es clave debido a que en este sector la experiencia de compra debe casi superar al propio producto y para ello la distribución y quiénes intervienen en ella es crucial para el negocio. En particular, en esta parte del trabajo nos vamos a centrar en la distribución selectiva y en las cláusulas que se podrían incorporar en este tipo de contratos teniendo presente las normas de competencias europeas.

- 3) *Estudio del comercio paralelo*. En esta parte del trabajo nos centraremos en estudiar el comercio o distribución paralela como fenómeno retador que es. Así, abordaremos su origen, factores que propician su aparición y en qué medida las empresas del sector del lujo pueden combatirlo teniendo presente la normativa marcaria europea y en materia de competencia desleal españolas.

II. El mercado del lujo en cifras

2. El concepto de lujo es relativo. El mismo depende de una concepción personal. De la misma forma que hay firmas de lujo que afirman vender “lujo para todo el mundo”, hay otras, quizás las que venden a un sector de la población muy pequeño, que evitan tal denominación. Estas últimas se caracterizan por tener pocos establecimientos, incluso por no hacer demasiado visible sus logos o marcas en sus productos con el fin de que sólo sean identificados por sus escasos y selectos clientes. Esto es lo que se conoce en la actualidad como “lujo silencioso” o “quite luxury”.

3. El término <<lujo>> ha sido muy discutido y no todos los autores que han trabajado la materia coinciden¹. Es más, se puede afirmar como el lujo y su concepción han cambiado de forma considerable en los últimos veinticinco años. Los productos lujo han pasado de ser escasos y reservados para las élites, a ser productos bastante accesibles que todos² (clases medias en Europa, por ejemplo) en mayor o menor medida podríamos comprar de vez en cuando. Así, una de las características que podríamos destacar sobre el concepto de lujo y que lo acompañan en la actualidad es la democratización³. El lujo nunca ha estado tan presente en la economía y en la sociedad como lo ha estado en la actualidad. Prueba de ello son las cifras de ventas y de ingresos netos que presentan las cuentas de resultados de las firmas de lujo⁴ pero también la comunicación masiva en redes sociales que realizan. Desde nuestra visión, las

¹ Sobre el concepto de lujo y su estudio desde una perspectiva histórica *vid.*, J.C.BERRY, “The idea of luxury. A conceptual and historical investigation”, Cambridge University Press, 1997, pp. 3 y ss. También *vid.* desde una perspectiva más empresarial esa variedad de visiones, E. CATTANEO, “Definitions of luxury and key facets of luxury branding”, en E. CATTANEO (Editora), *Managing Luxury Brands. A complete Guide to Contemporary Luxury Brands Strategies*, Kogan Page, 2023, pp. 1-18, en particular p. 2.

² A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2021, p. 34.

³ La democratización del lujo significa que el lujo no se reserva para una élite minoritaria donde todos los productos tienen precios elevados. Al contrario, la democratización implica producción industrial y con ella la segmentación de sus clientes con el objetivo de llegar a personas con niveles de ingresos muy diferentes. Sobre este concepto *vid.*, S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo*, 2ª ed., Biblioteca IE Business Publishing, 2019, pp.51-54. También *vid.*, E. CATTANEO, “Definitions of luxury and key facets of luxury branding”, en E. CATTANEO (Editora), *Managing Luxury Brands. A complete Guide to Contemporary Luxury Brands Strategies*, Kogan Page, 2023, p. 4.

⁴ Grupos del sector del lujo como LVMH, el cual es propietario del mayor número de firmas de lujo del mundo, no han hecho más que incrementar sus ingresos en los últimos años. Los datos no mienten. En el año 2018 los ingresos del grupo LVMH fueron de 47.000 millones de euros, en el año 2019 de 54.000 millones de euros, en el año 2020 de 44.7700 millones, año en que la facturación se resintió, pero cuya recuperación ha sido muy potente, ya que en el año 2022 los ingresos fueron de 76.000 millones de euros y en 2023 la facturación alcanzó la cifra récord de 86.153 millones de euros. De hecho, en el año 2023, se han superado las ganancias del grupo que han llegado a los 15.174 millones de euros. *Vid.* sobre este particular, la noticia del Diario económico cinco días de enero de 2024, <https://cincodias.elpais.com/companias/2024-01-25/louis-vuitton-lvmh-gana-15174-millones-en-2023-un-77-mas-y-muestra-la-resiliencia-del-sector-del-lujo.html> (consultado el 3 de febrero de 2025). 2024 no ha sido tan buen año como se esperaba, se vaticinaba un crecimiento en torno a un 8% pero la industria no creció prácticamente nada. De nuevo, en atención a los datos del primer grupo del lujo LVMH podemos apreciar ese ligero retroceso. En 2024, LVMH ingresó 84.683 euros, un 17,3% menos que en 2023, aún así le supuso ese ejercicio un beneficio neto de 12.550 millones de euros.

firmas de lujo quieren ser conocidas worldwide para poder vender algunos de sus productos (los de “lujo accesible” principalmente) a lo largo y ancho del planeta.

4. Esta democratización del lujo ha impactado de lleno en dos aspectos:

- 1) *En los productos que comercializan.* Para llegar cada vez a más clientes con un poder adquisitivo variado, se ha ampliado la gama de productos que se ofertan. Es decir, el *portfolio* de las empresas dedicadas al sector del lujo nunca ha sido tan variado y amplio como lo es actualmente;
- 2) *En la distribución.* Las marcas de lujo hace treinta años vendían prácticamente todos sus productos en sus *boutiques* propias, también conocidas como *flagship shops* o tiendas insignias. Sin embargo, a partir de los años 2000, este aspecto cambia y se comienza a segmentar el mercado con el objetivo de vender a más categorías de clientes. Esto implica que se deba recurrir a terceros (distribuidores ajenos a la firma) para distribuir los productos, especialmente productos de lujo accesible (pequeña marroquinería, perfumes, cosméticos, entre otros).

5. Esta democratización ha dado lugar también a que el mercado del lujo no deje de crecer. Es un mercado importante en la economía de muchos países, entre ellos los europeos. A pesar de que el 1,2 % de la población acumula el 47,8% de la riqueza, es un sector en alza y empresas como LVMH nunca han valido tanto en bolsa como lo han hecho en 2023, el valor de su acción en la bolsa francesa superó los 900 euros el 21 de abril de 2023⁵. En 2022 las ventas en el mercado del lujo tuvieron un valor global de 1,4 trillones, creciendo en torno a un 21 % respecto al año 2021, generando un beneficio positivo en un 95% de las firmas de lujo⁶. De hecho, se estimó que el mercado de lujo crecería en torno a un 8% en el año 2023 y lo siga haciendo a buen ritmo hasta 2030⁷. Y la realidad es que esas previsiones se superaron en 2022 y 2023 debido a que el mercado ha llegado a 1,5 trillones de euros y con un crecimiento del 10%⁸. Sin embargo, el año 2024 no ha sido tan buen año como se esperaba, resultando ser un año en el que el crecimiento del lujo, en general, se ha estancado incluso algunas firmas han perdido ingresos con respecto a 2023⁹.

6. Sobre ese estancamiento o incluso bajada se puede afirmar que una de sus causas sería la subida de precios tan potente de los últimos cuatro años. Esto ha dado lugar a que mucho potencial cliente europeo de lujo accesible no haya podido comprar lujo o menos que en años anteriores.

⁵ Vid. al respecto <https://www.bolsamania.com/accion/LVMH-Euronext-Paris/historico-precios> (consultado el 1 de febrero de 2025).

⁶ F. LEVATO/C. D'ARPIZIO, Estudio de Bain & Company, “Leap of Luxury”, vid sobre este informe <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2022/global-luxury-goods-market-takes-2022-leap-forward-and-remains-poised--for-further-growth-despite-economic-turbulence/> (consultado el 1 de febrero de 2025). Vid. también en la prensa especializada <https://fashionunited.uk/news/business/luxury-goods-market-leaps-forward-in-spite-of-economic-turbulence-new-report-says/2022111566256> (consultado el 1 de febrero de 2025).

⁷ F. LEVATO/C. D'ARPIZIO, Estudio de Bain & Company, “Leap of Luxury”, vid sobre este informe <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2022/global-luxury-goods-market-takes-2022-leap-forward-and-remains-poised--for-further-growth-despite-economic-turbulence/> (consultado el 1 de febrero de 2023). No obstante, también hay previsiones menos positivas donde señalan que el crecimiento del lujo para el 2023 podría estar en torno al 3%-5%. Este crecimiento va a depender del impacto que tenga la apertura de China de sus fronteras en el consumo del lujo. Vid. sobre estas expectativas de crecimiento del mercado del lujo para 2023 C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 1 de febrero de 2025).

⁸ Sobre este particular vid. S. ELLIOT, “Global Luxury Market Poised To Set New Record In 2023”, *Forbes Global Properties*, December 2023, disponible en <https://www.forbesglobalproperties.com/trends/global-luxury-market-poised-to-set-new-record-in-2023> (consultado el 1 de febrero de 2025).

⁹ Vid. al respecto la noticia del portal de estrategias de inversión de 29 de enero de 2025 <https://www.estrategiasdeinversion.com/actualidad/noticias/empresas/lvmh-registra-una-caida-del-173-en-sus-beneficio-n-78178> (consultado el 30 de enero de 2025).

III. Hacia un concepto de lujo

7. Como ya se ha señalado, el concepto de lujo es relativo. No es un concepto estático e inamovible. La principal razón es que es un concepto muy social y psicológico, ligado a la subjetividad de los gustos y tendencias de la sociedad. Los gustos de hace 40 años no son los de hoy. La sociedad no es la misma, ésta ha evolucionado, ha ido cambiando y en gran medida, ello es debido a las tecnologías, a la forma en la que nos comunicamos, a cómo accedemos a la información. En la actualidad, las comunicaciones son fáciles, hace 40 años, no era así. Hoy gran parte de las mujeres trabajan fuera del hogar, hace tres décadas no era lo habitual. Además, ya no sólo es relevante que la mujer tenga ingresos sino que esos ingresos son en la actualidad más elevados que nunca¹⁰. También la concepción del lujo cambia en función de la región o zona del mundo en la que nos encontremos, del mismo modo que la cultura también influye, *ad ex.*, los gustos de los asiáticos no son los mismos que los de los occidentales. La sociedad se transforma, cambia y los mercados evolucionan con ella y, el sector del lujo, no iba a ser menos.

8. De este modo, más que un concepto de lujo podemos afirmar una serie de características que acompañan a los productos considerados de lujo. Dichas características podrían resumirse en las siguientes¹¹:

- i. *No necesidad.* Los productos de lujo no van destinados a cubrir necesidades básicas de las personas. Son productos de los que se puede prescindir. Para cubrir necesidades hay otro tipo de productos, los de gran consumo. Sin embargo, el lujo se intenta emparentar con esos otros aspectos vitales que aunque no son necesarios para vivir enriquecen el alma humana como el arte o la cultura.
- ii. *Exclusividad.* Los productos de lujo no se fabrican en masa. La escasez es una pieza clave de su atractivo. De hecho, este es uno de los aspectos claves que crea lo que se conoce como “la imagen de marca”. Las firmas de lujo saben muy bien que la exclusividad es un aspecto fundamental para generar deseo, una característica que se potencia de múltiples formas (las listas de espera para acceder a un producto, por ejemplo) para atraer al consumidor de este tipo de productos.
- iii. *Excelente calidad.* Los materiales que se utilizan para la fabricación de los productos de lujo deben ser excelentes. También dicha excelencia en la calidad es consecuencia de que los materiales que se utilizan pueden ser poco habituales, raros o extravagantes. Esto sucede con algunos modelos de las marcas de lujo más icónicas como *Hermès*, *Chanel* o *Dior* en los que se utilizan pieles de serpiente, de lagarto o de cocodrilo.
- iv. *Precio alto.* Los productos de lujo no se caracterizan por su bajo precio. De ahí que muchos de estos productos no estén al alcance de la mayoría de las personas. Aunque el precio es un indicador de calidad para el cliente, no existe en los productos de lujo una relación entre la calidad y el precio. Es más, en los productos de lujo tiene lugar un efecto conocido como *Veblen*¹². Aunque se bajara el precio de estos productos no significa que se traduzca en un aumento de su consumo. Puede incluso suceder justo lo contrario, que la bajada de precio de un producto de lujo haga que se diluya la imagen de marca, que pierda exclusividad y atractivo para los clientes. Hay que tener presente que las personas que consumen lujo no se deciden a comprar su producto en base al precio. El consumidor del lujo basa sus decisiones de compra en otros motivos, como la exclusividad, la calidad o la experiencia que puede llegar a conseguir con esa adquisición.

¹⁰ Vid. MICHAEL J. SILVERSTEIN/ N. FISKE, “Luxury for the masses”, *Harvard Business Review*, April 2002, disponible en <https://hbr.org/2003/04/luxury-for-the-masses> (consultado el 2 de febrero de 2025).

¹¹ S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo*, 2ª ed., Biblioteca IE Business Publishing, 2019, pp.94 y ss.

¹² Desde una perspectiva económica, los productos de gran consumo responden a la elasticidad de la demanda, es decir, la demanda varía en función del precio del producto, a menor precio, un producto se consumiría más. Sin embargo, en los productos de lujo, la demanda no suele obedecer a cambios en precio de los productos, *vid.* al respecto, S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo...*, p. 147.

- v. *Transmisión de emociones*. En relación a los productos de lujo se ha ido más allá, no son simples bienes materiales. Las empresas del sector han conseguido transmitir emociones, sensaciones e incluso influir en el estado de ánimo de las personas. De hecho, los expertos en *marketing* han señalado que la verdadera batalla se libra en la mente del consumidor¹³. Y es ahí donde las empresas quieren verdaderamente llegar para poder influir en las decisiones de compra. Por eso, cabe plantearse si ese producto o servicio de la marca de lujo X tienen capacidad para transmitir esas sensaciones o son más bien las campañas de comunicación y *marketing* las que se encargan verdaderamente de crear, apelar y potenciar esas emociones que se predicán de un determinado producto. Para esto puede que no haya una respuesta única, ya que dependerá de quién sea nuestro interlocutor, pero lo que es evidente que a las marcas de lujo se las carga de emociones, desde todas las perspectivas (comunicación, identidad de marca, colaboraciones que realizan...), ya que cuanto más emoción puedan generar, más productos y servicios acabarán vendiendo que en el fondo es en gran medida lo que se persigue.

9. En definitiva, se puede afirmar que los productos (o servicios) de lujo son especiales, diferentes donde la innovación y la creatividad están muy presentes. Además, las cualidades y características que presentan para sus consumidores van más allá de sus meras características materiales¹⁴. Alrededor de estos productos existe un aura de *glamour* y de prestigio que es innegable y que los propios tribunales de justicia han reconocido a la hora de valorar *ad ex*. la necesidad de contar con redes de distribución acordes con esas características como posteriormente estudiaremos.

IV. Los segmentos de productos de lujo

10. El sector del lujo es muy amplio. En la actualidad se podría afirmar que abarca muchos productos y/o servicios, desde bebidas espirituosas, hasta accesorios de moda, joyas y relojes o moda propiamente dicha. El lujo está también muy presente en el sector servicios. Así, desde sesiones de *spa* donde se cuida hasta el último detalle para que el cliente viva una experiencia única, habitaciones de hotel con todas las comodidades y servicios hasta una comida en un restaurante. Todos ellos pueden ser ejemplos de servicios considerados de lujo. De hecho, cualquier producto o servicio puede ser clasificado como tal, la clave es la experiencia que se le transmite al cliente, la cual debe intentar ser especial y diferente. El objetivo de ello es que el cliente pueda sentirse único. La empresa *Bain Company* en su informe de 2024 ha dividido el lujo en nueve segmentos¹⁵. Estos serían: coches de lujo, bienes de, es, hoteles de lujo, vinos y bebidas espirituosas, comida *gourmet*, mobiliario y equipamiento para casas, arte, yates y jets privados y cruceros de lujo. El estudio muestra que el mercado de coches de lujo (con un mercado en 2024 de 579 billones de dólares), los bienes de lujo personales (con un mercado en 2024 de 363 billones de dólares) y *luxury hospitality* son los que más volumen de negocio generan.

Una vez un producto o servicio pueda ser clasificado como “de lujo”, es posible enmarcarlo a su vez dentro de un tipo de producto u otro en función de sus características y los criterios de clasificación que se utilicen. Así, en atención a características intrínsecas de los productos se podrían diferenciar las siguientes categorías¹⁶:

- *Personal vs. impersonal*. Los productos de lujo personales son de los que más cuota de mercado tienen en la actualidad tras los coches de lujo. Los productos de lujo personales son aquellos que se van a usar por una única persona principalmente. Así, entre los más

¹³ Sobre este particular, *vid.* A. RIES/ J. TROUT, “Posicionamiento, la batalla por su mente”, McGraw-Hill, 2005, pp. 11 y ss.

¹⁴ Esto también lo ha resaltado el TJUE en el asunto *Coty*, STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 25.

¹⁵ C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

¹⁶ K.HEINE, *The concept of luxury brands*, 2012, pp. 58-59, disponible en https://upmarket.com/sites/default/files/content/20130403_Heine_The_Concept_of_Luxury_Brands.pdf (consultado el 2 de febrero de 2025).

característicos podrían encontrarse: perfumes, cosméticos, bolsos, pequeña marroquinería, joyas o relojes entre otros. El mercado de productos de lujo personales alcanzó en 2022 la cifra histórica de 353 billones de euros. Nunca (desde que se hacen estudios relativos a los mercados del lujo) se había alcanzado tal cifra. En 2019, el cual también se consideró un año de crecimiento y buenos resultados, el mercado del lujo de productos personales llegó a 282 billones de dólares¹⁷. Sin embargo, el mejor nunca visto en la historia del lujo, y en particular, en relación a lujo relativo a productos personales fue el año 2023 donde se alcanzó la cifra de 369 billones de euros. Esto no se ha repetido en 2024. El informe de Bain & Co apunta como el mercado de productos de lujo personal cayó en torno a un 2%, una caída que llama la atención debido a que es la primera en 15 años, aun así, es un mercado muy potente que en 2024 supuso 363 billones de euros¹⁸.

Los productos de lujo impersonales, serían justo lo contrario, son productos que no van destinados a que su uso sea exclusivo por una única persona. Son productos que pueden ser destinados a hacer más confortable el hogar.

Dentro de esta clasificación, se podría diferenciar entre el *soft luxury* y el *hard luxury*. En la primera clasificación se podrían englobar productos destinados a la belleza y cuidado personal, bolsos y marroquinería, mientras que en la segunda serían productos como joyas y relojes.

- *Por la forma de consumir el producto.* La forma de consumir el producto permite diferenciar entre productos de consumo en ámbito privado y productos que se consumen en una esfera pública. Así, *ad ex.*, un paseo en yate, se hace de forma pública y a la vista de todos los que puedan estar en el puerto. Sin embargo, el uso de un electrodoméstico puntero, se hace en casa. Hay bienes que pueden tener un uso tanto privado como también público, *ad ex.*, una excelente botella de vino la puedes consumir en casa o en un restaurante.
- *Por la accesibilidad.* Hay productos y servicios a los que sólo puede acceder una minoría. Así, sería posible distinguir entre productos de lujo inaccesibles y productos de lujo accesibles. Entre estos, la compra de un *Ferrari* o de un yate. Sin embargo, hay otros productos que también pueden ser considerados de lujo pero que de vez en cuando pueden estar al alcance de una gran mayoría. Por ejemplo, un buen perfume, un cosmético o una botella del mejor whiskey escocés.
- *Por la visibilidad.* Dentro de los productos de lujo, hay marcas que deciden que sus productos deben ser reconocibles por un público amplio. Por tanto, se puede diferenciar entre productos de lujo visibles y productos de lujo discretos. Así, los logos, símbolos u otras características del producto son fácilmente reconocibles por prácticamente cualquiera. Esto podría suceder con mucho de los bolsos de la firma Luis Vuitton, en los que sus iniciales son bastante visibles. Sin embargo, hay otras marcas que se caracterizan por la discreción y la escasa ostentación. Éstas buscan ser reconocidas sólo entre iguales, entre personas que consumen ese producto, apuestan por la elegancia del lujo discreto. Estas firmas especialmente se centran en el diseño y calidad de sus productos. Ejemplo de firmas que siguen esta línea son *Mansur Gavriel* o algunos bolsos de la firma *Loewe*.
- *La exclusividad.* Hay productos de lujo que sólo pueden disfrutar unos pocos no sólo por el elevado precio sino porque se fabrican pocas unidades. Es lo que se conoce como piezas únicas. Estos productos son uno de los mayores exponentes o reflejos del lujo. Por ejemplo, la alta costura o determinados relojes como los de la marca Patek Philippe. De este modo, en atención a la cantidad de se podría diferenciar entre: 1) *Piezas únicas.* Son productos producidos en cantidades muy pequeñas. Estos suelen fabricarse a mano, de hecho, puede

¹⁷ C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 9, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 2 de febrero de 2024).

¹⁸ C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

ser que no haya ni dos iguales; 2) *Edición limitada*. Estos productos se fabrican en pequeñas cantidades y limitando su número.;3) *Difusión limitada*. Muy cercano a lo anteriormente expuesto están los productos de lujo de difusión limitada. Estos productos debido a que requieren gran detalle a la hora de fabricarse no suelen ser fabricados en grandes cantidades. Por ejemplo, los bolsos de la marca Hermes, en concreto el modelo *Diamond Himalaya Birkin* que en 2017 se subastó en la casa inglesa Christie’s de Hong King por 380.000 dólares¹⁹;4) *Difusión amplia*. Son productos de lujo pero fabricados en mayores cantidades. Esto sucede con los perfumes, la cosmética o prendas de ropa. Las cifras de producción no se asemejan a las de la producción en masa de productos no considerados de lujo pero las cantidades disponibles del producto difieren mucho de las piezas únicas o las ediciones limitadas. La exclusividad es un aspecto importante para crear la imagen e identidad de la marca. Es un aspecto que en función del producto y de lo que se pretenda transmitir con él habrá que cuidarlo de una forma u otra. Esa exclusividad se debe desarrollar en base a una estrategia adecuada muy relacionada con los valores de la marca para que no dañe la imagen. De este modo, puede haber escenarios en los que si un producto es demasiado exclusivo puede dejar de tener presencia en el mercado. Sin embargo, en sentido contrario puede suceder lo mismo, un producto de lujo muy visto, también puede dejar de considerarse exclusivo debido a esa sobre exposición dañando así el aura de glamour de la marca. La clave es seguir un equilibrio y tener muy presente los valores e identidad de la marca. No es sencillo pero

V. La industria del lujo por áreas geográficas: La adaptación de un sector

11. La industria del lujo es una industria muy potente que implica una parte importante del PIB de cada país. En 2024, el sector del lujo consiguió unos ingresos globales de alrededor 1,48 trillones de dólares²⁰. En concreto, por áreas geográficas podríamos destacar:

- *Europa*. El continente europeo ha sido y sigue siendo la cuna de muchas marcas de lujo. De hecho, el 70% de las marcas de lujo son europeas. Francia e Italia, son países claves en esta industria, debido a que un gran número de firmas de lujo tienen sus orígenes en dichos países. Un aspecto que permite entender cómo es y el impacto que tiene la industria del lujo es la reacción de ésta ante las diferentes crisis económicas que se han ido sucediendo en las últimas décadas. En la crisis financiera de los años 2008 a 2014, en los que Europa, pero también otros lugares del mundo, como Estados Unidos, pasaron momentos financieros complicados, se puede decir que el sector del lujo en global no se resintió prácticamente nada²¹. Diversos factores podrían justificar tal hecho en el caso del mercado europeo, pero uno destaca sobre el resto: el turismo. Especialmente, el turismo de ciudadanos asiáticos, sobre todo, de nacionales chinos. El turista chino es un buen comprador de lujo en Europa básicamente por una razón: se ahorra bastante dinero al comprar el producto en Europa con respecto a su país. De hecho, de las ventas totales de las conocidas Galerías francesas *Lafayette*, en torno al 60% reconocen que son a turistas, y dentro de esas cifras del 60% al 80% son a turistas de nacionalidad china²². Pero no sólo sucede en Francia, en el resto de países europeos sucede algo similar. De hecho, hay estudios que muestran como el turista

¹⁹ R.RODRÍGUEZ, “El Diamond Himalaya Birkin, el bolso más caro del mundo que cuesta más de 380.000 euros”, disponible en https://www.elespanol.com/corazon/estilo/20210114/diamond-himalaya-birkin-bolso-mundo-cuesta-euros/550945601_0.html (consultado el 4 de febrero de 2025)

²⁰ C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

²¹ C.MOYA, “El sector lujo, uno de los beneficiados de las crisis económicas (y a qué se debe su crecimiento)”, *el Economista*, disponible en <https://www.economista.es/status/noticias/10349044/02/20/El-sector-lujo-gran-beneficiario-de-las-crisis-economicas-y-a-que-se-debe-su-crecimiento.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

²² A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 13.

chino es el comprador de uno de cada tres productos de lujo que se fabrican en el mundo²³. No obstante, tras la pandemia el turista de otras nacionalidades como la rusa o la estadounidense también es un turista que gasta en lujo. Aunque la pandemia vivida por el covid-19 afectó de forma negativa al mercado europeo del lujo, el cual se contrajo para algunas firmas más de un 25%²⁴, también hay que destacar que ha dejado huella y un lema “sólo se vive una vez” que afecta positivamente al consumo de productos de lujo. Otro aspecto a tener en cuenta sobre el mercado europeo es que no sólo tiene como cliente al turista. El europeo es un consumidor que ama al lujo y es asiduo a él. Compraba lujo antes de la pandemia, y lo sigue haciendo en la actualidad, siendo uno de los consumidores más fieles de esta industria. De hecho, el consumidor europeo es el que por poder adquisitivo se puede considerar como el consumidor de lujo más estable²⁵.

- *Estados Unidos*. El mercado estadounidense es muy amplio y diverso. En términos generales, a datos de 2022 suponía el 30% del mercado global del lujo. Pero la realidad es que estas cifras son consecuencia de las grandes ciudades como Nueva York, Miami o Los Ángeles. Por lo tanto, una vez que se deja a un lado las grandes ciudades y se observan los datos de los Estados del interior las cifras se desploman. El ciudadano estadounidense no vive ni siente el lujo como los europeos, queda todavía camino por recorrer y para las firmas de lujo europeas no es un mercado fácil de conquistar²⁶. En cuanto a las estrategias de marcas de lujo europeas (*Louis Vuitton*, *Hermès*, *Chanel*...) frente a las americanas (*Ralph Lauren*, *Coach*...) decir que estas últimas se han caracterizado por la expansión y durante años han llevado a cabo una política de apertura de establecimientos y de concesión de licencias. Sin embargo, las marcas de lujo europeas, muy al contrario, se han caracterizado por la apertura de pocos establecimientos cuidando mucho los detalles de cada uno de ellos.
- *Asia*. El mercado del lujo en Asia es bastante reciente, hace veinte años prácticamente no existía. Cuando hablamos de mercado asiático deberíamos tener presentes países como China, Japón, la India, Rusia, Corea del Sur, Hong Kong y Oriente Medio. Cada país presenta sus peculiaridades debido a cuestiones geográficas y culturales. Por ese motivo, Japón, Medio este y China son analizados de forma separada tal y como hacen muchas firmas de lujo cuando quieren analizar sus volúmenes de negocio en dichos mercados. En el caso de China, podríamos destacar lo siguiente:

De finales de los 2000 hasta 2016 las marcas de lujo fueron reticentes a realizar grandes inversiones en China. La razón era que, aunque en esos años la clase adinerada en China había aumentado, tal incremento no se traducían en una mayor inversión por parte de las marcas de lujo europeas y estadounidenses en el país asiático. Esto era así básicamente por dos factores: 1) Las marcas de lujo tenían analizado que a los ciudadanos chinos les interesaba comprar lujo cuando salían de su país a hacer turismo. El nacional chino cuando hace turismo no sale tanto a conocer sino a comprar²⁷; 2) El mercado chino tiene varios hándicaps bastante importantes a tener en cuenta. La penetración en el mercado no es sencilla debido al gran tamaño del país, lo que dificulta en buena medida la creación de una sólida red de distribución. Sin embargo, esta tendencia de no invertir se ha revertido a partir de 2016 y los conglomerados del lujo invirtieron hasta la pandemia del año 2020 importantes cantidades para poder tener presencia en el mercado chino. Estas inversiones les han permitido seguir vendiendo lujo en China a pesar la crisis del coronavirus. De hecho, el 90% de las ventas de lujo en China en los años 2020 a 2022 se realizaron en el propio país debido a la impo-

²³ Información disponible en [://economia.elpais.com/economia/2016/03/04/actualidad/1457087355_664973.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/03/04/actualidad/1457087355_664973.html) (consultado el 4 de febrero de 2025).

²⁴ Noticias como esta reflejan lo que sostenemos *vid.* <https://www.eleconomista.es/status/noticias/10899013/11/20/El-sector-del-lujo-sufre-la-caida-mas-grande-de-su-historia-tras-la-crisis-del-coronavirus.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

²⁵ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 13.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

²⁷ Vid al respecto, <https://es.fashionnetwork.com/news/Las-compras-de-turistas-chinos-compensan-el-mercado-de-lujo-en-espana,228262.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

sibilidad de viajar al extranjero²⁸. El año 2023 fue un año de reapertura del mercado chino, se permitieron después de tres años viajes de nacionales chinos al extranjero, por lo que las cifras de y el crecimiento del mercado del lujo en China se ha podido observar en todos los segmentos, y en especial en joyería²⁹. En contraposición, 2024 ha sido un año de desaceleración en el que el gasto en lujo ha sido inferior al año anterior.

- *Japón*. Otro mercado asiático a destacar debido a que tiene larga tradición en el mercado del lujo es Japón. En la primera década del siglo XXI, Japón era un lugar muy importante para marcas como Hermès, cuyas ventas en dicho mercado implicaban el 30% de sus ventas totales o Louis Vuitton que implicaba entre el 30-40%³⁰. Sin embargo, a partir del 2009, debido a factores como la crisis económica global de los últimos años, el terremoto y tsunami del año 2011, el mercado japonés del lujo ha descendió considerablemente³¹. Sin embargo, a partir de 2012 se han visto cambios a la alza, es una población que ama los productos de lujo, sobre todo los cosméticos. Por eso, sigue siendo uno de los mercados más importantes para la industria del lujo. De hecho, en 2023 es el mercado que más ha crecido, en torno a un 17%³². En 2023 junto con EE.UU., el japonés fue uno de los mercados más rentables para las marcas de lujo³³ y en 2024 es el mercado que más ha crecido en el área Asia-Pacífico³⁴. No obstante, a pesar de las dificultades que pueden plantear estos mercados, se prevé que en las próximas décadas esta zona del mundo sea la más atractiva a la hora de invertir para las marcas de lujo. Esto es así debido a hay datos que estiman que en 2025 el número de personas con un patrimonio financiero superior al millón de dólares se multiplique por dos en esa zona del planeta³⁵.
- *Oriente Medio*. Este es uno de los mercados que más ha crecido en 2024³⁶, liderando este crecimiento Emiratos Árabes Unidos y ciudades como Dubái y Arabia Saudí. Se estima un aumento del negocio de los productos de lujo personal en la próxima década de 540 billones de euros a 580 billones de euros, teniendo presente que en el año 2019 el volumen de negocio para este sector del lujo en esa región del mundo era de 281 billones de euros³⁷.
- *África*. En la actualidad no es un mercado potente. De hecho, se podría afirmar que para las firmas de lujo es prácticamente inexistente. La mayoría de su población carece de lo necesario para sobrevivir, por lo que el lujo queda muy lejano para gran parte del continente. Los primeros años del siglo XXI, en países del norte de África como Egipto o Túnez se apreciaron un incremento en la venta de productos de lujo, especialmente perfumes. Estas compras principalmente eran realizadas por los turistas, ya que que en aquella época el turismo era uno de los motores principales de la economía de esos países. Sin embargo, tras la primera árabe y los atentados de los últimos años en países como Túnez, Marruecos o Egipto, los turistas son casi inexistentes mientras que la clase más adinerada de dichos países, que son los que podrían comprar productos de lujo, han sido los primeros en abandonar esa zona. Así, hay firma como la americana Burberry o la italiana Ferragamo que han decidido cerrar sus tiendas de forma permanente, las que no lo han hecho, han visto cómo sus ventas han caído en un 70%³⁸.

²⁸ Sobre este particular, vid la noticia del Diario Modaes del 29 de enero de 2024, <https://www.modaes.com/entorno/el-lujo-frena-su-crecimiento-en-china-y-cerrara-2024-con-un-crecimiento-menos-del-10> (consultado el 4 de febrero de 2025).

²⁹ <https://www.modaes.com/entorno/el-lujo-frena-su-crecimiento-en-china-y-cerrara-2024-con-un-crecimiento-menos-del-10>

³⁰ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 12.

³¹ *Ibidem*, p. 13.

³² <https://www.bain.com/insights/long-live-luxury-converge-to-expand-through-turbulence/>

³³ I. CARMONA, “Estados Unidos y Japón, los nuevos China cuando el mayor mercado para el lujo falla”, Diario Modaes, febrero 2023, disponible en <https://www.modaes.com/entorno/estados-unidos-y-japon-los-nuevos-china-cuando-el-mayor-mercado-para-el-lujo-falla> (consultado 4 de febrero de 2025).

³⁴ C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

³⁵ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 15.

³⁶ C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 16.

VI. Los protagonistas en la industria del lujo

1. Los consumidores de productos de lujo

12. El número de personas que podrían consumir productos de lujo ha crecido exponencialmente en los últimos veinte años. Así, hay algún estudio que señala que los clientes que pudieron consumir lujo en el año 1995 eran unos 90 millones de personas a nivel mundial, mientras que en el año 2013 esa cifra ascendía a los 330 millones³⁹. Además, el estudio muestra como esa cifra va a aumentar en las próximas décadas. Así, se estima que en el año 2030 dicha cifra ascendería a 500 millones⁴⁰. Este aumento de potenciales consumidores es consecuencia de la segmentación de la industria del lujo.

13. Dentro de los consumidores de lujo actuales es posible resaltar que un alto número de personas son mujeres, las cuales consumen principalmente cosméticos y moda⁴¹. Actualmente hay un grupo de consumidores que hace unos años no existía, se trata de un consumidor joven, muy conectado y bastante exigente. Este tipo de consumidor supuso en el año 2023 más ingresos a las firmas de lujo que el consumidor más tradicional y maduro⁴². De hecho, se estima que el gasto que llevaron a cabo estas generaciones más jóvenes, *Z* y *milleniales* (210 millones del año 2023) se multiplique por dos en 2026. Es más, uno de los retos actuales de la industria del lujo es mejorar la experiencia en el canal *on line* con el objetivo de poder captar a más clientes jóvenes, debido a que en pocos años se estima que dichas ventas pueden suponer el 75% de las ventas⁴³.

14. Otro consumidor importante de las firmas de lujo es el turista. Este consumidor generalmente es asiático, especialmente de nacionalidad china. No obstante, también consumen lujo cuando viajan especialmente cuando vienen a Europa porque la conciben como cuna del lujo, clientes de nacionalidades de países de oriente medio, rusos y latinoamericanos. Hasta la crisis que provocó la pandemia del coronavirus, las personas de nacionalidad china solían comprar productos de lujo especialmente cuando viajaban a Europa. Esto también tenía una explicación relacionada con el precio de los productos. Los precios de los productos en China (especialmente de cuero) tienen un precio superior (en torno a un 30%) que en Europa⁴⁴. Aunque las marcas de lujo están cada vez homogeneizando los precios de los productos en todos los mercados en los que operan para evitar fenómenos como el comercio paralelo⁴⁵, sigue habiendo diferencia de precios entre China y Europa. Además, el turista chino se puede ahorrar el IVA de los productos y eso implica que le puedan devolver al salir de Europa en torno al 20%.

Esta forma de consumir del turista chino no se puede trasladar de forma automática al turista japonés. Estas personas consumen mucho más lujo en su mercado local. La japonesa es una sociedad que consume muy asiduamente productos de lujo, se estima que el 94% de las mujeres japonesas menores de 30 años poseen un bolso de la firma Louis Vuitton, más de un 58% tiene algún producto de Prada y alrededor del 50% posee algún producto de la marca Chanel⁴⁶. Aunque actualmente uno de los

³⁹ Estudio realizado por la compañía Bain & Company en el año 2013 bajo el nombre de “Lens on the World Wide Luxury Consumer”, este estudio se puede consultar en <https://www.bain.com/migration/press-releases/2014/lens-on-the-world-wide-luxury-consumer/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁴⁰ *Vid* al respecto, C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁴¹ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 48.

⁴² Al respecto *vid.* D. MAURET, “Los clientes de lujo son cada vez más jóvenes, conectados y exigentes”, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Los-clientes-del-lujo-son-cada-vez-mas-jovenes-conectados-y-exigentes,1533797.html#zankov> (consultado el 4 de febrero de 2025)

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Sobre este particular *vid.*, R. ALONSO LÓPEZ, “Las estrategias de precio y oferta de las firmas de lujo en China”, Fashion Network, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Las-estrategias-de-precio-y-oferta-de-las-firmas-de-lujo-en-china,1499488.html#onitsuka-tiger> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁴⁵ I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 111-142.

⁴⁶ A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 12.

consumidores que más puede gastar en lujo es el turista, va a depender de su nacionalidad, de su cultura, de su clase social...

15. Aun así, debido a la segmentación de los productos de lujo y ese deseo de las firmas de llegar a todo tipo de clientes, hay una característica común del consumidor de lujo actual y es la heterogeneidad. La captación de una clientela tan diferente entre sí, es uno de los retos que tienen actualmente las marcas de lujo. Y aunque este objetivo no es sencillo, ya que deben tener presente las expectativas de un consumidor exigente como es el actual y no lo hacen nada mal si atendemos a las cifras de venta de muchas firmas de lujo.

2. Las compañías del sector del lujo

16. Las compañías que dominan la industria del lujo a nivel mundial en la actualidad no son muy numerosas. Así, sería posible diferenciar entre empresas que poseen muchas marcas. Y esto es así porque las han ido adquiriendo debido a que muchas de ellas se encontraban en situaciones financieras delicadas, donde la falta de solvencia y de rumbo del negocio les ha hecho vender la firma. De este modo, se podrían diferenciar dos tipos de perfiles compañías que operan en la industria del lujo⁴⁷. Por un lado, estarían los conglomerados internacionales que poseen diferentes marcas, y por el otro, el negocio que posee una única firma. Así, el mercado del lujo se reparte entre pocas empresas y algunas de ellas son grandes empresas multinacionales y otras son empresas que sólo poseen una firma. Una característica que acompaña tanto a grandes conglomerados del lujo como a empresas que sólo poseen una firma es que son familias los dueños, haciendo que el mayor peso de las decisiones se tomen por ellas. Esta presencia de la familia en los consejos de administración impacta en las decisiones de negocio que se toman debido a que tienen muy presente perpetuarse y su perspectiva del negocio está basada en el largo plazo.

17. Entre los conglomerados mundiales más importantes en la industria del lujo es posible destacar al grupo francés *Louis Vuitton Moët Henessi* (en adelante, LVMH), el cual es el conglomerado de mayor tamaño y que mayor número de firmas posee. LVMH ha ido adquiriendo desde los años 80 hasta la actualidad muchas casas de lujo que presentaban problemas financieros y las ha ido añadiendo a su porfolio. Actualmente posee más de cien firmas de lujo, la mayoría de ellas con una larga tradición pero también ha incorporado algunas creadas recientemente⁴⁸. Por detrás de este gran grupo existen otros también muy potentes como el grupo también francés *Kering*, propietario de firmas de lujo tan emblemáticas como Balenciaga, Saint Laurent o Alexander McQueen. Otro grupo importante es Richemont, grupo suizo dueño de firmas como Cartier, Montblanc o Clhoé. Con menos volumen de negocio pero que también poseen marcas de lujo potentes y muy deseadas por los consumidores de lujo⁴⁹ estarían el Grupo Prada, dueño de Prada y Miu Miu, entre otras, y el grupo *Tapestry*. Este último es dueño de la firma Versace, Michael Kors y Jimmy Choo.

18. En cuanto a las compañías que sólo poseen una marca de lujo, y que en mayor o menor medida sus dueños tienen relación con los creadores originarios, es posible destacar: *Hermès*, *Chanel*, *Burberry* o *Armani*. Esta última es de las pocas en la actualidad en la que su fundador todavía sigue vivo y sin idea de jubilarse a pesar de llevar más de cincuenta años liderando su emporio.

19. Dentro de los conglomerados que poseen importantes firmas no es posible dejar de destacar a los conglomerados empresariales dedicados a la fabricación de productos cosméticos y de belleza como el grupo *L’Oreal*, el mayor grupo de belleza del mundo, y al que le siguen importantes empresas

⁴⁷ Sobre las diferencias en la gestión entre los conglomerados y los negocios del lujo en manos de familias *vid.*, A. SOM/C.BLANCKAERT, *The road of...*, pp.162-202.

⁴⁸ *Vid.*, al respecto <https://www.lvmh.com/houses/> (consultado el 12 de febrero de 2025).

⁴⁹ A. ORTEGA, “Prada y Miu Miu son las firmas más deseadas del mundo según el índice Lyst”, noticia de Harpers Bazaar de enero de 2024, disponible en <https://www.harpersbazaar.com/es/moda/noticias-moda/a46604917/prada-miu-miu-moda-fi-mas-populares-virales-mundo/> (consultado el 12 de febrero de 2025).

como la española *Puig*, los grupos estadounidenses *Coty* o *Estee Lauder* y la empresa japonesa *Shiseido*. Estas empresas que fabrican perfumes y cosméticos juegan un papel clave en el segmento del lujo accesible. Esto es así porque son pocas empresas en todo el mundo las que se dedican a la fabricación de la gran mayoría de los productos de belleza de las diferentes firmas de lujo. La línea *beauty* de muchos de estos conglomerados del lujo señalados anteriormente se fabrica por grandes grupos fabricantes de cosméticos como *L’Oreal*, *Coty* o *Puig*. Un ejemplo sería la empresa española *Puig* que fabrica y distribuye los perfumes de la francesa firma *Hermès* desde el año 2022⁵⁰.

VII. La distribución en el lujo

20. La vía elegida por las marcas de lujo para hacer llegar al cliente su producto es un aspecto clave en la estrategia a seguir por estas empresas. Esto es así debido a que la distribución implica la llegada del producto al consumidor, la forma en la que cliente y marca se ponen en contacto. La distribución o *retail* es clave para crear exclusividad o para mantenerla, para potenciar experiencias y ganar fidelidad a la firma. También la forma de distribuir los productos es esencial para la estructura de costes de una compañía, siendo un aspecto fundamental en la expansión internacional de la marca y la conquista de mercados extranjeros.

21. Las marcas de lujo que no han tomado decisiones acertadas en cuanto a la distribución de sus productos lo han pagado caro. Ejemplos no faltan. Este fue el caso hace unos años de las firmas *Gucci* o *Ralph Lauren*, en las que no había un control de la distribución realizada por terceros⁵¹. El control de la distribución es un aspecto clave en la actualidad y en el que preocupan y ocupan las firmas de lujo. Algunos estudios de consultoras como *Bain & Company* muestran como el 50% de las ventas de las firmas de lujo en relación a productos de lujo personal provienen de distribuidores oficiales y el otro 50% las realiza la propia firma en sus propios canales de venta como sus *boutiques*, su propia página *web* o su canal *outlet*⁵². Este estudio muestra la evolución de quién se encargaba las ventas en las firmas desde el año 2010 hasta el año 2022. Así, se puede observar como en el año 2010 sólo 28% de las ventas se realizaban por la propia firma de lujo y un 72% del producto de lujo personal se vendía por distribuidores oficiales. De este modo, se puede observar cómo año a año las firmas de lujo ganan peso en la propia venta de sus productos y no deciden delegarla en terceros distribuidores. Esto también tenía una explicación y es que en los años 90 hasta los 2000, las firmas de lujo estaban muy centradas en la creación y en el producto⁵³ y también eran negocios muy locales y poco globales. De este modo, con la necesidad de adaptarse a una economía global, la distribución se delegaba a terceros expertos debido a que les permitía expandirse internacionalmente y con poco coste, por eso en aquel momento, la distribución, no era un aspecto que desarrollaran ellas mismas de forma principal. En la actualidad, esto ya no es así, preservar la imagen de marca y que se le atribuyan unos valores homogéneos con independencia del mercado es un aspecto clave. Esto requiere que la distribución se realice por la propia firma de lujo. Además, en la actualidad es más sencillo que hace treinta años, la posibilidad de vender por internet y seguir con su *storytelling* en las redes sociales les permite tener un control mayor de todo el proceso de venta.

⁵⁰ C. JUÁREZ, “Puig se hace con la distribución de la perfumería y cosmética de Hermès en España”, disponible en <https://www.modaes.com/empresa/puig-se-hace-con-la-distribucion-de-la-perfumeria-y-cosmetica-de-hermes-en-espana> (consultado el 2 de febrero de 2025).

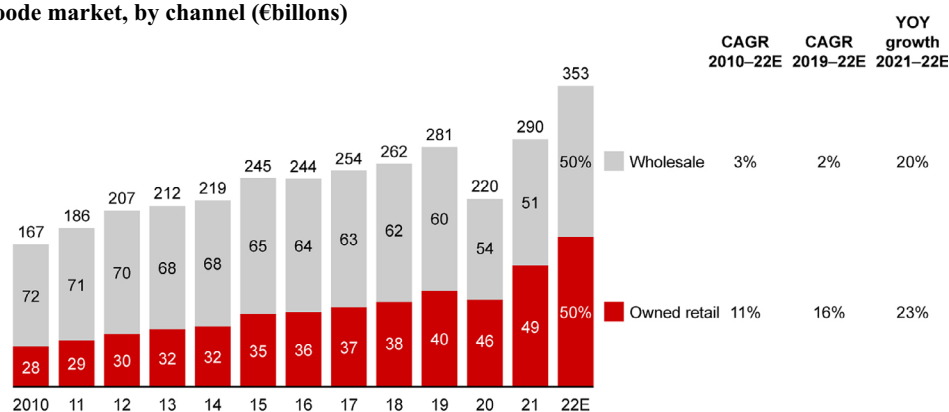
⁵¹ Si en la distribución de los productos de una firma todos los operadores no llevan a cabo las mismas políticas y estrategias se puede acabar dañando la imagen de marca. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma no hace descuentos y distribuidores oficiales sí. En el caso de Gucci, uno de sus problemas fue tener una presencia excesiva en el mercado debido a la concesión de licencias sin demasiado control. Esto hace que se pierdan los valores de la marca, su tradición, su esencia, afectando a aspectos básicos para una firma de lujo como la exclusividad o la calidad del servicio preventiva y/o posventa

⁵² Vid. sobre estas expectativas de crecimiento del mercado del lujo para 2023 C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 2 de febrero de 2025).

⁵³ A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury...*, p. 334.

Global personal luxury goods market, by channel (€billions)

Note: Growth shown at current exchange rates
Source: Bain & Company



22. En la práctica actual esto ha llevado a que las firmas de lujo estén rescindiendo contratos de distribución con distribuidores que no siguen sus estrictas políticas de servicios pre-venta y post-venta, de *marketing* y de comunicación y sus políticas de precios. Este último particular es relevante debido a que actualmente una de las cláusulas claves en los contratos de distribución es aquella en la que las firmas de lujo exigen a sus distribuidores oficiales no hacer descuentos. Como ya se adelantó en el capítulo anterior, una estrategia actual en la que trabajan estas empresas dedicadas al lujo es la de homogeneizar precios en todos los mercados en los que venden. El objetivo de evitar esas diferencias de precios entre mercados persigue paliar la presencia del comercio paralelo o ventas grises. Es decir, la reventa de productos originales al margen de la red oficial de distribución⁵⁴.

23. Además, no hay que olvidar que para vender con descuentos las firmas de lujo tienen creado un canal específico que es el canal *outlet*, canal propio de la firma de lujo. Las tiendas de firmas de lujo que podemos ver en *outlets* europeos (*ad ex.*, Las Rozas Village en Madrid, La Roca en Barcelona, el Valle en París, Serravalle en Milán, entre otros) donde sólo comercializan sus productos firmas de lujo no son distribuidores oficiales. Los que se encargan de dichas ventas, estas ventas son propias de la firma de lujo y es la vía mediante la cual la propia firma se va quitando el *stock* de temporadas anteriores.

24. Por lo tanto, se puede afirmar que la distribución es un elemento clave en los negocios del lujo, siendo un aspecto importante para la internacionalización de las firmas y el desarrollo del fenómeno conocido como la “democratización del lujo”. Las marcas han querido expandirse lo máximo posible en estos últimos treinta años con el fin de llegar a todos los clientes posibles. Estos les ha hecho adaptarse y vender todo tipo de productos, lo conocido como “accesorización”. Aunque el objetivo es vender, no es sencilla la estrategia de distribución cuando no es la propia firma la que se encarga y la encomienda a terceros, ya que se deben combinar diversos factores como alta calidad, imagen de marca uniforme, exclusividad y ahorro de costes. Son aspectos que o se conjugan bien o al final se acaba dañando la imagen de marca. Así, aunque se puede afirmar que a día de hoy una de las estrategias de las firmas de lujo es integrar la distribución de sus productos en su compañía lo máximo posible estando muy enfocados en hacer la distribución *on line* y *off line* un canal único⁵⁵, todavía, como hemos señalado en torno al 50% de las ventas que realizan se llevan a cabo por distribuidores oficiales, realizando contratos de distribución con distribuidores más tradicionales donde combinan distribución física y *on line* pero también con *pure players* del lujo. Es decir, plataformas de comercio electrónico como *Mytheresa*, *Farfetch*, *Alibaba Tmall luxury Pavilion* o *Net-a-Porter*.

⁵⁴ No hay que olvidar que en el EEE el comercio paralelo en términos generales es lícito cuando existe agotamiento europeo del derecho de marca. El titular de una marca de lujo no puede oponerse como regla general a la reventa de su producto en el EEE cuando el derecho de marca se ha agotado. No obstante, este particular también plantea excepciones. Sobre el comercio paralelo, *vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015. Más reciente y en abierto, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta *on line* de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 402-413.

⁵⁵ *Vid.* A. SOM/ C. BLANCKAERT, *The Road of luxury...*, p. 337 y ss.

VIII. La importancia de la distribución en el comercio transnacional

25. La distribución es en una fase fundamental del comercio llegando a ser una actividad diferenciada dentro de este. Las labores de intermediación y comercialización de productos y servicios dan lugar a lo que se conoce como canales o redes de distribución. Dentro de una red de distribución es posible distinguir dos figuras contractuales diferentes. Por un lado, se encontrarían los contratos celebrados entre los fabricantes o proveedores y los distribuidores, mayoristas o minoristas. Por el otro, los contratos formalizados entre el distribuidor minorista y los consumidores. Estos últimos escapan del objeto del Derecho de la distribución comercial⁵⁶.

26. La red de distribución se compone en un extremo por el fabricante que vende los productos a un mayorista que, a su vez, revende los productos a un minorista, siendo este último el que vende los productos directamente al consumidor⁵⁷. La longitud de las redes de distribución varía en función del sistema de organización y del número de sujetos que intervienen. Así, se puede diferenciar entre canales de distribución “cortos” y “largos”.

El *canal de distribución largo* se caracteriza porque el número de intermediarios que intervienen en la distribución es elevado y variado. Este tipo de canal es frecuente verlo en la distribución de productos perecederos. Diferentes mayoristas y minoristas se suceden unos a otros hasta que el producto llega al consumidor final.

En contraposición a este tipo de canal, podemos encontrar el canal de *distribución corto*. Este canal se caracteriza por el reducido número de intermediarios que intervienen en la distribución. En términos generales, los canales cortos se componen del fabricante o proveedor y el minorista. Éstas son las redes de distribución mediante las que se venden productos de lujo o de alta tecnología. La propia red de distribución aporta valor al bien. El fabricante o proveedor para garantizar el halo de exclusividad de sus productos permanece cercano. Así, como posteriormente vamos a estudiar, el titular de estas redes selecciona cuidadosamente a los distribuidores que van a conformar su red, prefiriendo generalmente evitar que distribuidores mayoristas formen parte de la misma y sólo integrando la red con minoristas.

27. El Derecho de la distribución comercial es un derecho especial que se rige por normativa propia y abarca diferentes disciplinas jurídicas tanto de Derecho público como de Derecho privado, entre las que destacan el Derecho la competencia, el comercio interior y el Derecho privado contractual. Así, el Derecho de la distribución afecta a diferentes sectores de la industria y de los servicios⁵⁸.

28. Los contratos formalizados entre fabricantes y distribuidores pueden obedecer a diferentes formas contractuales. Todas ellas, aunque diferentes entre sí comparten el mismo fin: fomentar las ventas del distribuidor. De este modo, con el fin de incentivar e incrementar las ventas de los distribuidores en ocasiones dichos contratos contienen cláusulas que son restrictivas de la competencia.

IX. La distribución integrada vs. la distribución no integrada

29. En atención al grado de integración de la distribución de los productos podemos diferenciar entre empresas que tienen integrada la distribución en su compañía frente aquellas que no tienen tal integración. Como se ha señalado, en el apartado anterior, ya se ha dejado de manifiesto, que cada vez más las firmas de lujo integran la distribución en la compañía para ejercer el mayor control posible sobre la misma.

⁵⁶ Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 59.

⁵⁷ Vid. J. CASARES RIPOL, “Canales comerciales. Redes de distribución. Ideas nuevas para ceremonias antiguas”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 87.

⁵⁸ Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los ...”, p. 59.

30. A las empresas que integran la distribución se las conoce como empresas verticalmente integradas. Las mismas no sólo se encargan del diseño y de la fabricación de sus productos, también de su almacenaje, transporte, venta final al consumidor y atenderle en todo el proceso *presale* y *aftersale*. Una de las vías para que esta distribución integrada pueda llevarse a cabo por el fabricante es recurrir a los agentes. + Los agentes no asumen el riesgo que implica la distribución de los productos, lo asume el principal, es decir, el fabricante o proveedor de los mismos y esto impacta en la aplicación del Derecho de la competencia europeo

A pesar de que las empresas del sector del lujo son un ejemplo de integración vertical tanto aguas arriba (fase fabricación) como aguas abajo (fase distribución), hay que destacar que son compañías complejas desde un punto de vista estructural y financiero. De este modo, aunque la distribución directa es uno de sus pilares, también recurren a otras vías como la distribución selectiva o la franquicia para la comercialización de sus productos internacionalmente. También hay que tener presente de un aspecto que define al negocio de la moda y que la diferencia del negocio del lujo, es su dinamismo y carácter cíclico, dando lugar a nuevos productos cada poca semana. En contraposición, la industria del lujo es diferente, hay menos rotación de producto, hay más tradición y artesanía, y por lo tanto, menos cambios.

Así, en la industria del lujo, las empresas suelen integrar la distribución en la compañía, pero también recurren a terceros para comercializar sus productos. Ejemplo de empresa de la industria del lujo que salvo perfumes integra por completo la distribución en su compañía es Hermès. Esta firma francesa podríamos decir que es una de las firmas de lujo por excelencia. No conceden licencias ni celebran contratos de distribución salvo para perfumes y cosméticos y todo producto relacionado con moda o piel lo comercializa ella misma, bien a través de sus *boutiques* propias o bien a través de su propia *webpage*.

31. En contraposición, podemos encontrar las empresas que deciden fabricar, pero encomendar la distribución a terceros especializados: los distribuidores. Intermediarios que conocen muy bien determinados mercados, ciertos sectores y que sin ellos sería más complicado y sobre todo más costoso la comercialización de los productos internacionalmente. En la industria del lujo, no ha empresas que encomienden toda su distribución a terceros, esto es habitual en productos de gran consumo pero no para productos de lujo, donde cuidar la imagen de marca es esencial para el negocio.

32. Dentro de la distribución no integrada podríamos diferenciar:

- 1) *La distribución no integrada* En atención a este tipo de distribución, el proveedor o fabricante vende los productos a un tercero para que este los venda. La relación contractual entre proveedor y distribuidor se limita a la compra-venta de las mercancías. Este tipo de contratos serían contratos de distribución simples mediante los cuales no se establece ninguna colaboración entre los empresarios situados en diferentes planos de la cadena comercial.
- 2) *La distribución integrada indirecta*. Esta forma de distribuir consiste en que el fabricante vende las mercancías al distribuidor, pero su relación va más allá de una simple compraventa de los productos. El distribuidor en virtud de estos contratos queda integrado en la red oficial de distribución, así es como sucede en el caso de la venta de productos de lujo por distribuidores oficiales⁵⁹. A pesar de que el distribuidor oficial es un empresario independiente si quiere pertenecer a la red y por tanto tener accesos a esos productos del fabricante/proveedor debe cumplir con los criterios que el titular de la red exige. Estos requisitos que se exigen a los distribuidores para pertenecer a la red son normalmente cualitativos y van en consonancia con: 1) el tipo de producto; 2) la imagen de marca que se persigue preservar. Un ejemplo de este tipo de red de distribución integrada indirecta son las redes de distribución selectiva, las cuales posteriormente estudiaremos, ya que son las más importantes en los que a distribución de productos de los considerados de lujo se refiere

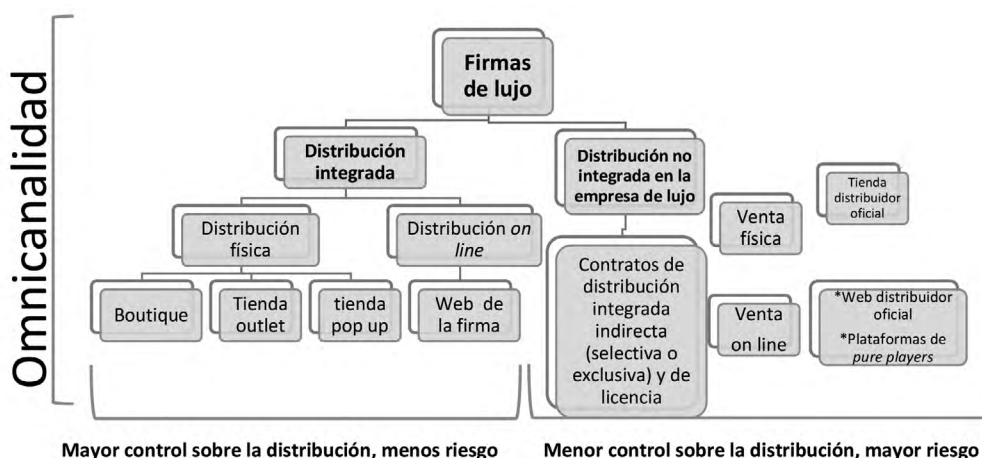
⁵⁹ Sobre este particular *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 402-413.

33. El titular de la red con la exigencia de estos criterios persigue una distribución uniforme y cuidada. Una forma de venta y promoción de sus productos en consonancia con su imagen de marca y los valores de la misma. Aspecto que es clave para que los productos puedan diferenciarse en el mercado y captar la atención del cliente. La competencia en la industria de la moda es voraz y todo detalle cuenta; en la del lujo sobre todo en cosméticos, perfumes, joyería no se compite tanto por el precio sino en atención a otros factores como la calidad de los productos, la innovación en los mismos, la experiencia que se ofrece y para ello la distribución es pieza angular.

X. Las vías a las que acuden las firmas de lujo para vender sus productos

1. Aproximación inicial

34. Como hemos apuntado en el presente capítulo, la imagen de marca es un factor clave en la industria del lujo. Este factor no es baladí y va a condicionar el tipo de distribución. Así, si la firma quiere ejercer un control más férreo sobre su distribución integrará la distribución en la empresa con el objetivo de preservar y potenciar una imagen de marca uniforme. Sin embargo, esta forma de distribuir totalmente integrada es costosa y también resta a estas empresas presencia en el mercado, por lo que también recurren a distribuidores oficiales. En el siguiente esquema se puede apreciar las formas actuales de venta a las que recurren las empresas del sector del lujo. Con independencia de que la distribución esté más o menos integrada en la compañía con el objetivo de preservar la imagen de marca intentan siempre dar la sensación al cliente de que es únicamente la propia firma de lujo la que comercializa los productos, a esto se le denomina omnicanalidad.



*Esquema de elaboración propia.

2. La venta al por menor en la propia tienda insignia

35. Esta forma de distribuir es la que más integración de la distribución ofrece a una compañía. No se encomienda la distribución a un tercero. Se podría decir que es una de las mejores opciones para conseguir que la imagen de marca no quede diluida por la expansión de la firma mediante acuerdos de distribución celebrados por terceros. No obstante, un aspecto importante a tener en cuenta es el tipo de productos que se esté comercializando. No es lo mismo la venta de un reloj, que la de un perfume, que la venta de accesorios o de un bolso elaborado con materiales raros y exóticos cuyo precio puede llegar a ser muy elevado. Como su propio nombre indica la distribución al por menor o al detalle integrada en la propia compañía es la venta con delicadeza, cuidado por el detalle, por el buen servicio. Por eso, se podría decir que la mejor opción opción para cuidar los valores y esencia de la marca.

36. El instrumento elegido por las marcas de lujo cuando asumen llevar a cabo ellas mismas la distribución al por menor de sus productos es “la tienda insignia” o *flagship shop*. Esta tienda es un local comercial, generalmente de grandes dimensiones, ubicado en las zonas más exclusivas de las grandes ciudades. No hay que olvidar que a las firmas de lujo tienen como estrategia agruparse, estar todas juntas en una calle o barrio, eso no es casualidad. Se hace así también como forma de potenciar su estatus. Estas tiendas insignias han servido a las marcas para poder tener presencia en las ciudades más importantes del mundo.

37. La apertura de este tipo de tiendas ha sido una de las opciones más elegidas para la expansión internacional de las marcas de lujo en mercados como el europeo, el estadounidense, Oriente Medio, Japón y cada vez más tienen presencia mediante esta vía en países como China. La apertura de este tipo de tiendas creció exponencialmente en los años 2000 pero con la crisis de 2009, la apertura de *flagship shops* descendió de forma considerable incluso se cerraron algunas ya existentes debido a su escasa rentabilidad. La crisis del coronavirus también impactó sobre estos establecimientos debido a que en la mayoría de los casos los locales están en régimen de alquiler (en contadas ocasiones las firmas de lujo compran los locales en los que instalan sus firmas de lujo) y tuvieron que renegociar con los propietarios esos alquileres tan elevados en los momentos más duros de confinamiento. El *real state* es uno de los aspectos que más ocupa a los abogados *in house* de las empresas del lujo.

38. Un aspecto a destacar de las tiendas insignias de las firmas de lujo es su ubicación. Todas las ciudades importantes, las capitales de un gran número de países tienen una calle o dos donde se encuentran las marcas más prestigiosas y exclusivas. El hecho de estar presente en esas ubicaciones potencia la identidad de la marca. Calles como Los Campos Elíseos en París, la calle Serrano en Madrid, Regent Street en Londres o Ginza en Tokio. La ubicación permite incluso potenciar la cultura y valor de la marca. No obstante, la ubicación sin un espacio cuidado, pulcro, que evoque a los sentidos y a las emociones, que permita soñar... sirve para poco. Las marcas de lujo lo saben. Así, se preocupan mucho por la decoración, estructura de sus tiendas insignias, de vincularlas con la cultura o al arte del país en el que se encuentran. Todo detalle que aparece en una tienda insignia está pensado y meditado al milímetro para que en ningún caso desentone con la identidad y valores de la marca. Es un espacio que debe permitir experimentar, transmitir, sentir, mezclar la fantasía con la realidad... Dichos espacios deben crearse con el fin de generar el deseo de comprar a la persona que entra.

De este modo, junto con el escenario que se crea en estas tiendas, otro factor importante, es el personal al frente de la tienda insignia. Debe tratarse de un personal muy cualificado, que conozca el producto y el perfil del cliente que compra los productos de la firm

39. No obstante, la apertura y mantenimiento de tiendas insignias se enfrenta constantemente a un problema con los costes. Son establecimientos caros de mantener y no en todos los países funcionan del mismo modo. En ocasiones no acaban de encajar en los países en los que se instalan, ya que la cultura y tradiciones del país influyen en la estrategia que debe desarrollarse para poder adentrarse en el mercado. También hay otros aspectos que no deben olvidarse como son los impuestos (muy elevados en algunos países), las fluctuaciones monetarias o los niveles de turismo. La realidad es que a pesar de los inconvenientes es una de las mejores opciones de expansión internacional para las marcas de lujo. Esto es así debido al aspecto al que ya hemos hecho referencia anteriormente, la necesidad de preservar la imagen de marca.

40. Una cuestión que nos planteamos es cómo será las tiendas insignias de un futuro cercano. A nuestro juicio, consideramos que estas tiendas aunarán todavía más, a lo que lo hacen en la actualidad, el canal *on line* y *off line*. Consideramos que estos establecimientos potenciarán la experiencia en función de la identidad y valores de la marca. Así, creemos que habrá dos perfiles de tiendas: 1) de perfil tecn - lógico donde haya innovación y creatividad y el cliente pueda interactuar y formar parte de la creación del producto. Imaginamos que en dichas *boutiques* del futuro habrán espejos inteligentes, se podrán

crear productos a medida mediante impresoras 3D, etc; 2) de perfil cultural y artístico. Lugares donde se conecte con la cultura al cliente, mediante música, arte o incluso restauración...⁶⁰

3. Las tiendas *pop-up*

41. Las tiendas *pop-up* son un fenómeno relativamente reciente. Son establecimientos de corta duración que tienen como objetivo promocionar o dar a conocer un producto en un mercado. Este tipo de tiendas están ideadas para que el cliente disfrute de una experiencia diferente, distinta mientras conoce o prueba un producto o servicio.

42. Este tipo de establecimientos cuyo coste de implantación es mucho menor que el de una *flagship shop* no persigue la venta de productos sino más bien crear presencia de la marca. En definitiva, que el cliente esté al día de la novedad que se presenta por la firma en ese momento. La tienda *pop up* es una vía para que la firma de lujo pueda conocer la acogida que determinados productos podrían tener entre los clientes⁶¹. Las tiendas *pop-up*, como su propio nombre indica, no surgen con el fin de permanecer en el tiempo, sino para tener una duración limitada, la cual puede ser desde días hasta semanas o meses. En definitiva, el fin es promocionar la firma. Otras veces, el espacio elegido para abrir una *pop-up shop* es un espacio diferente o singular. Por ejemplo, la firma japonesa *Comme des Garçons* que creó una tienda en un garaje de Nueva York durante varias semanas⁶².

43. Aunque este concepto surgió en EE.UU. también se ha extendido por Europa y Asia. Así, por ejemplo, la marca de coches *BMW* abrió una tienda *pop-up* en Moscú con el fin de dar a conocer y comprobar la reacción del público con respecto a su modelo de coche de más alta gama, el *BMW* serie 7⁶³. En dicha tienda sólo había un modelo. Pero también la tienda se complementó con una cafetería, una sala de lectura, una pequeña biblioteca... Otro ejemplo de tiendas *pop up* en el sector del lujo sería la marca de lujo *Louis Vuitton* que en virtud de su colaboración con el artista japonés *Yayoi Kusama* ha abierto diferentes *pop ups* en todo el mundo, una de ellas en el año 2023 en los almacenes londinenses *Harrods*⁶⁴.

4. Las tiendas *outlet*

44. Las tiendas *outlet* también existen para para los productos de lujo. De hecho, el canal de venta que mejores resultados ha presentado para las firmas de lujo en 2024 ha sido el canal *outlet*⁶⁵. Un ejemplo de *outlet* de productos de lujo es las Rozas *Village* en Madrid o Val d’Europe en París. Este tipo de tiendas con importante presencia en Europa permite que las marcas de lujo se deshagan de su *stock* sobrante y además, es una vía para que la marca de lujo capte a otro tipo de clientela. Este concepto de tienda *outlet* proviene de Estados Unidos, donde a las afueras de las ciudades se han creado grandes espacios comerciales donde las marcas comercializan una parte importante de su *stock* sobrante. En Europa, una empresa importante a cargo de gran parte estos centros *outlets*, cuya construcción y disposición imita al de una ciudad, con características de la localidad donde se encuentra el *outlet*, es la

⁶⁰ Sobre los experimentos que están llevando a cabo las firmas de lujo actualmente sobre futuros conceptos de tiendas insignias *vid.*, A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 341.

⁶¹ *Vid.* A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 317.

⁶² Al respecto *vid.* E.STANYOL I CASALS, “Pop-up”, un nuevo concepto de tiendas y restaurantes”, *COMeIN*, agosto-septiembre 2012, núm. 14. ISSN: 1696-3296. DOI: <https://doi.org/10.7238/c.n14.1257> <http://www.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero14/articulos/Article-Elisenda-Estanyol.html> (consultado el 3 de febrero de 2025).

⁶³ *Vid.* A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 317.

⁶⁴ D. MURET, “Louis Vuitton saca el máximo provecho a su colaboración con Yayoi Kusama”, *Fashion Network*, febrero 2023, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Louis-vuitton-saca-el-maximo-provecho-a-su-colaboracion-con-yayoi-kusama,1481911.html> (consultado el 3 de febrero de 2025).

⁶⁵ C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

empresa *Value Retail*. Esta compañía es la propietaria de doce espacios *outlets* de lujo en Europa, en China y también en Estados Unidos⁶⁶.

45. Una cuestión a destacar es que los artículos que se venden en este tipo de *outlet* no siempre son un producto barato, con descuento⁶⁷. Aunque el precio es *outlet*, puede ser un poco inferior al precio del producto de temporada, no necesariamente es un precio bajo. Los productos que se venden en estas tiendas suelen ser productos de lujo accesible de otras temporadas pero también se pueden encontrar productos de edición limitada⁶⁸. Esto es así porque la firma desea guardarse esos productos para la venta *outlet* con el fin de captar a nueva clientela, fidelizar a otra... De hecho, hay firmas que tienen una fabricación específica para sus tiendas *outlet*.

46. Un aspecto que no debe olvidarse es que el servicio ofrecido por la firma en sus tiendas *outlet* es de un nivel inferior que en una tienda insignia. El cliente se encuentra con la paradoja de que está comprando un producto de precio elevado, pero con un servicio menos cuidado y exclusivo. Las compañías dedicadas al lujo hacen esto de forma consciente. El objetivo es que quede bien diferenciado las dos formas de venta dirigidas a dos perfiles de clientes distintos: el cliente que entra en una tienda insignia y el que compra en *outlet*. La marca de lujo quiere abarcar lo máximo posible. Mediante el *outlet* puede captar a un tipo de cliente que en principio no entraría de forma general en una tienda insignia. Esta forma de venta permite, sin duda, ampliar el público al que vender los productos. También hay que tener presente que un cliente principal de los outlets de lujo en Europa es el turista, y en especial, turista asiático. *Value Retail* dueño de los centros *outlets* que hay en España (La Roca en Barcelona y las *Rozas Village* en Madrid) tienen acuerdos con hoteles, touroperadores y aeropuertos para que los turistas que visiten Madrid o Barcelona también pasen por estos outlets durante su estancia en dichas ciudades.

5. La venta *on line*

47. El comercio electrónico es imparable, cada vez más personas compran en internet, en España⁶⁹, en Europa⁷⁰ y en el mundo. Por ese motivo, las marcas de lujo no se quedan fuera de un mercado tan necesario para su negocio. Aunque en los inicios del *ecommerce* fueron reticentes y su inclusión en el mismo no fue rápida ni poco meditada. Entre las razones de esa reticencia se podía encontrar, *ad ex.*, el miedo a dañar la imagen de marca, a la exclusividad, ya que internet representa justo lo contrario, accesibilidad. Por ese motivo, estuvieron años con temor a que internet pudiera poner en peligro el prestigio y valores de la firma... Aun así, en la actualidad, esos miedos iniciales, se han ido disipando. Hoy en día, las marcas de lujo ven internet en su conjunto, y en particular las redes sociales, la venta *on line*, la comunicación y *engagement* con el cliente, etc. En la actualidad se persigue la omnicanalidad, que la venta *on line* y la física se fusionen lo máximo posible para que el cliente no aprecie demasiada diferencia entre un canal y otro. Por ello, se podría afirmar que las firmas de lujo han pasado de ver internet con temor, a verlo como uno de los mejores aliados y tratarlo como una herramienta más para ensalzar la marca, una oportunidad para seguir en contacto directo con el cliente, para promocionar el producto, lanzar campañas de marketing, crear experiencias...

⁶⁶ Más información sobre la empresa Value Retail en <https://www.valueretail.com/value-retail/en/villages> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁶⁷ Así lo confirma Desiree Bollier, CEO de Value Retail, en una entrevista, la cual está disponible en <https://es.fashion-network.com/news/Desiree-bollier-de-value-retail-habla-sobre-el-exito-de-sus-outlets-y-bicester-village,882981.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁶⁸ Vid. A. SOM/ C. BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 323.

⁶⁹ Prueba de ello es que el comercio electrónico superó en España los 19.000 millones de euros en el primer trimestre de 2023, un 22,7% más que en el año 2022, sobre este particular *vid.* la nota de prensa de la CNMC disponible en <https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-1T23-20231006> (consultado el 4 de febrero de 2024).

⁷⁰ El volumen de negocio del *ecommerce* en Europa fue en 2022 de 899 billones de euros, sobre el impacto económico del *ecommerce* en Europa *vid.* *European Ecommerce Report 2023*, disponible en https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2023/09/2023-European-E-commerce-Report-_LIGHT-Version-Final_19-sep.pdf (consultado el 4 de febrero de 2025).

48. No obstante, hay aspectos en los que las firmas de lujo trabajan en relación a la venta *on line* con el fin de evitar que la marca se diluya o sea invadida por las falsificaciones. Para ello la marca debe cuidar mucho su *web*, debe intentar transmitir experiencias únicas, donde los sentidos se vean conmovidos de la misma forma que lo hace con la tienda insignia la ciudad x. El *brand content* y el *storytelling* no es olvidado por las marcas de lujo en la venta *on line*. Los vídeos, podcast, imágenes, la creación de comunidades, el contenido a través de *influencers* o de redes sociales son vías que las marcas de lujo utilizan para continuar potenciando la identidad de la marca. Además, internet ofrece importantes ventajas a las firmas. Una de ellas es que brinda mucha información de sus clientes gracias al *big data* y al análisis que se puede realizar sobre esos datos con el correspondiente algoritmo(s)⁷¹. Entre las actividades que internet permite realizar a las empresas podríamos destacar desde monitorizar las visitas, las búsquedas, el tiempo que el cliente pasa en un determinado producto, los productos que generan más interés...Esta información puede utilizarse para fines muy variados desde predecir demanda, ajustar producción de determinados productos hasta ser aspectos a tener presente para futuras campañas de *marketing* y/o comunicación.

49. Las firmas de lujo cuentan con diferentes opciones para diseñar sus ventas en la red. Así, una de ellas es vender de forma directa a través de propia su *web* propia. Otra sería recurrir a plataformas de comercio electrónico operadas por terceros donde se pueden encontrar firmas de lujo diferentes. El objeto de la presencia de las firmas de lujo en estos *pure players* es llegar al máximo de clientes posibles. Este tipo de plataformas puede ser por ejemplo *My Theresa*, *Net-A-Porter*, *Alibaba TMall Luxury Pavilion*, *Farfetch*⁷². También otra opción, que posteriormente estudiaremos a la luz del Derecho de la competencia, es la venta *on line* por parte de distribuidores oficiales que venden físicamente pero también operan *on line*, comercializando los productos mediante su propia *web* o recurriendo a plataformas de terceros.

50. Por último, un aspecto que no debe olvidarse es que internet no es sólo una vía para la comercialización de productos. La red puede utilizarse para vender pero también para que se conozca la firma, sus valores, para que se anime al cliente a visitar la tienda física, para poder obtener información sobre la empresa y los propios productos, etc. La transparencia será un papel crucial en los próximos años con todo lo relativa a la economía circular y evitar el *green washing*.

51. En definitiva, internet nunca ha implicado que la tienda física vaya a desaparecer. Tampoco con los desarrollos futuros de internet, es decir, *web3* y posible Metaverso persigan tal objetivo. Desde nuestro punto de vista, internet es un gran escaparate mundial, las marcas de lujo son conscientes y saben que la digitalización de su negocio es clave para poder llegar al cliente de generaciones jóvenes y generar deseo sobre la firma

6. El *travel retail*: Venta de productos de lujo en los aeropuertos

52. El *travel retail* es una vía de distribución para productos de lujo relativamente reciente. Dentro de este se podrían diferenciar las ventas realizadas en tiendas de los aeropuertos, en las tiendas *duty free*, ventas a bordo de aviones o de otro tipo de transporte como pueden ser los cruceros, también tiendas en espacios urbanos como podrían ser *outlets* de lujo y tiendas fronterizas.

53. La existencia de este tipo de ventas tiene que ver con el deseo de viajar de las personas. En el año 2018 se batió récords y hay datos que señalan que viajaron unos 1.400 millones de personas en el

⁷¹ Sobre el potencial del *big data* vid. *ad ex.*, sin carácter exhaustivo, A. GARCÍA VIDAL (Dir), *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 24 y ss.

⁷² Un análisis de estas plataformas puede encontrarse en A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2021, p. 367-373.

mundo⁷³. Con la pandemia del año 2020, todo lo relacionado con los viajes, y por lo tanto, con la venta relativa al *travel retail* descendió a niveles nunca vistos, pero a datos de 2022 se vuelve a ver como los viajes ocupan un lugar importante en la vida de las personas y se desplazaron unos 1.000 millones de personas⁷⁴. El negocio del *travel retail* a datos de 2021 estaba valorado en 104 billones de dólares pero se estima que en 2030 el crecimiento de este segmento para productos de lujo crezca en torno a un 9% y se sitúe en torno a 233 billones de dólares⁷⁵. Este crecimiento podría ser mayor debido a que se quiere digitalizar más el *travel retail* y que los clientes pueden tener una gama más amplia de productos que adquirir, ya que esta es una limitación actual del *travel retail*.

54. En definitiva, el turismo es una industria que no cesa, especialmente en países como España. Por lo tanto, la venta de productos de lujo en los medios de transporte o en los lugares donde se espera a los mismos puede ser una importante vía de ingresos para las empresas. Hay un factor que hace que las ventas en las zonas aeroportuarias, libres de impuestos prosperen y es que el consumidor tiene tiempo muerto, tiene que esperar, no puede ir a otro lugar... Por lo tanto, las compras son una opción que se tiene muy en cuenta por los pasajeros para hacer más liviana la espera.

7. La concesión de licencias en la industria del lujo

55. La concesión de licencias para que terceros puedan vender productos y/o servicios una marca de lujo en mercados extranjeros es una opción para conquistar mercados y que algunas firmas llevan utilizado desde los años 90⁷⁶. Sin embargo, también hay otras que nunca han sucumbido a esta forma de expansión internacional rápida y bastante económica como es el caso de *Hermés* o de *Louis Vuitton*, hay otras que sí lo han hecho, especialmente en el pasado, como es el caso de *Gucci* o *Ralph Laurent*.

56. La concesión de licencias de marca puede ser una opción interesante cuando se desea una expansión internacional de la marca rápida y sin demasiado coste. Es una vía a tener en cuenta cuando no se quieren acometer grandes inversiones en un país extranjero. Se podría decir que la opción *low-cost* para la expansión internacional. También resulta interesante para el licenciataria ya que es una forma de introducirse en el mundo del lujo rápidamente y con un coste que podría ser razonable. Sin embargo, en concreto para las marcas de lujo, donde se debe poner especial cuidado en aspectos como la imagen de la marca, la uniformidad en la veta, la exclusividad puede que no siempre sea la mejor opción. Esto es así porque requiere que el titular de licencia esté muy pendiente de la gestión que realiza el licenciataria, para evitar uno de los mayores riesgos que presenta la concesión de licencias, dañar la imagen de marca.

57. En lo que al sector del lujo se refiere hay tanto buenas como malas experiencias. Un ejemplo de concesión de licencias que han ido bien y que no han perjudicado a la marca es el caso de la marca *Montblanc*, *Luxottica*, *Fossil*, *Swatch*, *L'oreal*. En cuanto a ejemplos de experiencias negativas, tenemos el caso de *Calvin Klein*, *Gucci* o *Polo Ralph Laurent*, debido a que la concesión sin control provocó que durante un tiempo la imagen de la marca se diluyera y perdiera exclusividad⁷⁷.

⁷³ L. G. DÍAZ, “Las cifras del turismo a nivel mundial”, National Geographic, 2019, disponible en https://viajes.nationalgeographic.com.es/a/cifras-turismo-a-nivel-mundial_14640#:~:text=Viajar%20es%20una%20tendencia%20al,6%25%20con%20respecto%20a%202017. (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁷⁴ El turismo en el mundo, Statista, disponible en <https://es.statista.com/temas/3612/el-turismo-en-el-mundo/#topicOverview> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁷⁵ P. BOUSQUET-CHAVANNE, “Luxury Travel Retail Poised To Skyrocket With China’s Reopening”, *Forbes*, abril 2023, disponible en <https://www.forbes.com/sites/patrickbousquet-chavanne/2023/04/26/luxury-travel-retail-poised-to-skyrocket-with-chinas-reopening/#> (consultado el 4 de febrero de 2025).

⁷⁶ Para un mayor detalle sobre la importancia de las licencias en los negocios relacionados con la moda *vid.* M. AZCÁRATE MANCHADO, ¿Cómo impactan las licencias de marca y de tecnología en el negocio de la moda?,

⁷⁷ A. SOM/ C. BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 319.

8. Los contratos de distribución

A) Aproximación inicial

58. Como ya hemos señalado en el presente estudio, las firmas de lujo tienen la opción de integrar la distribución en su compañía, pero también de recurrir a terceros. Cuando utilizan a distribuidores externos a su empresa para comercializar sus productos deben celebrar acuerdos de distribución. Los cuales son normalmente acuerdos que integran al distribuidor dentro de una red oficial de distribución con el objetivo de que se cuide la imagen de marca en la venta, y por eso, el tipo de distribución a la que se recurre es bien a la distribución exclusiva o a la distribución selectiva.

59. Los contratos de distribución son el vehículo mediante el cual el fabricante acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa⁷⁸. En *strictu sensu*, es la materialización de la colaboración entre un empresario que encomienda a uno o varios distribuidores la colocación en el mercado de sus productos o servicios⁷⁹. La distribución permite también que la empresa se expanda internacionalmente y conquiste mercados extranjeros. Del mismo modo, los contratos de distribución son una de las vías para que las marcas implementen sus políticas de precios, la homogeneización de su marca en los mercados en los que comercializan sus productos como vía para evitar las ventas o el comercio paralelo.

60. Sin ánimo de ser exhaustivos sobre este particular, los contratos de distribución se caracterizan por las siguientes notas:

- a) *Contratos atípicos.* Los contratos de distribución no están tipificados en el ordenamiento jurídico español. Tampoco lo están en la mayoría de los países europeos. La realidad es que se ha intentado legislar en la materia tanto a nivel europeo como nacional. Sin embargo, no ha habido mucho éxito al respecto. Uno de los proyectos fallidos pero no el único fue la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, la cual se publicó en 2006 y fue elaborada por la Comisión General de Codificación. En el año 2011 se intentaron varias iniciativas desde la modificación de la Ley de Contrato de Agencia hasta el “Proyecto de Ley de contratos de distribución” y también la “Proposición de Ley de contratos de distribución”, ninguno prosperó⁸⁰. Tampoco lo hizo la regulación prevista para este tipo de contratos en la “Propuesta de Código Mercantil” del año 2013, la cual fue descartada debido a la imposibilidad de acuerdo entre operadores públicos y privados y no formó parte del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014⁸¹. En la actualidad, podemos afirmar que la regulación más completa se deriva del *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*⁸², el cual se estudiará en el siguiente capítulo.

⁷⁸ Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, p. 61.

⁷⁹ Vid. J. SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE/ F. SÁNCHEZ CALERO, “Capítulo 48: contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring”, en J. SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE/ F. SÁNCHEZ CALERO *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1 (versión consultada Thomson Reuters proview).

⁸⁰ Para un mayor detalle sobre estos fracasos legislativos, vid. D. VÁZQUEZ ALBERT, “El contrato de distribución exclusiva”, en J.I. RUIZ PERIS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 116-117.

⁸¹ Sobre este particular vid. R. ALONSO SOTO, “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil”, en M.J.MORILLAS JARILLO/M.P.PERALES VISCASILLAS/L.J. PORFIRIO CARPIO, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1163-1175.

⁸² DOUE núm. 134, de 11 de mayo de 2022.

- b) *Contratos mercantiles*. Contratos de duración continuada y generalmente de adhesión, por lo que les resultaría aplicable la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁸³ en el caso de que el Derecho material español fuera el aplicable al contrato.
- c) *Contratos de colaboración*. Los contratos de distribución son colaboración entre empresarios independientes, normalmente entre un fabricante y varios comerciantes, con el fin de crear una red de venta o distribución de los productos de aquél.
- d) *Contratos en los que se permite el uso de derechos de propiedad industrial e intelectual*. Son contratos que conllevan generalmente cesión o licencia de Derechos de propiedad industrial e intelectual (marcas, patentes, know-how...).
- e) *Contratos intuitu personae*. Contratos basados en la confianza recíproca de las partes, ya que entre las partes se entabla una relación de colaboración duradera. No obstante, en sentido estricto la confianza en estos contratos no se refiere tanto a la persona en sí misma sino más bien a sus aptitudes como empresario -capacidad organizativa, financiera y comercial-.

61. La característica esencial que permite agrupar este tipo de contratos dentro de una misma categoría es la causa comercial común que comparten, esto es, la comercialización de bienes o servicios, mediante estructuras económicas integradas y duraderas a través de empresarios jurídicamente independientes⁸⁴. Como ya se ha visto, los contratos de distribución objeto de análisis tienen una función doble. No sólo se emplean para vender productos, sino que lo que se pretende con ellos es integrar al distribuidor en una estructura organizada de distribución, conocida como canal o red de distribución. El distribuidor, como empresario independiente, podrá actuar con independencia pero sometido a las reglas que impone el fabricante o proveedor para mantener controlados sus productos. Estas reglas o restricciones que el fabricante impone al distribuidor a la hora de organizar su negocio se contrarrestan con los beneficios que este obtiene de poder acceder a la clientela o contar con el prestigio del titular de la red⁸⁵.

62. Dentro de los contratos de distribución se pueden diferenciar diferentes modalidades en atención a las características particulares que presentan. Así, en función de aspectos como las cualidades requeridas al distribuidor, la delimitación de la zona en la que el distribuidor puede vender o la exclusividad a la hora de comprar los productos, se puede atender a⁸⁶:

- 1) El contrato de distribución exclusiva o de concesión;
- 2) El contrato de distribución selectiva o de establecimiento autorizado;
- 3) El contrato de franquicia.
- 4) El contrato de agencia.

63. Los contratos de distribución que más celebran las firmas de lujo con terceros son los de distribución indirecta integrada. En particular, el contrato de distribución selectiva⁸⁷. Esto es así porque permiten exigir al distribuidor oficial una serie de requisitos para poder pertenecer a la red de distribución, requisitos que deben ir en consonancia con el aura de *glamour* y prestigio de la marca. Sin ánimo de ser exhaustivos, tales requisitos son aquellos tales como un buen servicio preventa y post venta, publicidad, un local cuidado y un personal que conoce los productos y cómo llegar al cliente, entre otros.

⁸³ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

⁸⁴ Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 62.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁸⁶ Para un mayor sobre cada uno de estos contratos vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución de productos de lujo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

⁸⁷ Vid al respecto para un mayor detalle, F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estímulos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 73 y ss; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss; B. TORRUBIA CHALMETA, “el contrato de distribución selectiva”, *Rcd*, nº 8, 2011, pp. 93-122.

B) La distribución y la importancia del Derecho de la competencia

64. Los contratos de distribución contienen cláusulas que afectan a la ordenación del mercado. Un ejemplo para comprender la afirmación anterior sería el siguiente: una de las cláusulas por excelencia en un contrato de distribución exclusiva es la de reparto de clientela. Es decir, a cada distribuidor se le asigna una zona geográfica de venta, de la cual no puede salirse. Uno de los efectos de este tipo de cláusulas es que se restringe la clientela del distribuidor, ya que, no puede buscar clientes fuera de su zona. Esta cláusula recogida en un contrato de distribución puede afectar a la estructura del mercado de un determinado sector o producto a nivel nacional, europeo o mundial en función del volumen de negocio de los operadores. De este modo, debido a que estos contratos limitan la capacidad de decisión de los distribuidores, la libre competencia se puede ver afectada. Así, las autoridades de competencia europeas decidieron recoger en la normativa de competencia aspectos como definiciones, efectos y cláusulas de los acuerdos de distribución que más relevancia tienen para el Derecho de la competencia con el fin de clarificar su régimen jurídico.

65. Los contratos de distribución desde la óptica del Derecho de la competencia son denominados acuerdos verticales⁸⁸. Esta denominación es adquirida porque son acuerdos formalizados entre empresarios independientes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción y de distribución⁸⁹. De este modo, estos acuerdos en principio podrían ser objeto de prohibición de acuerdo al art. 101.1 TFUE o al art. 1.1 LDC⁹⁰. Sin embargo, como consecuencia de los aspectos positivos que suelen presentar los acuerdos verticales para el mercado y los consumidores suelen quedar exentos de prohibición de acuerdo al art. 101.3 TFUE -art. 1.3 LDC-. Los aspectos positivos cumulativos que señala el art. 101.3 TFUE han sido desarrollados en Reglamentos de exención por categorías con el fin de que las partes que vaya a formalizar un acuerdo sepan cuando el mismo va a quedar exento a pesar de que incluya restricciones de competencia. La ventaja que presentan los Reglamentos de exención en bloque es que a diferencia de lo que ocurría con anterioridad al Reglamento (CE) nº. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, R. 1/2003) no es necesario comunicar ni notificar a la Autoridad de competencia, bien europea -Comisión- o nacional -Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC)-, el acuerdo⁹¹. Las partes deberán atenerse a lo dispuesto en los Reglamentos de exención y sus Directrices para saber si su acuerdo está permitido o prohibido de acuerdo a las normas de competencia.

66. El Reglamento de exención por categorías o en bloque relevante para la distribución es el *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*⁹² (en adelante, Reglamento UE 2022/720). Sin embargo,

⁸⁸ Para un estudio de la evolución de la política europea de competencia respecto a los acuerdos de distribución vid. M^a M. CURTO POLO, “Tratamiento antitrust de los contratos de distribución. Especial referencia a la experiencia comunitaria”, en M^a J. HERRERO GARCÍA (DIR.), *La contratación en el Sector de la Distribución comercial*, Aranzadi, 2010, pp. 49-58.

⁸⁹ Sobre la definición de acuerdo vertical vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 981-982; G. DEMME, *Le Droit des restrictions verticales*, Economica, Paris, 2011, p. 4 y ss; J. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Acuerdos verticales” en L. A. VELASCO SAN PEDRO (DIR.), *Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex nova, Valladolid, 2005, pp. 132-133; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 173 y ss; U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1 EU, Teil 1, Verlag, C.H. Beck, München, 2012, pp. 1091-1098; A. JONES/B. SUFRIN/N.DUNNE, *EU Competition Law. Text, cases and materials*, 8th ed, 2023, p. 769; V. KORAH/ D. O’ SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 173-177; F. WICKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2^o ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 139-148; R. WHISH, *Competition Law*, p. 652; A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 47-55.

⁹⁰ BOE núm. 159 de 4 de Julio de 2007.

⁹¹ DO L 1/1 de 4 de marzo de 2003.

⁹² DOUE núm. 134, de 11 de mayo de 2022. Para un estudio sobre este Reglamento sin carácter exhaustivo vid. B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements. Digital, Dual, Exclusive and Selective Distribution plus Franchising*, Springer, Suiza, 2023.

existen otros Reglamentos de exención por categorías para otro tipo de acuerdos como las licencias de transferencia de tecnología⁹³, incluso Reglamentos que persiguen la exención de acuerdos horizontales⁹⁴. Es decir, para acuerdos celebrados entre partes que están situados al mismo nivel del comercio, o sea, competidores. Estos Reglamentos se aplican directamente en el ordenamiento español en virtud de la remisión en bloque del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo y posteriormente del art. 1.4 LDC⁹⁵.

67. Así, se puede afirmar que la normativa de defensa de la competencia tiene un peso importante en la formación y régimen jurídico de los contratos de distribución. Estas normas permiten que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo al Derecho de la competencia europeo. Aunque esta regulación no es exhaustiva debido a que está enfocada a los efectos jurídicos y económicos que provocan los acuerdos de distribución en el mercado, es de gran ayuda para los profesionales y estudiosos de la distribución. En base a los conceptos generales y cláusulas prohibidas que se recogen tanto en los Reglamentos de exención por categorías como en las Directrices que los desarrollan un jurista que se dedica a asesorar en materia de contratos de distribución se forjar una buena idea del régimen legal de los mismos tanto a nivel nacional como europeo.

68. De este modo, como hemos señalado, al ser las normas de competencia europeas directamente aplicables (principio de primacía del Derecho europeo), se puede afirmar también que siempre se van a tener presente por los jueces europeos cuando diriman un asunto que afecte a un contrato de distribución, ya se rija o no ese contrato por el Derecho de un Estado europeo. El razonamiento de la presencia del Derecho europeo de la competencia en los contratos de distribución internacional se derivaría de dos escenarios:

- 1) *Escenario 1*. Las partes han elegido a su contrato de distribución un Derecho de un Estado miembro. Las normas de competencia son parte de ese ordenamiento jurídico y directamente aplicables. Esto sucede del mismo modo en los casos en los que las partes no han elegido el Derecho aplicable o esa elección no es válida y conforme al art. 4 del *Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* (en adelante, R.Roma I)⁹⁶ resulta de aplicación la Ley de un Estado miembro.
- 2) *Escenario 2*. Las partes han elegido el Derecho aplicable de un tercer Estado y las normas de competencia pueden ser aplicable como leyes de policía del ordenamiento del foro. En particular, el Derecho de la competencia entraría en escena en virtud del art. 9 del R. Roma I. Un juez europeo podría tener presente las normas de policía del foro (art. 9.2) o incluso de terceros Estados que guardan relación con la ejecución del contrato (art. 9.3). Aunque el art. 9 R. Roma I define las normas de policía de forma abierta y no determina de forma precisa qué normas se consideran de policía y cuáles no⁹⁷, el TJUE en diferentes ocasiones⁹⁸, ha señalado como el Derecho de la competencia europeo es norma de policía para los jueces europeos, siendo parte de su orden público internacional⁹⁹.

⁹³ Reglamento (UE) no 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

⁹⁴ Los actuales Reglamentos de exención por categorías de acuerdos horizontales son dos: 1) el Reglamento (UE) n° 1218/2010, de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización; 2) el Reglamento (UE) 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

⁹⁵ BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

⁹⁶ DOUE L 177/6, 4 de julio de 2008.

⁹⁷ Sobre este particular *vid.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho internacional privado*, vol. V, Edisofer, 2024, pp.554-579.

⁹⁸ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605, apartados 25.

⁹⁹ STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, apartado 39.

69. Por lo tanto, las empresas que celebran un contrato de distribución, en el caso de productos de lujo, sobre todo contratos de distribución selectiva, tendrán que atender al Derecho de la competencia europeo a la hora de redactar su contrato, en particular al citado Reglamento UE 2022/720, debido a que el Derecho europeo de la competencia es de aplicación con independencia del Derecho aplicable al contrato, también es indiferente el domicilio de las empresas que participan en el acuerdo. Hay que tener presente que el ámbito territorial del Derecho europeo de la competencia hace que sus normas sean aplicables con independencia de los factores anteriores, y que, por tanto, la clave para su aplicación reside en si los acuerdos o prácticas de las empresas presentan “efectos” en el comercio entre Estados miembros¹⁰⁰.

C) El contrato de distribución selectiva

a) Concepto y régimen jurídico

70. El contrato de distribución selectiva cobra especial importancia en el presente estudio debido a la estrecha relación que guarda con productos de lujo¹⁰¹. Hay que tener presente que los productos vendidos mediante los sistemas de distribución selectiva son productos de marca y son los que más atraen a los distribuidores independientes para la reventa debido a las características que presentan estos productos. Un ejemplo de firma de lujo que utiliza este sistema de venta para comercializar sus productos es *Rolex*, siendo un gran número de firmas las que utilizan este tipo de contrato cuando deciden no ocuparse de la distribución y encomendársela a un tercero. También la marca *Sephora*, perteneciente al grupo LVMH es otro ejemplo de venta de productos cosméticos mediante un sistema de distribución selectiva.

71. La distribución selectiva o autorizada como el resto de contratos de distribución carece de regulación legal, por lo que no existe una ley en el ordenamiento español que recoja cuál es el concepto y régimen jurídico de este tipo de contrato. Esta carencia de un régimen legal específico ha dado lugar a que hayan sido los profesionales, quienes al necesitar este tipo de distribución para sus negocios los que han ido dando forma al concepto y caracteres de este contrato. Esta “tipificación informal” basada en el principio de autonomía de la voluntad (1255 CC) ha sido ratificada y modulada por los tribunales a razón de los casos que se iban presentando en los juzgados. El modo de operar de profesionales y de los tribunales siempre ha estado en cierta forma dirigido por las normas del Derecho de la competencia europeo y las normas de competencia nacionales. Como ya se ha señalado estas normas son prácticamente las únicas que regulan los contratos de distribución. De este modo, la regulación que realiza el Derecho europeo de la competencia va a ser crucial para que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo a las normas de defensa de la competencia, bien nacionales o europeas.

72. El citado Reglamento 2022/720 en su artículo el art. 1.1 g) define el sistema de distribución selectiva como “*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema*”.

73. Por lo que respecta a la jurisprudencia, tanto europea como española, es posible destacar su numerosidad, que aunque no ha forjado un concepto único, sí que ha establecido la naturaleza y funciones de la distribución selectiva. A modo de ejemplo los tribunales españoles han definido la distribución

¹⁰⁰ Comunicación de la Comisión- Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE C 101/81, de 27 de abril de 2004. En la jurisprudencia del TJUE *vid. ad ex.*, STJCE de 31 de mayo de 1979, Hugin, as. 22/78, ECLI:EU:C:1979:138, apartado 17. STJCE de 14 de julio de 1981, *Züchner*, as. 172/80, ECLI:EU:C:1981:178, apartado 18; STJCE de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 95.

¹⁰¹ Para un análisis del contrato de distribución selectiva desde una perspectiva económica *vid.* T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, “An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers”, *ECJ*, vol 5, nº1, abril 2009, pp. 201-226.

selectiva como “*un mecanismo de comercialización de productos de marca que posibilita al fabricante a seleccionar revendedores, de manera que sólo sirve, directamente o por medio de un distribuidor, el producto original a minoristas que cumplen determinadas condiciones y se compromete a mantenerlas*” al igual que como “*aquel en el que el fabricante o un licenciataria exclusivo en España selecciona los distribuidores que reúnen los requisitos exigidos para preservar debidamente la imagen de marca*”¹⁰².

74. Por lo tanto, en atención a lo anteriormente expuesto se puede afirmar que la distribución selectiva o autorizada es un sistema de venta que se forma en torno a las cualidades que presentan los distribuidores¹⁰³. Estas cualidades de los distribuidores deben fundamentarse en criterios objetivos y específicos que están enfocadas en relación a la naturaleza del producto o productos objeto del contrato. Los productos que requieren distribución selectiva son productos de marca, generalmente de lujo e incluso de cierta complejidad, por lo tanto, la prestación al cliente de servicios adicionales a la venta es una obligación característica de este contrato junto con la prohibición impuesta a los miembros de la red a revender las mercancías a terceros no pertenecientes a la misma. No obstante, conviene tener presente en que las actuales Directrices que acompañan al Reglamento UE 2022/720, permiten actualmente que el distribuidor selectivo se pueda seleccionar también en atención a criterios cuantitativos¹⁰⁴.

b) Función de la distribución selectiva en la industria del lujo

75. La función de la distribución selectiva es la creación de un sistema de ventas caracterizado por la elección de sus miembros en atención principalmente a criterios objetivos basados en la calidad que pueden aportar a la distribución de los productos. El fin es que los revendedores autorizados puedan prestar un servicio de venta lo más acorde posible a la naturaleza y características del producto¹⁰⁵ y a la imagen de la marca.

76. Las peculiaridades del producto son las que hacen necesario que su distribución sea especial. De nada sirve fabricar un buen perfume con un envase de alta calidad si el consumidor puede comprarlo en establecimientos de saldo. De este modo, no todos los productos o servicios van a necesitar una distribución selectiva para su venta. Así, se puede decir que, en principio, este tipo de distribución debería quedar relegada a los productos de alta tecnología y productos de lujo¹⁰⁶. Estos productos tienen un amplio porcentaje de beneficio lo que permite que el distribuidor tenga margen para encarecer el producto en función de las exigencias (publicidad, servicios posventa, etc.) que requiere el proveedor para la venta de su producto.

77. El acuerdo de distribución selectiva es semejante al contrato de distribución exclusiva. Sin embargo, una diferencia entre ambos es que el distribuidor autorizado cuenta con más autonomía económica de la que disponen los distribuidores exclusivos o concesionarios. El resultado es que el distribuidor autorizado no tiene exclusividad territorial y va a poder trabajar con diferentes marcas¹⁰⁷. De este modo, la estructura de la distribución selectiva es menos integrada que la de la distribución exclusiva.

¹⁰² SAP Madrid, Secc. 28, de 5 de octubre de 2006 (Jur 2007/54756); SAP Valencia, Secc. 9, de 5 de octubre de 2007 (AC 2007/2063).

¹⁰³ Para una mayor profundización en el concepto de distribución selectiva, *vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 73; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss; B. TORRUBIA CHALMETA, “el contrato de distribución selectiva”, *Rcd*, nº 8, 2011, pp. 93-122; M. BOTANA AGRA, “La distribución selectiva en el derecho comunitario de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1983, caso AEG/Comisión”, *ADI*, X, 1984-1985, pp. 257 y ss.

¹⁰⁴ Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁰⁵ R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 68; U. IMMENGA/E-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU, Teil 1, Verlag C.H. Beck München, 2012, p. 287.

¹⁰⁶ F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 154.

¹⁰⁷ R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 68.

El distribuidor es titular de un establecimiento autorizado o especialista en la venta de dichos productos, pero su establecimiento no es el único lugar de la zona en el que se pueden adquirir dichos productos¹⁰⁸. Un ejemplo de establecimiento que refleja muy bien la venta mediante distribución selectiva es la joyería o relojería. Se pueden encontrar marcas de diferentes firmas vendidas en un mismo establecimiento físico u *on line* por un mismo distribuidor.

78. Las ventajas que plantea esta forma de distribuir los productos son que el fabricante va a poder vender sus productos de acuerdo a las características de éstos. Mientras que el distribuidor comercializa productos que ya han adquirido un cierto reconocimiento en el mercado, aprovechándose de la buena reputación e imagen del fabricante. Sin embargo, la distribución selectiva no es una panacea. Las prestaciones accesorias que el proveedor exige al distribuidor hacen que los gastos aumenten, lo que supone un incremento en los precios de los productos que los consumidores deberán soportar. Además, de unos precios elevados, los consumidores, en ocasiones, se verán obligados a pagar prestaciones accesorias que no desean¹⁰⁹. No obstante, la importancia del precio en este tipo de productos es bastante relativa, incluso podríamos afirmar que no es relevante. Los productos que se venden en estos sistemas de distribución suelen ser de lujo o de alta gama y el consumidor más que un buen precio busca distinción, calidad, un buen servicio, una experiencia¹¹⁰.

c) Los criterios para la selección de los miembros de la red

79. La formación de la red de distribución selectiva se centra en dos aspectos: i) La selección de los distribuidores conforme a *criterios de calidad*; ii) En atención a la *naturaliza del producto*.

80. La selección de los distribuidores reside principalmente en la capacidad de éstos para cumplir con las exigencias del producto y de la imagen de marca que lleva el mismo. Estos criterios de selección utilizados por los proveedores, fabricantes o importadores para seleccionar a los distribuidores tienen gran importancia, especialmente para el Derecho de la competencia. Esto es así debido a que los criterios utilizados pueden infringir el art. 101.1 TFUE por restringir la competencia. La razón es que los criterios de selección son los que justifican que unos distribuidores puedan pertenecer a la red y otros no.

81. No obstante, cada vez más las autoridades de competencia y los tribunales aceptan que se puedan exigir criterios de selección cuantitativos junto los cualitativos. De hecho, aunque en realidad no tiene demasiado sentido pensar en distribución selectiva basada sólo en criterios cuantitativos, puesto que para seleccionar a los distribuidores en relación al territorio existen otras fórmulas específicas como podría ser la concesión o la distribución exclusiva, sí que estaría permitido en atención a las actuales normas de competencia¹¹¹. Esto difiere de una primera época de jurisprudencia del TJUE en la que se exigían exclusivamente criterios objetivos, basados en la naturaleza y calidad del producto y aplicados de forma uniforme y no discriminatoria¹¹².

82. Actualmente, se sigue considerando que los criterios cualitativos son inherentes a la distribución selectiva. No obstante, tanto el Reglamento 330/2010 como el actual Reglamento (UE) 2022/720 otorgan libertad a las partes para que formen su red como mejor les convenga, pero exige que exista algo muy lógico que es la consonancia entre las exigencias al distribuidor y las necesidades del producto. En el Reglamento 330/2010 no quedaba del todo claro la consideración de los criterios cuantitativos, si eran criterios de selección de los distribuidores al mismo nivel que los criterios cualitativos o eran un

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁹ C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p 29.

¹¹⁰ T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, “An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers”, *ECJ*, vol 5, n°1, abril 2009, p. 205.

¹¹¹ Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹¹² *Per alia* STPI de 2 de diciembre de 1996, *Leclere*, as-19/1992, ECLI:EU:T:1996:190, apartado 112.

añadido más¹¹³. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 este particular se aclara, ya que los criterios cuantitativos se permiten del mismo modo que los cualitativos. Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720, en su apartado 144 precisan que los criterios cualitativos limitan la selección de los distribuidores de forma indirecta, mientras que los criterios cuantitativos la limitan de forma directa. Es decir, seleccionando un número fijo de distribuidores, lo cual es lícito en atención a las actuales normas de competencia. Una novedad que incorpora el Reglamento (UE) 2022/720 es que entre esos criterios cualitativos que se le pueden exigir al distribuidor podrían estar criterios basados en la sostenibilidad. Es decir, en base a las actuales Directrices el proveedor podría exigir al distribuidor que para pertenecer a su red se deben cumplir determinados criterios basados en conseguir objetivos de sostenibilidad como combatir el cambio climático o reducir el uso de residuos naturales¹¹⁴. Así, *ad ex.*, a un distribuidor en base a esta normativa se le podría requerir que para ser parte de la red no uso empaquetado de plástico o que en el caso de minoristas que venden moda que dentro del establecimiento físico ofrezcan la posibilidad de que los clientes depositen ropa para reciclar.

83. En lo referente a la *naturaleza* de los productos que pueden ser objeto de distribución selectiva señalar que sí que ha habido diferencias con respecto a la primera etapa de sentencias del TJUE¹¹⁵. Se ha ido aceptando cada vez más que los productos que pueden venderse mediante distribución selectiva sean prácticamente de cualquier naturaleza. Así queda constancia en resoluciones judiciales que proceden tanto del Tribunal de Justicia como de las autoridades de competencia españolas donde se acepta que bienes que no sean de especial lujo ni de alta tecnología puedan ser vendidos mediante distribución selectiva sin vulnerar el art. 101.1 TFUE¹¹⁶. La distribución selectiva cobra sentido en productos en los que se cuida la imagen de marca no siendo el precio del producto un aspecto importante para el consumidor, para eso, es necesario que los que venden -distribuidores- den un servicio especializado y de calidad que se cumple eligiendo a los revendedores en base a criterios cualitativos y objetivos, limitar el número de los mismos por zona, es un añadido. Sin embargo, que se trate de un tipo de distribución ideal para productos de una naturaleza especial no obsta para que actualmente en atención a la flexibilidad del nuevo régimen normativo y jurisprudencial, la distribución selectiva pueda ser utilizada para productos de casi cualquier naturaleza sin ser contrario al Derecho *antitrust* ni europeo ni nacional, siempre que el mercado de referencia acepte restricciones de competencia *intramarca*¹¹⁷.

d) Características de la distribución selectiva

84. El contrato de distribución selectiva como contrato de distribución es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y en la mayoría de los casos de adhesión por el poco margen de negociación con el que cuentan los distribuidores frente a los proveedores. Como se ha estudiado, criterios cualitativos y cuantitativos podrían utilizarse para seleccionar a los distribuidores, por lo tanto, cláusulas de unas figuras contractuales se mezclan con cláusulas de otras y es difícil categorizar los contratos en la práctica de forma estanca. Aun así, respecto a las peculiaridades de este tipo de distribución es posible destacar las que siguen:

¹¹³ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución...*, pp. 147-148.

¹¹⁴ Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹¹⁵ STJCE de 10 de julio de 1980, *Lancôme SA/Etos BV*, as. 99/79, ECLI:EU:C:1980:193, apartado 20; de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal/PVBA “De Nieuwe AMCK”*, as. 31/80, *Rec.* 1980, p. 3775, apartados 15-17; de 16 de junio de 1981, *Maria Salonia/Giorgio Poidomani*, as. 126/80, ECLI:EU:C:1981:136, apartado 27; de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión*, as. 210/81, *Rec.* 1983, p. 3045; de 25 de octubre de 1983, *Telefunken/Comisión*, as. 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, apartado 33; de 22 de octubre de 1986, *Metro/Comisión*, as. 75/84, ECLI:EU:C:1986:399, apartados 37-45.

¹¹⁶ STJCE de 3 de julio de 1985, as. 243/1983, *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284; STPI de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc*, T-19/92, ECLI:EU:T:190. Resolución TDC de 23 de junio de 1992, *Andreas Stihl S.A.*, Exp. 31/92 donde se permite un sistema de distribución selectiva para maquinaria de jardinería, industria agrícola, forestal y construcción; Resolución CNC de 18 de noviembre de 2009, pinturas DYRUP, Exp. S/0149/09, en la que se considera lícito un sistema de distribución selectiva para pinturas de toda clase que se utilizan para la decoración y la industria.

¹¹⁷ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución*, p. 137.

- 1) *El distribuidor asume los riesgos económicos y financieros derivados de la venta de los productos.* El distribuidor suele ser un minorista¹¹⁸. Los minoristas se encargan de la distribución al detalle al cliente final. El hecho de que se base el sistema de distribución selectiva en minoristas guarda sentido con su propia esencia. Esto es así por dos razones. Por un lado, el proveedor tiene más control de que los criterios exigidos para estar en la red son cumplidos por el distribuidor. Por el otro, evita que existan fugas en las redes de distribución. El proveedor al crear su red con minoristas la tiene mucho más controlada que si en la misma existen mayoristas y minoristas. Sin embargo, actualmente cada vez es más habitual incluir a mayoristas en estas redes y que así la red se forme tanto de distribuidores mayoristas como de minoristas. De hecho, para fomentar la inclusión de mayoristas el art. 4.c) ii del Reglamento (UE) 2022/720 señala no se aplicará la exención del art. 2 a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que restrinjan los suministros cruzados entre distribuidores que pertenezcan al mismo sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de la cadena de distribución. Esto es así porque los distribuidores selectivos no tienen obligación de suministrarse de una única fuente de aprovisionamiento, a diferencia de lo que puede suceder en los contratos de distribución exclusiva. Así, se consideraría una cláusula prohibida contraria a las normas *antitrust* aquella que imponga al distribuidor selectivo la compra exclusiva al proveedor y prohíba que los distribuidores se puedan suministrar a través de otros miembros de la red oficial (suministros cruzados)
- 2) *La distribución selectiva se ve particularmente afectada por el comercio paralelo.* Los distribuidores autorizados no compiten tanto por el precio sino más bien por la calidad y los servicios pre-venta y pos-venta de los productos que ofertan debido a la naturaleza de los productos que generalmente son objeto de la distribución selectiva¹¹⁹. Esto provoca que el producto se encarezca considerablemente por esta forma de distribuir, puesto que para ser elegido como distribuidor es necesario cumplir con unos criterios que exigen importantes inversiones. Con el fin de amortizar dichas inversiones, los productos de marca que se venden mediante estas redes suelen tener un precio diferente en función del país o del mercado en el que se comercialicen. Esto da lugar a que distribuidores independientes o *free riders* conscientes del funcionamiento de estas redes y de las características de los productos que en ellas se venden, aprovechen incumplimientos contractuales de los distribuidores autorizados para adquirir productos en un mercado a un precio inferior para posteriormente revenderlo en otro en el que es posible un precio mayor de venta. Las vías mediante las cuales los comerciantes paralelos suelen conseguir los productos de marca originales de la red pueden ser variadas, pero una de ellas es debido a incumplimientos contractuales de los propios distribuidores autorizados¹²⁰. Éstos se saltan una de las cláusulas más importantes de estos contratos (“no vender los productos a distribuidores ajenos a la red”) y acaban vendiendo los productos de marca a agentes independientes que en principio no cumplen con los criterios cualitativos que la red de distribución exige para poder pertenecer a la misma. Esta reventa al margen de la red puede dañar la imagen de marca, el prestigio, exclusividad y *glamour* de la misma, aspectos claves en la comercialización de productos de lujo y que tanto potencian las redes de distribución selectiva¹²¹.
- 3) Ante esta situación, el titular de la marca suele encontrarse con una situación compleja para defender su red desde un punto de vista jurídico. Por un lado, la primera opción será expulsar de la red al distribuidor autorizado incumplidor. Contra éste se podrían ejercer acciones tanto contractuales (incumplimiento del contrato), extracontractuales (reclamación de daños y perjuicios) como de competencia desleal. Por el otro, el agente independiente

¹¹⁸ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 791.

¹¹⁹ Vid. C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 27. P. VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für Vertriebsrecht (ZvertriebR)*, 5/2012, p. 299. STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro/Comisión*, as. 26-76, ECLI:EU:C:1977:167, apartado 21.

¹²⁰ Para un mayor detalle vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, p. 296 y ss.

¹²¹ STJUE 23 abril 2009, *Copad v. Christian Dior*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 28.

frente al cual se podrían ejercer acciones marcarias aunque incluso el producto de marca estuviera agotado¹²² y la reventa del producto estuviera permitida en aras de la libre circulación de mercancías. Esto es posible si esa forma de venta del distribuidor independiente se aleja mucho de cómo venden los distribuidores oficiales pudiendo causar daños en el prestigio de la marca¹²³. Esto podría ser un motivo legítimo que exceptuara el agotamiento del Derecho de marca (art. 15.2 Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas¹²⁴ y art. 36.2 Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas¹²⁵). No obstante, en ocasiones no sólo son agentes especializados los que revenden las mercancías al margen de la red oficial pudiendo menoscabar el *goodwill* de la marca, pueden ser también consumidores finales¹²⁶. Éstos pueden realizar estas ventas debido a que sacan partido de dos aspectos: 1) De la diferencia de precio de los productos de lujo de unos mercados a otro; 2) De la facilidad para vender los productos mediante plataformas de comercio electrónico.

Aspectos nuevos que incorpora el Reglamento UE 2022/720

85. A pesar de que los hemos mencionado a lo largo de este apartado consideramos necesario hacer una recopilación de los cambios que introduce el Reglamento que analizamos, los cuales básicamente son los siguientes:

- 1) Se pueden transmitir restricciones de ventas activas y pasivas más abajo en la cadena de distribución con el objetivo de proteger la red de distribución selectiva. Esta restricción se puede imponer a lo largo de toda la cadena de distribución sin limitarse a los clientes del distribuidor como sucede en la distribución exclusiva¹²⁷.
- 2) Se pueden imponer a los distribuidores criterios diferentes y que no sean equivalentes¹²⁸ en la venta *on line* y *off line*. Siempre que esos criterios distintos no estén encubriendo una prohibición para que el distribuidor pueda vender por internet.
- 3) Se pueden exigir criterios para pertenecer a la red de distribución selectiva basados en la sostenibilidad. Una economía más circular y que cause un menor impacto negativo en el medio ambiente son objetivos claves que persigue la legislación europea que se ha creado y que está en proceso de gestación en los últimos años¹²⁹.

¹²² Sobre el agotamiento del Derecho de marca *Vid.* A.BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; M.Botana Agra, «El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con café», *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n.º 9, 1992, pp. 41 y ss.; A.CASADO CERVIÑO/ C.BORREGO, «Agotamiento del derecho de marca», en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (González Bueno, C. coord.), Madrid, Civitas, 2003; T.DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C.FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.371-391; A.GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE», *ADI*, 20, 1999; M.LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P.MARTÍN ARESTI, «Art. 36, agotamiento del derecho de marca», en A.BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A.GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ,(Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C.PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 230, 2004, pp. 27- 44.

¹²³ SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

¹²⁴ DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

¹²⁵ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

¹²⁶ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal v. eBay*, C-324/09, ECLI:C:EU:2011:474, apartado 51.

¹²⁷ B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU...*, p. 110.

¹²⁸ Directriz 235 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹²⁹ Un ejemplo de ello es el pacto verde europeo, Para un mayor detalle *vid.* <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/> (consultado el 24 de enero de 2024). Para un mayor detalle sobre esta futura normativa en la industria textil *vid.* J.L.QUINTANA CORTÉS, “La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad”, en I.ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de la Moda*, Aranzadi La Ley, Navarra, 2023, pp. 347-375.

Excepciones de prohibición del art. 4. letra c Reglamento UE 2022/720

- c) En relación a la *distribución selectiva*, está prohibido conforme al art. 4 letra c inciso i) la restricción del territorio o del grupo de clientes a los que los distribuidores miembros de un sistema de distribución selectiva pueden vender activa o pasivamente los bienes o servicios objetos del contrato de distribución. Sin embargo, el propio Reglamento 2022/720 señala cinco excepciones de prohibición:
- i) *Excepción 1.* El proveedor puede limitar la capacidad de los distribuidores selectivos y de sus clientes directos para que vendan fuera del sistema de distribución selectiva. De este modo, el proveedor puede limitar las ventas activas pero también las pasivas (esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010) a distribuidores no autorizados por parte de sus distribuidores oficiales y de sus clientes directos en un territorio o grupo de clientes reservado al proveedor o que éste haya asignado a un máximo de cinco distribuidores.
 - ii) *Excepción 2.* El proveedor puede restringir las ventas tanto activas como pasivas de los distribuidores selectivos a distribuidores no autorizados en cualquier territorio en el que la red opera. El proveedor o titular de la red va a poder exigir a sus miembros que no vendan a distribuidores no pertenecientes a la misma siempre que los no miembros operen en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema¹³⁰. Es decir, el proveedor no puede prohibir la venta a usuarios ajenos al sistema de distribución selectiva en los mercados en los que la red de distribución selectiva no existe, ya que de tener tal facultad se extenderían las restricciones de estos sistemas a mercados donde dicha red no está establecida. Este límite tiene como fin evitar la obstaculización excesiva de la libre circulación de mercancías y del comercio paralelo. Por lo tanto, el distribuidor, ya sea mayorista o minorista, no podrá revender los productos o servicios a miembros ajenos a la red de distribución selectiva en el territorio en los que el proveedor aplique este sistema. Así, si el proveedor aplica el sistema de distribución selectiva en todos los Estados miembros de la UE, el distribuidor oficial está obligado a respetar la prohibición en todos los países europeos¹³¹. Este tipo de prohibición de venta a terceros ajenos a la red de distribución selectiva como se sabe limita el comercio paralelo. Pero también es cierto que limitando esta restricción a los territorios donde se aplique el sistema de distribución selectiva se evita una obstaculización excesiva de las importaciones paralelas. Los titulares de las redes de distribución conscientes de que aplicando el mismo sistema a todos los territorios del EEE evitan fugas en su red de distribución es lo que normalmente tienden a hacer¹³². Aun así, se puede decir que este tipo de restricciones incluso limitando la competencia intramarca quedan exentas de prohibición por los efectos positivos intramarca que presentan en el mercado. En definitiva, se puede decir es un bálsamo para las redes de distribución selectiva, un bálsamo ante los efectos que provoca el agotamiento de los Derecho de marca en este tipo de redes.

¹³⁰ Vid.G. DEMME, *Le Droit des...*, p. 211.

¹³¹ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 810-811.

¹³² Además de evitar fugas en el sistema de distribución selectiva, la aplicación de este tipo de distribución en todo el EEE da lugar a que se convierta en una red cerrada o estanca lo que genera problemas no sólo por los efectos restrictivos que puede provocar para la competencia sino también los efectos negativos para la libre circulación de mercancías. En la STJCE de 13 de enero de 1994, C-376/1992, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Cartier SA*, asunto C-376/92, *Rec.* 1994, p. I-00015, apartados 26 y 27. El Tribunal de Justicia rechazó la estanqueidad como un elemento necesario en las redes de distribución selectiva para evitar y/o paliar las fugas de la red. En palabras del propio Tribunal “(...) *supeditar la validez de un sistema de distribución selectiva, con arreglo al apartado 1 del art. 85 del Tratado, a su <<estanqueidad>> lleva al resultado paradójico de que, con arreglo a dicho precepto, se depara un trato más favorable a los sistemas de distribución más rígidos y cerrados que a los sistemas de distribución más flexibles y abiertos al comercio paralelo. Por último, el reconocimiento de la validez de una red de distribución selectiva en el mercado común no puede depender de la capacidad que pueda tener el fabricante de lograr <<estanqueidad>> del sistema en todas partes (...)*”.

Un ejemplo podría ser el siguiente: La empresa WATCHI la cual es conocida en Europa por fabricar y comercializar relojes de lujo que pueden perdurar de generación en generación. Esta empresa tiene instaurada una red de distribución selectiva en Portugal, España, Francia y Alemania. WATCHI con sede en Barcelona restringe las ventas activas y pasivas a sus distribuidores minoristas oficiales no permitiéndoles que vendan sus productos a agentes ajenos a la red de distribución en los países donde está instaurada la red. Recientemente, la empresa catalana ha introducido una nueva cláusula en los contratos de distribución selectiva donde obliga a sus distribuidores a que no vendan activa ni pasivamente a ningún distribuidor no autorizado que opere en el territorio europeo. WATCHI considera que esta cláusula es lícita en atención a las nuevas modificaciones que introduce el Reglamento UE 2022/720. Sin embargo, WATCHI se equivoca no puede restringir ventas activas y pasivas a sus distribuidores oficiales para que no vendan a distribuidores no autorizados instaurados en territorios donde la red de distribución selectiva no opera. El objetivo es evitar una obstaculización excesiva del comercio paralelo. El cual es lícito una vez el derecho de marca está agotado.

- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede obligar al distribuidor a comercializar los productos en determinados establecimientos. Es lo que se conoce como “cláusula de establecimiento” y que posteriormente desarrollaremos. El objetivo de esta cláusula es que el proveedor pueda controlar dónde y sobre bajo qué condiciones se comercializan los productos objetos del contrato de distribución con el fin de que el distribuidor cumpla los criterios cualitativos que marca la red.
- iv) *Excepción 4.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales un distribuidor selectivo que opera al por mayor. Esto permite, como ya vimos, en la distribución exclusiva que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor de la venta al por menor¹³³.
- v) *Excepción 5.* El proveedor puede restringir al distribuidor la venta activa o pasiva de componentes suministrados a competidores del proveedor que persiguen incorporarlos a un producto para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor.

c) Obligaciones de las partes

86. Como en todo contrato, las partes que en él intervienen adquieren una serie de derechos y obligaciones, la exposición de éstos es de gran utilidad para fijar con claridad la función y las singularidades de la distribución selectiva.

87. Por lo tanto, bajo un sistema de distribución selectiva, las obligaciones y derechos del fabricante o proveedor son las siguientes:

- 1) El fabricante o proveedor debe suministrar los productos de marca objeto de la relación contractual de acuerdo a la demanda de cada distribuidor y aplicando a los miembros de la red iguales condiciones¹³⁴. El proveedor como parte fuerte del contrato suele incluir entre las cláusulas alguna en términos amplios como “el proveedor se compromete a ejecutar lo mejor posible” que le permite evitar la responsabilidad que se podría derivar de un desabastecimiento puntual a los distribuidores¹³⁵. Esta situación suele compensarse con los suministros cruzados entre miembros de la red sin necesidad de que el fabricante o proveedor de su consentimiento al respecto¹³⁶. La obligación de suministro se extiende a todos los productos

¹³³ Directriz 232 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹³⁴ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 814.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 814.

¹³⁶ *Idem*, p. 814.

necesarios para prestar un servicio preventa y posventa, tales como repuestos, recambios, accesorios y muestras.

- 2) El fabricante debe prestar la información y la asistencia técnica necesaria al distribuidor y a sus empleados de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones contractuales. Además, de todo el material publicitario necesario para que el distribuidor pueda seguir una política publicitaria acorde a las exigencias que el fabricante o proveedor considera acorde a la naturaleza del producto.
- 3) El fabricante o proveedor cuenta con un derecho fundamental que marca claramente su relación el distribuidor autorizado. Este derecho es el control y la vigilancia de que permanecen las condiciones cualitativas que el distribuidor reunió para incluirlo en la red. Una de las consecuencias del incumplimiento del distribuidor autorizado es la resolución del contrato por parte del proveedor.

88. En lo referente al distribuidor autorizado es posible destacar las siguientes obligaciones y derechos:

- 1) El distribuidor debe adquirir los bienes o servicios del fabricante o proveedor. El distribuidor suele comprometerse a la adquisición de una cantidad mínima de productos en función de su volumen de ventas. Este compromiso suele ir acompañado de la obligación de mantener almacenados un número de mercancías para que el producto pueda estar siempre disponible. El mantener productos almacenados es uno de los aspectos que encarece la distribución autorizada respecto a la no autorizada. El *free rider* se va abasteciendo a la vez que va dando salida a los productos, sin embargo, un distribuidor oficial debe contar con un local que le permita dicho almacenaje.

El precio de adquisición de las mercancías es fijado por el proveedor de acuerdo a una lista de precios -fijación directa- o mediante el precio de tarifa -fijación indirecta-¹³⁷. Este último es el resultado de aplicar un descuento al precio de venta al público recomendado por el proveedor. Cuestión diferente al precio de adquisición es el precio al que debe vender el distribuidor. Como ya se ha señalado en relación al contrato de distribución exclusiva, el proveedor no puede fijar el precio al que el distribuidor puede vender, sólo puede establecer precios máximos o recomendados¹³⁸.

La compra en exclusiva a favor del proveedor no es una característica de estos contratos. La distribución selectiva no se caracteriza por vender productos de una única marca sino de vender diferentes marcas de acuerdo a la calidad y prestigio de las mismas. Por lo que un distribuidor selectivo podría celebrar diferentes contratos de distribución selectiva con diferentes fabricantes y/o proveedores. Un ejemplo de este tipo de establecimientos podrían ser las joyerías. Los responsables celebran acuerdos con diferentes proveedores para poder vender en un mismo establecimiento marcas como *Rolex*, *Cartier*, etc. Sin embargo, esto no implica que el proveedor exija al distribuidor que no venda junto con sus productos algunos que puedan dañar o desvalorizar su imagen de marca¹³⁹.

¹³⁷ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 815.

¹³⁸ Vid. sin carácter exhaustivo A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 981-982; J. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Acuerdos verticales” en L. A. VELASCO SAN PEDRO (Dir.), *Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex nova, Valladolid, 2005, pp. 132-133 ; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 199-200; C. HERRERO, “La fijación de...”, p. 88 y ss; U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU, Teil 1, Verlag C.H. Beck München, 2012, pp. 1091-1098 ; V. KORAH/ D. O’SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 173-177; F. WIJCKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 139-148; R. WHISH, *Competition Law...*, p. 664-665; A. ZURIMENDI ISLA, “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A. J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 771-772.

¹³⁹ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 818.

- 2) El distribuidor se compromete a vender las mercancías únicamente en los locales y establecimientos autorizados por el proveedor o fabricante. Esta cláusula restrictiva de la competencia puede quedar exenta de acuerdo al art. 4 letra c) Reglamento UE 2022/720. No obstante, conviene recordar que aunque el proveedor o fabricante pueden controlar que los establecimientos de venta del distribuidor son acordes a los criterios cualitativos que la pertenencia a la red exige, esto no significa que se pueda prohibir al distribuidor la venta total por internet¹⁴⁰.
- 3) El distribuidor debe prestar asistencia al cliente. Un criterio exigido al distribuidor para poder pertenecer a la red oficial es prestar servicios pre-venta -consejo y demostración del producto acorde a su naturaleza- y pos-venta -mantenimiento y reparación-. Esta asistencia también incluye la obligación del distribuidor de tramitar las reclamaciones y devoluciones consecuencia de la disconformidad de los clientes con el contrato o por el mal estado de los productos¹⁴¹.
- 4) El distribuidor puede usar la marca del fabricante o proveedor. El uso que el distribuidor va a realizar de la marca - en internet, folletos, anuncios, escaparates, rótulos, etc.- se suele fijar en el contrato. Este uso beneficia al distribuidor de forma considerable, ya que después de las inversiones realizadas para poder pertenecer a la red oficial de distribución, lo que le interesa es que el público conozca que es un distribuidor autorizado. En ocasiones, para que el consumidor pueda apreciar esa colaboración estrecha entre proveedor y distribuidor autorizado el proveedor permite que el distribuidor ponga su propia marca en los productos que distribuye junto con la marca de los productos. Esto permite reforzar la imagen de marca y beneficiar tanto a proveedor como al distribuidor. Esto es así porque hay casos en los que vender los productos en un determinado establecimiento por su prestigio y calidad favorece y potencia a la firma de lujo¹⁴². Al mismo tiempo, este tipo de prácticas también se lleva a cabo no sólo para potenciar la imagen de marca sino también para paliar el comercio paralelo. El consumidor se acostumbra en un determinado mercado a encontrarse el producto empaquetado con unos determinados logos y signos, y cuando no los aprecia así presentados, desconfía y cree que son productos no originales. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pueden ser productos originales pero simplemente adquiridos en un mercado diferente al español por el *free rider* donde el distribuidor autorizado que vende en España no opera y por eso no aparece junto con la marca del producto la del distribuidor autorizado.
- 5) El distribuidor tiene la obligación de realizar o participar en campañas publicitarias para la promoción de la venta de los productos. De forma general, el proveedor es el que asume el peso de la actividad publicitaria, cumpliendo el distribuidor una actividad de colaboración que consiste, *ad ex.*, en situar los eslóganes, carteles y demás reclamos publicitarios de forma visible. No obstante, que existan campañas publicitarias organizadas por el proveedor no significa que el distribuidor no pueda llevar a cabo sus propias campañas como empresario independiente que es¹⁴³.
- 6) El distribuidor no puede revender a miembros ajenos a la red oficial. Esta es la obligación por excelencia en los sistemas de distribución selectiva, puesto que su incumplimiento provoca que los productos sean vendidos por distribuidores no autorizados al margen de la red oficial perjudicando a la propia existencia de la red. Hay que tener presente que el art. 4 letra c, i Reglamento UE 2022/720 limita esta prohibición a distribuidores no autorizados al territorio o territorios donde el proveedor haya establecido una red de distribución selectiva. El objetivo de estas cláusulas es evitar fugas en la red oficial de distribución y paliar que los productos puedan ser revendidos por terceros no autorizados ajenos a la red oficial

¹⁴⁰ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 40-47.

¹⁴¹ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 820.

¹⁴² F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 92.

¹⁴³ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 821-822.

- 7) El distribuidor mayorista selectivo puede ser obligado a no vender a usuarios finales. Esta restricción es lícita en atención al art. 4 letra c 1. 4) Reglamento UE 2022/720. Esto es posible debido a que este tipo de restricciones permiten evitar que el distribuidor mayorista pueda quitarle clientes a los distribuidores minoristas selectivos. Es una forma que los miembros de la red no se perjudiquen unos a otros y permite dejar claro cual es mercado en el que debe operar cada miembro de la red.

d) La venta por internet del distribuidor autorizado selectivo

i. Aproximación inicial

89. Unas de las cláusulas más importantes en la actualidad es la que organiza la venta *on line* del distribuidor autorizado. Por este motivo, hemos considerado necesario destacarlo en un epígrafe separado dentro de las obligaciones, derechos y deberes de las partes, ya que presentan interesantes implicaciones tanto para el proveedor como el distribuidor¹⁴⁴. En definitiva, el objetivo de este apartado sería determinar qué exigencias están permitidas por parte del proveedor y cuales no por ser contrarias al Derecho de la competencia europea¹⁴⁵.

90. Hay que partir de que el Reglamento (UE) 2022/720 no es que se haya transformado por completo lo dispuesto en el régimen anterior (Reglamento 330/2010) pero sí que hay una mayor profundización y aclaración respecto a las restricciones que los fabricantes/proveedores pueden imponer a sus distribuidores autorizados. Esto se debe en gran medida a los asuntos que ha tenido que resolver el TJUE en estos años sobre la materia. Estos asuntos han sido el asunto *Pierre Fabre*¹⁴⁶ y el asunto *Coty*¹⁴⁷. Estos dos asuntos han dado lugar a que se incorporan nuevas reglas en relación a las restricciones de la venta *on line* que se pueden exigir a los distribuidores oficiales. Esta nueva regulación europea en este Reglamento y en las Directrices¹⁴⁸ que lo acompañan genera una mayor seguridad jurídica debido a que las partes que celebran estos contratos conocen con mejor precisión qué se permite y que no en atención a las normas de competencia europeas respecto a las ventas *on line* de distribuidores oficiales

¹⁴⁴ Sobre este particular *vid.* sin carácter exhaustivo, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta *on line* de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt), vol. 11, nº 2, pp. 407 y ss; F. DIEZ ESTELLA, “Los contratos de distribución se visten de Prada: Derecho de la competencia, restricciones verticales y luxury brands”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir), *Cuestiones actuales del Derecho de la Moda*, Arzandi La Ley, 2023, pp. 191 a 220; F. DIEZ ESTELLA, “Las restricciones verticales y la distribución *on line* de productos de lujo; ¿dónde estamos después de la sentencia *Coty*?”, pp. 50-59 disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_(2019).pdf) (consultado el 30 de enero de 2025); C. RODILLA MARTÍ, “Distribución selectiva y plataformas digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR/A. GUERRERO PÉREZ/M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-282.

¹⁴⁵ Al respecto es interesante el trabajo de A. WITT debido a que hace un recorrido desde los primeros asuntos como el caso *Metro I* hasta lo más recientes (caso *Guess*) destacando las implicaciones que presentan para el Derecho de la competencia las restricciones en la venta *on line* para los distribuidores selectivos que los proveedores tratan de imponer en aras de preservar la imagen de marca *vid.* A. WITT, “Selective distribution in the Age of E-Commerce: An overview of EU and national developments”, *Concurrences*, marzo 2021, pp. 1-19.

¹⁴⁶ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

¹⁴⁷ STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Red)*, no 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no 1, 2019, pp. 663-670.

¹⁴⁸ Directrices de la Comisión que acompañan y desarrollan el Reglamento UE 2022/720 (Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01 [DOUE C 248 de 30 junio 2022]).

91. La restricción especialmente grave relativa al uso efectivo de internet por parte de distribuidores oficiales se recoge en el art. 4 en su letra e). Este artículo debe ser interpretado teniendo en cuenta dos aspectos¹⁴⁹:

- 1) *El considerando 15 Reglamento UE 2022/720 y la Directriz 203 Reglamento UE 2022/720.* Un aspecto a tener presente que en el anterior Reglamento UE 330/2010 no se contemplaba es lo dispuesto en el considerando 15 del Reglamento UE 2022. Lo mismo se señala en la Directriz 203. El citado considerando señala que para la calificación de una restricción de venta o publicidad en línea como especialmente grave se puede tener en cuenta el contenido y el contexto de la restricción pero dicha calificación no puede depender de las circunstancias específicas del mercado ni de las características individuales de las partes. Por lo tanto, esta restricción no precisa de un análisis basado en los efectos que provoca en el mercado. Así, una restricción aplicada de facto o legalmente, directa o indirectamente a que los distribuidores puedan vender o realizar publicidad *on line*, se podrá calificar como especialmente grave sin verificar los efectos particulares que presenta en el mercado.
- 2) *El concepto ampliado de ventas activas.* El Reglamento UE 2022/720 ha ampliado el término en relación con la anterior normativa, con el Reglamento 33/2010 restringir el idioma en el que podía vender el distribuidor oficial en su web se consideraba venta pasiva¹⁵⁰ y no se permitía. En las actuales Directrices se permite y este tipo de restricciones se considera restricción de venta activa, por lo que el proveedor podría restringir que el distribuidor tenga una web con un idioma diferente (salvo en inglés) al del territorio en el que está establecido. Este tipo de restricción está especialmente pensada para la distribución exclusiva.

ii. Restricciones de competencia prohibidas y permitidas a la luz del Derecho de la competencia europeo

92. Las restricciones prohibidas del art. 4 letra e) Reglamento UE 2022/720 se aplican a todo tipo de distribución, es indiferente si la distribución es exclusiva, selectiva o libre.

93. Las restricciones que el proveedor puede imponer al distribuidor y quedar aun así exentas de prohibición serían las siguientes:

- 1) Restringir o incluso prohibir al distribuidor el uso de determinados *marketplaces*.
- 2) Exigir criterios cualitativos para poder desarrollar la venta *on line*.
- 3) Obligar al distribuidor a que cuente con una tienda física para poder vender *on line*. Esta era una cuestión que generaba duda sobre si se exceptuaba de prohibición en el régimen anterior de exención por categorías. En la actual regulación se ha aclarado, y por tanto, se ha ganado en seguridad jurídica.
- 4) Requerir al distribuidor a que disponga de precios diferentes para las ventas físicas y para la venta *on line*. El precio dual con el anterior Reglamento 330/2010 no se permitía. Con el actual Reglamento es posible que el fabricante/proveedor fije para un mismo un precio mayorista diferente al distribuidor en función de si éste lo va a comercializar en tienda física u *on line*¹⁵¹. El precio dual ha dejado de ser una restricción especialmente grave siempre que i) no tenga por objeto (directo o indirecto) que el distribuidor o sus clientes no utilicen internet como canal para la venta de los productos, ii) se recompense un nivel adecuado de inversiones, iii) se relacione con los costes soportados en cada canal. El precio dual esconde una prohibición de las ventas por internet cuando i) ese precio hace que al distribuidor la venta *on line* no le sale rentable; ii) el precio dual se utiliza para limitar la cantidad de productos que el distribuidor puede comercializar *on line*.

¹⁴⁹ B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU...*, pp. 121 y 122.

¹⁵⁰ Directriz 52 de las Directrices relativas al Reglamento UE 330/2010.

¹⁵¹ Directriz 209 relativas a las restricciones verticales.

5) Exigir al distribuidor a que realice un número de ventas mínimo en tienda física.

Un ejemplo TIMELESS es una empresa fabrica relojes. Su sede se encuentra en California y opera en Europa desde hace más de dos décadas. De hecho, su cuota de mercado en el mercado de la fabricación de relojes en Europa es significativa, alrededor del 20%. En mercados como el español, el francés y el italiano tiene instaurada una red de distribución exclusiva. Debido a los vaivenes del mercado y la pérdida de beneficios está tomando medidas para reestructurar la parte de su compañía que opera en Europa. De este modo, una de las medidas que ha tomado es modificar los acuerdos de distribución con sus distribuidores oficiales. Así, quiere prohibir distribuidores que operen exclusivamente en internet y exigirles un establecimiento físico. Además, incluye una cláusula en los nuevos contratos en la que exige criterios diferentes para la venta *on line* y la tienda física. Para la venta *on line* exige un empaquetado especial y una presentación de los productos determinada. Mientras que para la tienda física exige que los empleados del distribuidor tengan una experiencia de venta en este tipo de productos de al menos 12 meses. Además, prohíbe el uso de dos *marketplaces* concretos en los que pueden operar sus distribuidores oficiales. Los distribuidores oficiales al leer las nuevas condiciones consideran que algunas de ellas son contrarias al Derecho de la competencia europeo. En particular, las relativas a criterios diferentes para la venta física y *on line* y también la que les exige un establecimiento físico. La solución en este caso tendría que tener presente que los distribuidores de TIMELESS se equivocan. El fabricante de relojes les puede exigir todas esas restricciones sin lesionar el Derecho de la competencia europeo debido a que así lo permite el Reglamento UE 2022/720 y de tal modo se especifica en l s Directriz nº 208 que lo acompañan.

94. En contraposición, el proveedor no puede llevar a cabo las siguientes prácticas¹⁵²:

- 1) Obligar al distribuidor a que para poder vender *on line* pida primero permiso al proveedor.
- 2) Exigir al distribuidor que sólo venda en tienda física o con la presencia física de personal autorizado¹⁵³.
- 3) Requerir al distribuidor que impida a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web.
- 4) Obligar al distribuidor a que rescinda las transacciones con los consumidores cuando los datos de su tarjeta de crédito revelan que esos consumidores no pertenecen al territorio del distribuidor.
- 5) Prohibir al distribuidor que establezca o explote una o más tiendas *on line*, con independencia de que dicha tienda esté alojada en el servidor del propio distribuidor o de un tercero.

95. Respecto a las restricciones que se le pueden exigir al distribuidor en relación a los mercados de comercio electrónico, las Directrices recogen unas indicaciones para esos casos donde las partes superan el 30% de poder de mercado¹⁵⁴. Así, los cuatro aspectos a valorar para saber si las restricciones impuestas a los distribuidores en relación al uso de *marketplaces* quedaría exenta de prohibición serían los siguientes:

- a) Se debe evaluar la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores. Esto permite conocer el grado de competencia intermarca. Una reducción de la competencia intramarca es difícil que produzca por sí misma efectos negativos en la competencia intermarca si existe competencia fuerte intermarca a nivel de proveedor y distribuidor¹⁵⁵.
- b) Hay que atender al tipo y alcance de la restricción que se le impone al distribuidor en relación a los *marketplaces*. Es mucho más probable que una restricción total del uso de mercados en línea pueda ser más lesiva para la competencia que una restricción que sólo va dirigida al uso de determinados *marketplaces*¹⁵⁶.

¹⁵² Directriz 206 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁵³ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 47.

¹⁵⁴ Directriz 337 a 342 relativas a las restricciones verticales.

¹⁵⁵ Directriz 341 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁵⁶ Directriz 341 relativas a las restricciones verticales 2022.

- c) Se debe valorar la importancia que tienen los *marketplaces* restringidos como canal de venta en los mercados de producto y geográfico de referenci¹⁵⁷.
- d) Es necesario evaluar el efecto acumulativo de cualquier otra restricción exigida por el proveedor en relación a las ventas o a la publicidad en línea¹⁵⁸.

96. Este análisis basado en los criterios señalados permitirá determinar si tales restricciones pueden quedar exentas de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE, o si por el contrario, deben prohibirse. Las mismas quedarán exentas si generan eficiencias como evitar las falsificaciones o asegurar el aura de prestigio de la marca. Las restricciones de venta en *marketplaces* a los distribuidores basadas en la calidad no van a quedar exentas de prohibición cuando¹⁵⁹: i) El propio proveedor utiliza el mercado en línea que al distribuidor se le prohíbe utilizar; ii) El proveedor prohíbe el uso de *marketplaces* a algunos distribuidores, pero no a otros; iii) La plataforma de comercio electrónico es un miembro de la red de distribución selectiva.

iii. Las restricciones que puede imponer el proveedor respecto a la publicidad on line en el Reglamento 2022/720

97. El proveedor puede requerir a sus distribuidores que la publicidad en línea llevada a cabo por los mismos cumpla determinados requisitos, los cuales pueden estar relacionados con proporcionar información de calidad, concreta y rigurosa a los clientes.

98. La regla general es que el proveedor no puede prohibir directamente el uso de las herramientas webs que permiten la comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda. Esto es así porque este tipo de servicios permite al distribuidor ganar visibilidad en la red lo que se traduce en muchas ocasiones en más ventas. Sin embargo, muchas veces los proveedores restringen el uso de comparadores de precios argumentando la protección de la imagen de la marca debido a que en estos buscadores los productos se diferencian únicamente por el precio y no por otros aspectos como la gama de los productos o su calidad¹⁶⁰. También es habitual encontrar restricciones en la publicidad en línea, prohibiendo a los distribuidores que pujen por palabras claves, con el fin hacerlo el proveedor por sí mismo. Pues bien, las Directrices señalan que ni directamente pero tampoco indirectamente se puede prohibir al distribuidor a que utilice herramientas en línea de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda, así estaría prohibido conforme a las normas de competencia: i) Que el proveedor prohíba la utilización de las marcas o nombres comerciales del proveedor para pujar con el fin de posicionarse en motores de búsqueda¹⁶¹; ii) Que el proveedor prohíba que el distribuidor proporcione información relativa a los precios en las herramientas de comparación de precios. Esto es así debido a que esta restricción debilita la competencia en precios, pudiendo dar lugar a la compartimentación del mercado, y por tanto, afectando negativamente a la competencia intramarca e intermarca. No obstante, el proveedor sí puede prohibir el uso de determinadas herramientas de comparación de precios cuando éstas no cumplan determinados aspectos relacionados con la calidad y cuando no sean utilizados por la mayoría del público¹⁶².

99. Al igual que señalamos en las restricciones de venta *on line*, las Directrices recogen una serie de pautas para evaluar la compatibilidad de las restricciones en el uso de herramientas de comparación de precios por parte del distribuidor en aquellos acuerdos que no caen dentro de la exención en bloque porque *ad ex.* superan el umbral de la cuota de mercado del 30%. Dichos factores a tener en cuenta son¹⁶³:

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ Directriz 342 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁶⁰ Directriz 345 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁶¹ Directriz 206 letra g) relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁶² Directriz 350 relativas a las restricciones verticales 2022.

¹⁶³ Directriz 353 relativas a las restricciones verticales 2022.

- 1) La posición del mercado del proveedor y de sus competidores.
- 2) La relevancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en el mercado de referencia para la venta de servicios y bienes contractuales.
- 3) El tipo y alcance de las restricciones y la importancia relativa al servicio concreto de comparación de precios que se restringe o prohíbe.
- 4) Si el proveedor también impone restricciones al distribuidor para utilizar otras formas de publicidad en línea.

e) La extinción de un contrato de distribución selectiva

100. Las principales causas que originan la extinción del contrato pueden quedar resumidas en las siguientes:

- 1) La llegada a término del plazo establecido en el contrato. En el supuesto de un contrato de duración determinada, el transcurso del plazo establecido implica el fin de la relación jurídica entre las partes, salvo que se establezca en el contrato la posibilidad de prorrogarlo.
- 2) La resolución unilateral en el caso de contratos de duración indefinida o indeterminada. Como ya se vio en el contrato de distribución exclusiva, las relaciones jurídicas no pueden ser eternas por lo que las partes tienen el derecho de rescindir el contrato unilateralmente sin justa causa. Las partes pueden establecer que la denuncia de la prórroga del contrato con un plazo de preaviso suficiente para que la otra parte pueda adaptarse a los cambios que le ocasiona es una forma de finalizar la relación contractual. La falta de preaviso o un plazo de preaviso insuficiente puede ser causa suficiente para que la otra parte reclame daños y perjuicios por considerar que existe mala fe en el desistimiento¹⁶⁴
- 3) La resolución por incumplimiento. El no cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a las que las partes se comprometen en el contrato pueden ser justa causa para que se resuelva el mismo. De hecho, es habitual que las partes incluyan la resolución automática del contrato - *ipso iure*- por incumplimiento de obligaciones transcendentales en la relación contractual como la prohibición de reventa a un tercero no miembro de la red oficial¹⁶⁵. Este tipo de resolución implica que la finalización del contrato es inmediata y de pleno derecho, por lo que no es necesario el preaviso y mucho menos una indemnización. Este tipo de resoluciones automáticas no sólo encuentran su base jurídica en el incumplimiento de la cláusula propiamente dicha, sino también en los efectos que provoca – pérdida de confianza - el infringir dicha cláusula para una relación basada en la colaboración. De este modo, el incumplimiento puntual no puede ser una justa causa para la resolución de contrato, *ad ex*. el impago de una partida de productos o su envío en mal estado no puede generar la resolución del contrato. La gravedad y la reiteración son aspectos esenciales para que la resolución por incumplimiento obedezca a una justa causa¹⁶⁶.
- 4) La muerte o declaración de fallecimiento de alguna de las partes. Esta es una causa de extinción del contrato cuando no existen herederos o legatarios o alguna persona física o jurídica a la que se le haya cedido el negocio¹⁶⁷. La muerte implica la imposibilidad de que la persona jurídica continúe operando en el tráfico jurídico. El concurso no es causa automática de extinción del contrato (art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

¹⁶⁴ STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/6691).

¹⁶⁵ F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 96-97.

¹⁶⁶ F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 828-829.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 826.

f) Las indemnizaciones a favor del distribuidor

101. La indemnización por extinción del contrato de distribución selectiva es mucho menos habitual que en el supuesto de un contrato de distribución exclusiva. Son tres los factores que permiten comprender la falta de razón de ser de la indemnización al distribuidor. En primer lugar, como se ha estudiado, el distribuidor autorizado no sólo vende productos de marca de un solo proveedor sino que puede vender de todos cuantos pueda. Las cláusulas de marca única no son legales en los sistemas de distribución selectiva. Esto implica que su negocio no depende de un único proveedor, por lo que la extinción del contrato, en principio, no es un impedimento para que el distribuidor pueda continuar su actividad empresarial¹⁶⁸. En segundo lugar, el distribuidor autorizado no genera nueva clientela, es más, es él el que se beneficia de pertenecer a la red de distribución de una marca de prestigio. En tercer lugar y como resultado de lo anterior, la extinción del contrato no implica que el proveedor se beneficie injustamente del trabajo realizado por el distribuidor, a diferencia de lo que generalmente ocurre con la extinción de los contratos de distribución exclusiva.

102. Por lo tanto, la indemnización para este tipo contractual quedaría relegada para los supuestos en los que el proveedor haya resuelto el contrato de forma imprevista, sin un plazo de preaviso y sin que obedezca a una causa estipulada expresamente en el contrato, además de que el distribuidor pueda justificar los daños producido¹⁶⁹.

103. Otro aspecto relevante cuando acaba un contrato de distribución selectiva es qué sucede con el *stock* sobrante¹⁷⁰. Esta situación puede estar prevista o no en el contrato.

En el caso de que las partes prevean la solución en el contrato, normalmente la misma suele ser que el proveedor recompre los productos que el distribuidor no ha podido comercializar. El precio que pagará el proveedor por los productos será el que pagó el distribuidor por los mismos. Si hay pagos todavía no abonados por el distribuidor, el proveedor aprovechará para cobrarse parte de la deuda con la mercancía. No obstante, se deberá tener presente que si hay productos en mal estado o que no se pueden comercializar porque están en mal estado debido a la culpa del distribuidor, el proveedor no querrá recomprarlos.

Otro escenario diferente es que en el contrato de distribución no se prevea nada en relación al *stock* remanente. En ese caso, el proveedor o fabricante podría tener interés en recomprar las mercancías. Sin embargo, también hay que tener presente que si no se estipula en el contrato tampoco tendría obligación de hacerlo. Quizás en los casos en los que al distribuidor se le exige una compra mínima tendría más posibilidad de que el proveedor recomprara las mercancías, pero habría que analizar el caso concreto. Aun así, no se puede pasar por alto que el distribuidor es un empresario independiente y es el propietario de las mercancías por lo que si el proveedor se niega a comprarlas el distribuidor podrá seguir vendiéndolas en su establecimiento hasta agotar el *stock*. El distribuidor podría justificar la legalidad de esa venta aunque el contrato de distribución haya llegado a su fin al igual que el contrato de licencia en el principio del agotamiento del Derecho de marca (art. 36 LM)¹⁷¹, principio que estudiaremos más adelante y que es clave para el comercio paralelo. Una duda que le puede surgir al distribuidor es si a pesar de que el contrato se ha extinguido se puede seguir usando la marca a pesar de la prohibición del proveedor. La respuesta es sí, en atención al agotamiento del Derecho de marca es posible, ya que el distribuidor sobre el uso de la marca podría alegar que ese uso es meramente descriptivo para poder revender las mercancías.

¹⁶⁸ *Idem*, “El contrato de...”, p. 830.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 830.

¹⁷⁰ *Vid.* sobre este particular, F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estímulos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 99.

¹⁷¹ F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estímulos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 99.

XI. El Comercio o distribución paralela

104. Como hemos estudiado en la parte inicial del trabajo, los productos de lujo accesible, es decir, pequeña marroquinería, perfumes, cosméticos, gafas de sol, entre otros, son productos con los que las firmas más exclusivas y deseadas llegan a clientes de todo el mundo a través de una distribución cuidada. Este tipo de productos se pueden considerar de lujo porque incorporan una marca prestigiosa, tienen un precio elevado y son de calidad, pero la exclusividad, desde nuestro punto de vista, no es tal. Esto es así porque estos productos “lujo accesible” podrían ser comprados por cualquiera que esté dispuesto a pagar x euros por un pintalabios de una marca de lujo como CHANEL, x euros por un perfume de DIOR o x euros por unas gafas de sol que incorporen la conocida marca PRADA. Estos productos de lujo accesible son verdaderamente rentables para estas firmas debido a que se fabrican en masa y les suponen un importante margen de beneficio. Sin embargo, como todo en la vida, hay ventajas e inconvenientes, el inconveniente para las firmas de lujo es que estos productos de lujo accesible al producirse de forma masiva y ser productos que atraen al consumidor porque siguen incorporando la deseada firma de lujo suelen ser objeto del comercio o distribución paralela.

- g) El comercio paralelo, las importaciones paralelas o distribución paralela son términos sinónimos para denominar al mismo fenómeno: la reventa de productos de marca originales vendidos al margen de la red oficial de distribución. La distribución o ventas paralelas tienen lugar cuando se importa un producto original sobre el que recae un derecho de propiedad industrial e intelectual -generalmente un derecho de marca- otorgado por el país de exportación y se comercializa por un operador económico que no es el titular del derecho ni un agente autorizado, sino un intermediario denominado en el tráfico jurídico como distribuidor independiente, distribuidor no autorizado o *free rider*¹⁷². Este distribuidor independiente opera al margen de la red oficial, por lo que su actividad comercial queda reducida a una importante tarea: conocer muy bien los precios a los que se venden los productos que le interesa importar en los diferentes Estados miembros. La información es poder, pero en el caso del comercio paralelo es la base de un negocio, ya que este consiste en comprar las mercancías en un país a un precio inferior que el mercado o país donde se van a vender finalmente

¹⁷² Sobre el comercio paralelo en la doctrina *vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015; ID, E. M^a. ARES ÁLVAREZ, “Importaciones Paralelas”, En L. A. VELASCO SAN PEDRO, *Diccionario De Derecho De La Competencia*, Iustel, Madrid, 2006, Pp. 420 Y Ss.; E. BONADIO, “Parallel Imports In A Global Market: Should A Generalised International Exhaustion Be The Next Step?”, *European Intellectual Property Review*, 2011, P. 154; F. CARBAJO CASCÓN, “La Marca en los sistemas de Distribución selectiva (El Problema De Las Ventas Paralelas)”, En E. Galán Corona/F. Carbaajo Cascón (Coord.), *Marcas Y Distribución Comercial*, Ediciones Universidad De Salamanca, 2011, Pp. 165-166; M. Farquharson/V. Smi Th, *Parallel Trade In Europe*, Sweet&Maxwell, 1998, P. 68; C. Górriz López, *Distribución Selectiva Y Comercio Paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, Pp. 29-30; N. Lewin, “The Ten Comandents Of Parallel Importation”, *Law And Policy In International Business*, I, N° 18, 1986, Pp. 218-219; D.A Malueg/ M. Schwartz, “Parallel Imports, Demand Dispersion, And International Price Discrimination”, *Journal Of International Economics*, Vol. 37, 1994, P. 168; A. J. De Martín Muñoz, *El Llamado Comercio Paralelo En El Derecho Mercantil Europeo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, P. 23; A. F. MUÑOZ PÉREZ, “El Conflicto Entre La Distribución Selectiva Y El Comercio Paralelo”, En Alonso Ureba/ L. Velasco San Pedro/ C. Alonso Ledesma/ J. A. Echebarría Sáenz/ A.J. Viera González (Dirs.), *Los Contratos De Distribución*, La Ley, Madrid, 2010, P. 691; L. A. Nester, “Keywords, Trademarks, And The Gray Market: Why The Use Is Not Fair”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 7, Issue 1, 2003, Pp. 242-245; C. Prat, “Comercio Paralelo: Un Flujo De Productos Y Novedades Jurídicas Que No Cesa. La Doble Perspectiva Del Derecho Marcario Y Del Derecho Antitrust”, *Gaceta Jurídica De La Unión Europea Y De La Competencia*, N° 2230, 2004, Pp. 27-28; W. A. Rothnie, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, P. 1; C. Stothers, *Parallel Trade In Europe: Intellectual Property, Competition And Regulatory Law*, Hart Publishing, 2007, Pp. 2-3; X. Van Overmi Ere/C. Schillings, *Les Importations Paralleles Dans L’Union Européenne*, Anthemis, 2012, Pp.17-22; Sobre El Comercio Paralelo En Estados Unidos Vid. S. Ghosh, “An Economic Analysis Of The Common Control Exception To Gray Market Exclusion”, 15, U. Pa. J. Int’L Bus. L., 373, 410, 1994, Pp. 373 Y Ss.; H.C.Hansen, “Gray Markets Goods: A Lighter Shade Of Black”, 13brook. J. Int. L.L., 249, 1987, pp. 249-265; T.H. Hiebert, *Parallel Importation in U.S. Trademark Law*, Greenwood Press, 1994; W. Skinner, “Preventing Gray Markets: Is copyright law the solution?”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.*, 315, 1998-1999, pp. 315-336; D.R. Sudgen, *Gray Markets, Prevention, Detection and Litigation*, Oxford, Nueva York, 2009.

Un ejemplo permitirá ilustrar mejor el comercio paralelo. Imaginemos que FASHION BOOTS es una empresa española con sede en Alicante (España) cuya actividad comercial es la fabricación y distribución de calzado. FASHION BOOTS se ha enterado de que en Estados Unidos hay un distribuidor oficial de la marca NIK (marca de ropa deportiva conocida en el mundo entero) que está vendiendo modelos originales de temporadas pasadas a unos precios muy asequibles al por mayor y que es mucho más barato que los precios de compra que ofrecen los distribuidores oficiales de NIK en España. FASHION BOOTS decide comprar mil pares y aunque es consciente de que son muchos, los está comprando a 20 euros el par, teniendo presente que esos modelos en el mercado español se está comercializando por distribuidores oficiales de NIK a más de 100 euros. De este modo, la empresa alicantina tiene pensado comercializar las zapatillas en su web y tienda física en torno a 80 euros. Es un precio mucho más elevado que el pagado en EE.UU. por cada par de zapatillas, pero es inferior al precio al que se comercializan estos productos en España. Así, ante este escenario cabe plantearse si FASHION BOOTS podría vender estos productos en España sin el consentimiento del titular de la marca, ni del distribuidor oficial ni de ningún agente autorizado sin cometer ningún ilícito marcario o de competencia desleal.

105. Hay que tener presente que el titular de un derecho de marca ostenta determinadas prerrogativas al tener ese derecho, entre los cuales destaca la posibilidad de controlar, limitar o excluir las importaciones de los productos distinguidos con su marca. Esta facultad permite al titular del signo controlar la calidad de sus productos desde su fabricación hasta su venta al consumidor. Sin embargo, como se va a desarrollar a lo largo de este estudio, este derecho se limita a la primera comercialización del producto. La institución que limita la facultad del titular a oponerse a las importaciones de su producto se denomina agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual. En particular, el agotamiento del derecho de marca. El agotamiento está ligado íntimamente con las importaciones paralelas, ya que el titular del derecho de marca no puede prohibir las importaciones de sus productos por terceros al Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) una vez que el derecho está agotado. Sin embargo, no es tan sencillo como afirmar que el comercio paralelo sería lícito sin más una vez que el derecho de marca está agotado. Es necesario tener presente que el agotamiento del derecho de marca tiene excepciones. En otras palabras, el comerciante paralelo no puede ampararse en el agotamiento del derecho de marca para llevar a cabo cualquier tipo de reventa. No hay que olvidar que los productos que suelen ser objeto del comercio paralelo son productos de los considerados de lujo. Productos cosméticos, perfumes, productos de lujo accesible, en definitiva, que al estar distinguidos con marcas muy conocidas y de lujo hacen que el consumidor se sienta más atraído y los acabe comprando a precios elevados si comparamos con productos del *mass market*. Sin embargo, ese prestigio o *aura de glamour* de las marcas se puede proteger por sus titulares, aunque el derecho de marca esté agotado.

106. En definitiva, en el presente trabajo se analizará la figura del comercio paralelo en la industria de productos de lujo o alta gama. Como ya se ha ido adelantando, el comercio paralelo es la reventa de productos originales al margen de una red oficial de distribución. Redes que se crean como consecuencia de la existencia de contratos de distribución. El comercio paralelo es una brecha en estas redes debido a que el objetivo del fabricante, proveedor o importador oficial de que los productos se vendan únicamente mediante la red oficial no se cumple. En aras de entender el comercio paralelo dentro del EEE es necesario el estudio de los motivos económicos y legales que propician su aparición, del mismo modo que estudiar a quiénes afecta y cómo, los problemas jurídicos que origina y su regulación tanto a nivel internacional como europeo. Especialmente importante es ésta última, debido a que es la que permite entender cuál es el tratamiento del comercio paralelo en la UE y de la forma que influye en otras disciplinas como el Derecho de la competencia, el Derecho de la competencia desleal y los derechos de propiedad industrial e intelectual, en especial el derecho de marca.

XII. Factores que propician la existencia del comercio paralelo

107. El comercio paralelo es un método de distribución o de comercialización de productos que tiene lugar cuando concurren una serie de presupuestos muy diferentes entre sí. En particular, estos presupuestos serían tres:

- 1º) *Mercados en los que existen restricciones de competencia*¹⁷³. Dichas restricciones son consecuencia de la instauración de sistemas de distribución limitada que condicionan el número de revendedores en función del territorio o de las cualidades de éstos. Es decir, sistemas de distribución selectiva o exclusiva principalmente. La distribución paralela o comercio paralelo no va a poder tener lugar en aquellos mercados en los que cualquiera puede ser un distribuidor oficial de la marca. El comercio paralelo no tiene razón de ser en los mercados completamente abiertos en los que el fabricante vende su producto a cualquier distribuidor. De este modo, con independencia de que se ocupe el propio fabricante de la venta de sus productos o utilice a terceros para su distribución, un aspecto esencial del comercio paralelo es que los productos no son accesibles para todos. Hay distribuidores que son excluidos o a los que se les aplican condiciones comerciales distintas¹⁷⁴. Esta exclusión es consecuencia de que dichos productos están protegidos por un derecho de marca o de patente. Por este motivo los medicamentos, los automóviles, las joyas, los productos de perfumería, de moda de alto nivel son un atractivo junto con los productos de alta tecnología para los comerciantes paralelos o distribuidores independientes.
- 2º) *La diferencia de precio entre mercados*¹⁷⁵. El precio de los productos vendidos por la red oficial varía en función de las características del mercado donde se comercializan. Esto es así principalmente por dos razones: a) No todos los mercados aceptan un mismo precio; b) El coste de instaurar redes de distribución en un país o mercado puede variar, incluso entre países europeos. No todos los países instauran una red de distribución para vender perfumes y cosméticos de marcas de formas de lujo cuesta lo mismo. Un distribuidor no autorizado lo que hace es adquirir los productos a un precio inferior que el del mercado donde finalmente los va a acabar colocand ¹⁷⁶.

Un mercado en el que los productos se vendan a un precio similar en cualquier punto de venta nacional o extranjero desincentiva el comercio paralelo. Este es uno de los motivos que ha llevado a las firmas de lujo en los últimos años a homogeneizar el precio de sus productos en todos los mercados donde venden. Si no existen diferencias sustanciales en los precios de los productos en atención al mercado, la intervención de revendedores independientes solo podría incrementar el coste del producto por los gastos de transporte¹⁷⁷. Además, los consumidores ante productos de precios similares vendidos por un distribuidor conocido o desconocido, es mucho más probable que se lo compraran al distribuidor oficial de la marca¹⁷⁸. De este modo, se puede decir que la diferencia de precio no sólo incentiva a los *free riders* a explotar una vía de negocio sino que también incentiva a los consumidores a arriesgarse y probar con un distribuidor menos conocido pero con un producto más barato.

La razón de la diferencia de precios obedece a motivos diferentes en función del producto. Así como en los fármacos la diferencia se puede deber a si el coste de los medicamentos es sufragado por completo o en parte por los Sistemas de Seguridad Social, en el caso de los productos de lujo influye considerablemente el nivel de vida de los Estados en cuestión. Y todo esto sin olvidar las fluctuaciones monetarias que permiten disponer de una moneda con más o menos poder, los gastos que conlleva el

¹⁷³ A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 24.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷⁵ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*, Ibañez-Depalma-Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 88.

¹⁷⁶ Vid. en este sentido C. PRAT, “Comercio paralelo: un...”, p. 28.

¹⁷⁷ Vid. A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 24.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 24.

funcionamiento de los sistemas de distribución o los gustos y preferencias de los consumidores que no son iguales en todos los países.

Un sistema de distribución exclusivo o selectivo permite al titular de la marca controlar la calidad del producto desde su fabricación hasta su venta al consumidor. Este sistema incrementa los costes de los productos o servicios debido a que suelen requerir inversiones bastante fuertes en publicidad y en servicio preventa y postventa.

El resultado es que los productos sometidos a este tipo de distribución tienen un precio más elevado. Pero no en todos los países cuesta lo mismo mantener una red de distribución limitada. Esto es, un perfume francés en el mercado chino no tiene el mismo precio que en el mercado alemán. Ante esto, cabría preguntarse cuál es la razón de esa diferencia de precios, en ocasiones muy acusada, sobre todo en lo referente a productos de lujo. En lo que respecta a la distribución es importante tener en cuenta que cuando un producto se fabrica en un país con la misma calidad y propiedades para venderlo en todo el mundo mediante una red de distribución, pero su precio varía de un país a otro, se puede deducir que esa diferencia de precios es artificial¹⁷⁹. Esto es así debido a que, cuando se trata de productos de lujo, la diferencia de precios no suele atender a cuestiones como el coste del transporte, la distribución o razones fiscales del país sino como explicamos en otras publicaciones el consumidor de productos de lujo compra por razones ajenas al precio¹⁸⁰.

Sin embargo, esta diferencia de precios hace que empresarios ajenos a las redes de distribución autorizadas en los diferentes países en los que se comercializa un producto intuyan la rentabilidad del negocio: compras en un país en el que el producto se vende a un precio menor para luego importarlo a un país en el que el precio es más elevado¹⁸¹. Debido a que el empresario que realiza estas prácticas no debe realizar demasiada inversión para la venta, debido a que no suele ofrecer servicios preventa o posventa, la variación en el precio le permite obtener un considerable margen de beneficio¹⁸². Este es sin lugar a dudas el motivo principal por el que se produce el comercio paralelo.

En la última década una práctica habitual debido a esa diferencia de precio en los productos entre Europa y China ha sido el *daigou* o comercio paralelo de productos que se compraban por ciudadanos chinos en España, Francia o Italia, entre otros países europeos y los importaban a China. Esta práctica ha hecho que las firmas de lujo se replanteen sus políticas de precios y tengan una política más homogénea. Aun así, los precios de los productos de lujo entre China y Europa sobre todo en productos de piel pueden existir diferencias en torno al 20-30%. El principal motivo son los aranceles que el gobierno chino impone a estos productos. Esto hace que el nacional chino deba pagar más por el producto si lo compra en China. Esto ha dado lugar a que en los últimos años un negocio muy lucrativo sea la importación de productos de lujo de Europa a China. Para evitar el *daigou*, las marcas de lujo han intentado homogeneizar precios en todos los mercados en los que venden, sin embargo, no siempre es tan sencillo como subir los precios. Esto es así porque, en ocasiones, esas estrategias para controlar precios y evitar las importaciones paralelas pueden implicar vulneraciones de competencia. Un ejemplo de ello fue la empresa GUESS en el año 2018¹⁸³. La firma estadounidense quiso restringir la publicidad que hacían sus distribuidores oficiales en la red y controlar las ventas que sus distribuidores realizaban entre Estados miembros. Estas prácticas, entre otras, se consideraron contrarias al art. 101.1 TFUE y GUESS fue multada por la Comisión Europea con 39 millones de euros. Por lo tanto, esa diferencia de precio entre mercados es verdaderamente uno de los aspectos clave para que las importaciones paralelas tengan lugar y las marcas de moda y de lujo son muy conscientes de ello. Sin embargo, subir los precios e intentar

¹⁷⁹ Vid. B. X. MUÑIZ CALAF, “La carga probatoria...”, p. 3.

¹⁸⁰ Sobre este particular vid. I. ANTÓN JUÁREZ, La distribución de productos de lujo en la Unión Europea, Tirant lo blanch, 2024, p. 60 y ss.

¹⁸¹ Vid. noticia en el periódico Washington Post en la que se recoge como un empresario alemán se ha hecho millonario con las importaciones paralelas de medicamentos dentro de la UE (http://www.washingtonpost.com/german-entrepreneur-makes-millions-in-eu-through-parallel-pharmaceutical-trade/2012/03/19/gIQAPnZrYS_story.html, consultado el 2 de febrero de 2025)

¹⁸² Vid. G. GRASSIE, “Parallel imports and trademarks- where are we? Part 1”, *European Intellectual Property review*, 28(9), 2006, p. 474.

¹⁸³ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso Guess, AT 40428, C(2018) 8455 final

vender en todos los mercados al mismo precio no siempre es la solución y en ocasiones puede implicar prácticas lesivas del Derecho de la competencia.

- 3º) En tercer y último lugar, la rentabilidad del comercio paralelo está vinculada con el *traspaso de fronteras nacionales*. La compra de un producto por un tercero ajeno a cualquier red de distribución en un país en el que los precios de dichos productos son considerablemente más bajos que en el país donde los va a colocar. El negocio está en que el margen de beneficio es suficiente como para soportar los gastos de transporte, de asentamiento en dicho mercado y de llegar al consumidor y además le permite al *free rider* ganar dinero. Por lo tanto, el comercio paralelo sin dimensión internacional no es comercio paralelo.

XIII. Origen y situación actual del comercio paralelo

108. La existencia del comercio paralelo va ligada al aperturismo económico y a la internacionalización de los mercados¹⁸⁴. Por esta razón no fue hasta los años ochenta cuando verdaderamente se pudo notar la fuerza del comercio paralelo en la economía europea.

109. A nivel mundial con anterioridad a los años 80 se pueden diferenciar dos etapas. En un primer momento, la etapa la que abarcaría desde finales del siglo XIX hasta los años veinte del pasado siglo. En esta etapa las importaciones paralelas son aceptadas en base al principio de universalidad de la marca¹⁸⁵. De este modo, el titular del derecho de marca no podía alegar dicho derecho una vez comercializado por primera vez el producto porque se consideraba agotado. Sin embargo, a pesar de la aceptación del comercio paralelo, su transcendencia económica y jurídica fue escasa como consecuencia del coste del transporte y de las dificultades que este entrañaba, a lo que se sumaba la falta de información de la que disponían los importadores paralelos para conocer la situación de los productos en los mercados de otros países¹⁸⁶. Esta situación queda reflejada en las contadas resoluciones judiciales sobre la materia cuya procedencia en su mayor parte es alemana, inglesa y estadounidense¹⁸⁷.

110. Posteriormente, pasada la II Guerra Mundial y dejando atrás un fuerte proteccionismo económico, el comercio paralelo reaparece en escena como consecuencia del proceso de liberalización e internalización de la economía¹⁸⁸. Esto da lugar a que se empiece a forjar la primera doctrina y jurisprudencia sobre la materia. Así, después del caso *Lux*, el cual se podría considerar el primero importante en llegar a los tribunales, le siguen resoluciones de una importancia considerable para el estudio del tema que nos ocupa¹⁸⁹.

- h) Desde los años ochenta hasta la actualidad el incremento del comercio paralelo ha sido considerable en todas las áreas comerciales del mundo. En Europa, sin ir más lejos, no hay duda del importante crecimiento de este tipo de comercio desde mediados de los ochenta hasta la actualidad. Las razones de este incremento obedecen a diferentes factores como la

¹⁸⁴ A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 31.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 30.

¹⁸⁷ *Appollinaris v. Sherer*, 27 F.18(CC SDNY, 1886); *Appollinaris v. Herrfeldt*, 4 RPC 478 (Ch.D., 1887); *VITASCOPE Co. v. United States Phonograph Co.* 83 F. 30 (CC D NJ 1897); *Enterprise, OLG Hamburg*, 13-4-1898, 1899 Bl. f. PMZ. 11; *Russia Cement Co. v. Fruenhar*, 133 F 518 (CA 2 1904); *U.S. Supreme Court Bourjourns v. Katzel*, 260 U.S 689, 691 (1923). Para un análisis detallado de las resoluciones citadas *Vid.* T.H. HIERBERT, *Parallel Importation in US Trademark*, 1994, pp. 32- 35 y 43-56.

¹⁸⁸ *Vid.* A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 31.

¹⁸⁹ *Vid.* entre otros casos *Grundig*, del Hoge Raaad alemán del año 1956, en *GRUR Int.* 1957; *Maja*, del Bundesgerichtshof (BGH) alemán de 22 de enero de 1964, en *GRUR Int.* 1964, fasc. 7, pp. 372-376; STJCE de 13 de julio de 1966, *Grundig/Consten*, asuntos acumulados 56 y 58-64, ECLI:EU:C:1966:4.

globalización de la economía y la instauración de la sociedad de la información¹⁹⁰. Ambos aspectos facilitan de forma considerable la actividad del *comerciante paralelo* debido al hecho de que va a disponer de información importante –precios de las mercancías, fluctuaciones monetarias...- para su negocio, de forma rápida y con poco esfuerzo. A lo que hay que sumarle un importante hecho como fue la creación de la Unión Europea (en adelante, UE) que implicó la supresión de los aranceles en el EEE y su reducción en términos generales en el comercio mundial. A pesar de que las trabas arancelarias habían dejado de ser un problema importante para el comercio paralelo, ahora con la era Trump que comenzamos en 2025 los aranceles al comercio internacional están más presentes que nunca¹⁹¹ y se tendrá que ver qué sucede al respecto.

XIV. La relación entre el comercio paralelo y el comercio negro

111. El comercio paralelo en ningún caso es un comercio ilícito porque implique la venta de productos falsificados¹⁹². El comercio paralelo, también denominado “comercio gris”, no guarda relación alguna con el conocido “comercio negro” o las falsificaciones o copias. Los productos que se venden vía comercio paralelo son productos originales que se venden legalmente fuera de la red de distribución oficial. Sin embargo, los productos falsificados o *counterfeit products* son productos que se fabrican y se revenden al margen del fabricante¹⁹³. Ante esto cabría preguntarse si el comercio paralelo favorece la instauración del comercio negro. La respuesta es negativa, el comercio gris y el comercio negro no guardan relación alguna, siendo la última una actividad delictiva que se puede perseguir penalmente en atención al ordenamiento jurídico español y que nada tiene que ver con la vía de venta al margen de la red de distribución.

112. En contraposición con el “comercio negro” y el “comercio gris” se encontraría el “comercio blanco”, en el que se engloban las transacciones realizadas por el distribuidor oficial. En un estadio intermedio entre el “comercio blanco” y el negro se encuentra el “comercio gris”, identificado en Estados Unidos con el comercio paralelo. Sin embargo, en Europa no ha calado la expresión *grey market* como sinónimo de comercio paralelo y como forma de distinguirlo del mercado de las falsificaciones¹⁹⁴. De hecho, algunos autores consideran que la expresión *grey market* ha sido instaurada por los detractores de las importaciones paralelas para crear la duda sobre su legalidad y para emparentarlos con el comercio negro¹⁹⁵.

XV. Las partes a las que afecta el comercio paralelo

113. La práctica comercial que se lleva a cabo mediante las importaciones paralelas no sólo afecta a distribuidores oficiales y a los *free riders*, sino que también se ven implicados en este tipo de comercio, de forma directa, los consumidores y los Estados de origen y destino de las mercancías. Entre las partes a las que puede afectar el comercio o distribución paralela podemos destacar:

¹⁹⁰ A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, pp. 34-35.

¹⁹¹ Noticias relativas a los aranceles que el presidente Donald Trump está dispuesto a imponer a productos y materias primas europeas *vid ad ex.* <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c3w80z1jwq8o> (consultado el 2 de febrero de 2025), <https://elpais.com/internacional/2025-02-10/trump-extiende-a-todo-el-mundo-su-guerra-comercial-con-aranceles-al-aluminio-y-el- acero.html> (consultado el 2 de febrero de 2025).

¹⁹² Comunicación de la Comisión de 30 de diciembre de 2003 relativa a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas cuya comercialización ya ha sido autorizada [DO 30-12-2003], p. 20. DOUE 30-12-2003. Aunque esta comunicación esta dirigida exclusivamente a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas podría aplicarse a cualquier producto la afirmación de que el comercio paralelo no es ilegal.

¹⁹³ Para una mayor profundización en las diferencias entre el comercio paralelo y el comercio de las falsificaciones, *vid.* N. LEWIN, “The Ten Comandents...”, pp. 222-224.

¹⁹⁴ *Vid.* A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 25.

¹⁹⁵ *Vid.* N. LEWIN, “The Ten Comandents...”, p. 218.

1. *El free rider o importador paralelo.* Este puede ser un mayorista, minorista o simplemente un comerciante. En definitiva, el *free rider* es un comerciante, que atento a las diferencias de precios en los productos, especialmente de los protegidos por derechos de marca, patente o *copyright*, ve un negocio rentable en la importación paralela de productos. La independencia del *free rider* es un aspecto inherente a su condición. Junto con el importador paralelo, se encuentra otra característica relevante que es la temporalidad de sus actuaciones. La permanencia del *free rider* en un mercado generalmente no es duradera, debido a que el ánimo del distribuidor independiente no es vender siempre el mismo tipo de mercancías en un concreto mercado, sino más bien ir de un mercado a otro buscando diferentes oportunidades de reventa.

En contra de las opiniones de los detractores de este tipo de comercio, el importador paralelo crea un modelo de negocio que satisface las necesidades de un determinado grupo de consumidores. Desde el punto de vista del importador paralelo dicha satisfacción del cliente encaja con su política comercial: vender los productos a un precio más bajo que el distribuidor autorizado.

2. *El distribuidor oficial.* Este agente puede ser el propio fabricante o un empresario independiente, bien un mayorista, o bien un minorista local -agente, importador autorizado, licenciario-. El minorista autorizado puede ser también titular de la licencia de marca de los productos que vende en el área asignada. Su visión del comercio paralelo difiere bastante de la del distribuidor paralelo. Esto es así debido a que con la presencia del comercio paralelo el distribuidor oficial pierde la exclusividad en la importación de los productos protegidos¹⁹⁶. La pérdida de exclusividad tiene una consecuencia importante para el distribuidor oficial: deja de ser la única fuente de suministro de dichos productos en el mercado por lo que los precios deben ajustarse a la realidad de este. Por lo tanto, el cambio que implica la existencia o no del comercio paralelo en un mercado es interesante de analizarlo desde una perspectiva concurrencial. El comercio paralelo implica una mayor competencia, porque es una fuente alternativa de suministro. Eso no obsta para que desde la perspectiva marcaria pudiera plantear un daño a la reputación de la marca u otros ilícitos como veremos.

Por lo tanto, la no existencia de comercio paralelo permite al distribuidor oficial no tener competencia en lo que a precios se refiere. El producto puede ser vendido al precio más alto que el mercado local pueda tolerar¹⁹⁷. Esto provoca que el consumidor pague por el mismo producto un precio diferente en función del mercado en el que se encuentre.

Ante estas evidencias, los revendedores pertenecientes a redes oficiales de distribución suelen argumentar que el comercio paralelo desincentiva la inversión en investigación y progreso debido a la caída de los beneficios, especialmente en lo referente a productos farmacéuticos y agroquímicos¹⁹⁸. Del mismo modo, los distribuidores oficiales también consideran que el comercio paralelo desincentiva la donación de productos a países en vías de desarrollo por temor a su posterior reventa en países desarrollados. Por último, la percepción de aprovechamiento del *free rider* de las políticas de marketing y publicidad que asume la red oficial¹⁹⁹.

3. *Los consumidores.* Éstos son los mayores beneficiarios de la existencia de importaciones paralelas debido a que pueden acceder a determinados productos a un precio menor.
4. *Los Estados.* La importancia de las políticas legislativas de un gobierno en cuanto a si se permite o restringe el comercio paralelo es considerable. Las importaciones paralelas suponen un freno a las prácticas restrictivas contrarias al Derecho de la competencia²⁰⁰. Esto es así porque el comercio paralelo permite otras fuentes de suministro y precios más competitivos, lo que beneficia tanto al consumidor como a los distribuidores independientes, al igual que al mercado en cuestión. Una competencia efectiva contribuye a que las empresas se esfuer-

¹⁹⁶ Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a user’s guide”, en *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, en A. KRATTIGER, R.T. MAHONEY, L. NELSEN (eds.), Vol. II, Oxford, 2007, p. 1431.

¹⁹⁷ Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a...”, p. 1431

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 1431

¹⁹⁹ *Idem*, p. 1431.

²⁰⁰ Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a...”, p. 1430.

cen por mejorar e innovar sus productos, mientras que en un mercado sin competencia las empresas tienden a la relajación y descuidan sus inversiones en innovación, a diferencia de lo que defienden los distribuidores oficiales. Sin embargo, la existencia del comercio paralelo también puede vulnerar la marca del producto en cuestión objeto del comercio paralelo. Como vamos a estudiar, el comerciante paralelo no realiza todos los servicios (información, servicio postventa, publicidad) que el titular de la marca ofrece a sus clientes para mantener la imagen de marca y el aura de glamour de la misma, sino que con el objetivo de que sus transacciones sean lo más lucrativas posible comercializa los productos (no siempre pero sí en muchas ocasiones) de forma muy alejada a como lo hace la red oficial de distribución. Esto provoca que la marca en cuestión pueda sufrir daños en su reputación y el titular pueda protegerla mediante acciones judiciales en materia de marcas y/o en materia de competencia desleal. Como vamos a estudiar a continuación, en la UE la posición sobre las importaciones paralelas al estar íntimamente relacionado con la libre circulación de mercancías, no la pueden decidir los Estados sino hay una posición conjunta de los 27.

XVI. La regulación internacional del comercio paralelo

114. La regulación del comercio paralelo no viene recogida en ningún texto legal de ámbito internacional. Tampoco en ninguna norma derivada del legislador europeo. El mayor aspecto relacionado con el comercio paralelo que se recoge en algún texto internacional es el agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El agotamiento es de especial importancia para la regulación del comercio paralelo debido a que va a permitir que sea posible o no.

A nivel internacional el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad intelectual relacionados con el comercio, que constituye el anexo IC del Acuerdo por el que se establece la OMC*, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994 (en adelante, ADPIC) otorga libertad a sus miembros para que decidan el alcance del agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual²⁰¹.

115. Un derecho está agotado cuando su titular, o bajo su consentimiento, ha comercializado el producto por primera vez en un mercado²⁰². La cuestión importante a resolver en aras de una regulación internacional uniforme del comercio paralelo es qué agotamiento se adopta. El alcance del agotamiento es importante para conocer si el comercio paralelo se permite o se prohíbe. Se pueden diferenciar tres tipos de agotamientos los cuales se desarrollarán ampliamente en un trabajo posterior. Se puede distinguir entre: 1) el agotamiento internacional, la primera puesta en el comercio del producto agota el derecho con indiferencia del país del que se trate; 2) el agotamiento comunitario, el agotamiento del derecho tiene lugar cuando el producto protegido se vende en cualquier Estado dentro del EEE; 3) el agotamiento nacional, el agotamiento únicamente tiene lugar cuando el producto es comercializado por primera vez en ese Estado específico. Por lo tanto, el comercio paralelo estará permitido, restringido o prohibido en función del agotamiento que se adopte²⁰³.

²⁰¹ Este Acuerdo es más conocido bajo sus siglas del idioma inglés “TRIPS” que correspondan a “trade-related aspects of intellectual property rights”.

²⁰² En relación al agotamiento del derecho de marca, *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 59 -67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, nº 9, 1992, pp. 41 y ss.; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, MADRID, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento del derecho de marca”, en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, “Comercio paralelo: un...”, pp. 27- 44.

²⁰³ *Vid. infra.* Cap. III.

El ADPIC no impone el alcance del agotamiento entre los Estados firmante ²⁰⁴. Del mismo modo, en la Declaración de Doha referente a los ADPIC y a la salud pública, se confirma la libertad de los países de elegir el alcance del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial²⁰⁵.

- i) Esta libertad de elección puede ser traducida en que el comercio paralelo no se prohíbe, ya que, si fuera así, podría haber optado el texto por recoger el agotamiento nacional. Este es el más restrictivo con el comercio paralelo porque el agotamiento del derecho únicamente existe cuando el producto se ha comercializado en un Estado concreto. Es decir, si el producto se vendió por primera vez en Francia y se pretende revender en España todavía el derecho de exclusiva no se ha agotado. Por eso se afirma que este tipo de agotamiento limita el comercio paralelo. Sin embargo, con el agotamiento comunitario, una vez que el producto se vende por primera vez por el titular o bajo su consentimiento en cualquier Estado miembro del EEE, el derecho se agota y es posible la importación paralela de los productos. Así, todavía menos restrictivo con el comercio paralelo es el agotamiento internacional. Una vez que el producto se vende en cualquier mercado del mundo por el titular o bajo su consentimiento, el derecho se agota y puede el producto protegido ser revendido sin la oposición del titular. Se puede decir que el agotamiento es la pérdida del titular de su derecho a oponerse a la reventa de sus productos que se benefician de DPII.

Sin embargo, aunque no se prohíbe el agotamiento, tampoco se permite explícitamente. Los Estados pueden elegir el alcance más conveniente del agotamiento de acuerdo con los objetivos de su política nacional.

XVII. La regulación europea del comercio paralelo

116. El comercio paralelo no se castiga desde las instituciones europeas, sino que se ha protegido en cierta medida debido a que se considera una vía para fomentar la integración de las economías nacionales en aras a la consecución de un mercado único²⁰⁶. Así se extrae de los artículos 34 y 36 TFUE y de la instauración del agotamiento comunitario de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Aun así no existe ninguna norma en la que se proteja el comercio paralelo de forma expresa.

117. La Comisión Europea ha considerado que los intermediarios tienen que tener la posibilidad de reaccionar ante las diferencias de precios entre los Estados miembros y poder revender productos al margen de la red oficial, ya que eso demuestra que los acuerdos de distribución no tienen un efecto de compartimentación del mercado²⁰⁷. No obstante, el comercio paralelo se encuentra limitado por el art.

²⁰⁴ Esto es así, ya que en su art. 6 dispone, que,

“Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”

²⁰⁵ Conferencia Ministerial, cuarto periodo de sesiones, Doha 9-14 noviembre de 2001 [WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001]. En su art. 5.d) establece que “el efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional”.

²⁰⁶ *Vid.* A. F. MUÑOZ PÉREZ, “El conflicto entre...”, p. 692

²⁰⁷ Libro Verde sobre restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, COM(96) 721, enero de 1997, apartado 9. Disponible en http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_es.pdf (consultado el 2 de febrero de 2025). Simplemente destacar que este Libro Verde dio lugar al Reglamento en materia de exención por categoría de acuerdos verticales 2790/1999, este Reglamento fue pionero pero sustituido por el Reglamento UE 330/2010 y en la actualidad para saber si un acuerdo vertical (o acuerdo de distribución) es restrictivo de la competencia y quedaría exento de prohibición es necesario atender al Reglamento UE n° 2022/720 aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, sobre este Reglamento *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 15, n° 1, pp. 24-62.

34 TFUE. Los límites de dicho artículo que afectan al comercio paralelo son, los que se refieren a la propiedad industrial e intelectual y a la salud pública.

En principio se ha considerado que el comercio paralelo beneficia al mercado interior, puesto que fomenta la libre circulación de mercancías al hacer posible que los productos sean comercializados en un régimen de competencia más libre.

118. De este modo, desde una óptica europea, se puede afirmar que el comercio paralelo ha permitido la supresión de las fronteras comerciales entre Estados miembros. Las importaciones paralelas han contribuido a la supresión de los obstáculos que limitan la libre circulación de mercancías. Esta es la razón principal por la que las importaciones paralelas serían lícitas dentro del EEE.

Por lo tanto, las instituciones comunitarias consideran que *“el comercio paralelo crea una competencia sana y da lugar a reducciones de los precios al consumidor, y es una consecuencia directa del desarrollo del mercado interior que garantiza la libre circulación de mercancías”*²⁰⁸.

119. Por lo tanto, la libre circulación de mercancías es la regla general (arts. 34 y 35 TFUE) por lo que el comercio paralelo va a ser permitido. Sólo de forma excepcional, bien por razones económicas, como la protección de los consumidores, o bien por razones no económicas (art. 36 TFUE), como la protección de la propiedad industrial, el comercio entre los Estados miembros se puede ver limitado y, por ende, también el comercio paralelo. De este modo, tanto la Comisión Europea como el TJUE han defendido la existencia del comercio paralelo²⁰⁹. Junto con la consolidación del mercado único europeo, razones como que las importaciones paralelas generan competencia en el nivel de la reventa y ayudan a la uniformidad en los precios, justifican su apoyo²¹⁰.

XVIII. Los problemas jurídicos que plantea el comercio paralelo

1. Aproximación inicial

120. Desde un punto de vista económico diversas han sido las teorías que se han formulado para acreditar y/o desacreditar al comercio paralelo. Los factores objeto de análisis varían en función de si el estudio del comercio paralelo se aborda desde una perspectiva jurídica o económica. Mientras que el economista incide en la diferencia de precio y los problemas que acarrea al mercado, el jurista tiene presente los problemas del comercio paralelo desde el punto de vista del Derecho de la competencia, la competencia desleal y el derecho de marcas. Así, en función de si el problema se estudia desde un punto de vista económico o jurídico variará el diagnóstico debido a que estas perspectivas se centran en problemas de diferente calado. Desde un análisis puramente económico podría ser viable la restricción del comercio paralelo debido a que a largo plazo podría no presentar ventaja alguna en los consumidores, como consecuencia de que limita la inversión en investigación, por ejemplo. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la restricción de comercio paralelo puede suponer una restricción al mercado interior europeo, por ser una práctica anticompetitiva si existiera un acuerdo restrictivo (art. 101 TFUE) o una práctica abusiva (art. 102 TFUE).

²⁰⁸ Vid. *Guía para la aplicación de las disposiciones del Tratado que rigen la libre circulación de mercancías*, elaborada por la Dirección General de empresa e industria, 2010, p. 24. Disponible en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new_guide_es.pdf (consultado el 2 de febrero de 2025).

²⁰⁹ Desde el Derecho europeo de la competencia se ha venido considerando que las prácticas dirigidas a limitar el comercio paralelo mediante la limitación o prohibición de las exportaciones es contrario al art. 81 TCE -actual art. 101 TFUE-, *ad ex.*, STJCE de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen c. Comisión*, C-338/00, *Rec.* 2003, p. I-9189; Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, relativa a un procedimiento incoado en virtud del art. 81 del Tratado CE, *Opel*, DO L 59, de 28 de febrero de 2001; STJCE de 6 de abril de 2006, *General Motors y Opel Nederland c. Comisión*, C-551/03 P, *Rec.* 2006, apartados 66-67; Decisión de la Comisión de 8 de octubre de 2003, *Nintendo distribution*, DO L de 8 de octubre de 2003; STJUE de 10 de febrero de 2011, *Activision Blizzard Germany/Comisión*, C-260/09 P, *Rec.* 2011, apartados 70-87.

²¹⁰ Vid. M. GANSLANDT/ K.E MASKUS, “Vertical Distribution, Parallel...”, p. 944.

121. Sin lugar a dudas, las importaciones paralelas plantean un enfrentamiento con diferentes disciplinas jurídicas. A nuestro juicio, éstas serían el derecho de marcas, el derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal. El análisis de los problemas que plantea el comercio paralelo en el tráfico jurídico hace necesario recurrir a estas disciplinas, que como se verá cada una de ellas presenta problemas diferenciados pero que tienden a converger en un punto común, la libre circulación de mercancías. Así lo han mostrado las instituciones europeas en las diferentes decisiones y resoluciones que tienen como protagonista al comercio paralelo.

122. De hecho, en los diferentes pronunciamientos de la Comisión y de los tribunales europeos en los últimos treinta años han mostrado la búsqueda del equilibrio, entre los derechos de marca y la libre circulación de mercancías, prueba de ello es el agotamiento comunitario de marca. Todo ello para que se consolide y no se restrinja, como ya se ha venido exponiendo, un objetivo de mayor envergadura: un mercado europeo único, común a todos los Estados miembros.

2. El oxígeno para el comercio paralelo: el agotamiento del derecho de marca

A) Introducción

123. El derecho de marcas no es un derecho absoluto²¹¹. Se otorga con una finalidad específica que no es otra que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias²¹². Así, el ejercicio del derecho de marca debe quedar reservado cuando un tercero use el signo menoscabando algunas de dichas funciones, las cuales, van más allá de la función esencial de permitir que el consumidor conozca la procedencia del producto o servicio, también se encuentra la función de garantizar la calidad, la de comunicación, inversión o publicidad²¹³.

124. No obstante, sin perder de vista lo anterior, pero con el fin de preservar la libre circulación de mercancías en el Espacio Económico Europeo²¹⁴ (en adelante, EEE), hacer efectivo un mercado único y no cercenar la libre competencia, la exclusión que implica el derecho de marca tiene límites y queda reservada a la primera comercialización del producto²¹⁵. De este modo, una vez que el titular o un tercero con su consentimiento comercializa el producto en el EEE implica que decae el derecho de marca a oponerse a la reventa de dicho producto. En otras palabras, el agotamiento europeo del derecho de marca permite que los productos puedan circular libremente entre unos países y otros y que los titulares de las marcas no puedan prohibir en base a su derecho de marca las reventas de productos entre Estados miembros. Cuestión diferente es cuando los productos proceden de terceros países no parte del EEE. En ese caso, el titular de la marca podría oponerse a la importación de sus productos desde países no pertenecientes al EEE designados con su marca. Esto es posible porque en las legislaciones marcarias europeas no se permite el agotamiento internacional. No obstante, habría que atender al caso concreto debido a que no se podrá paralizar una importación paralela que procede de un tercer Estado (por ejemplo, Méjico) de productos que ya se han comercializado previamente en el EEE por el titular de la marca.

Un ejemplo nos permitirá entender mejor las cuestiones jurídicas que suscita el comercio paralelo en relación al agotamiento del derecho de marca. Imaginemos que LUXY BRAND es un conglomerado que posee diferentes marcas de lujo, opera en todo el mundo pero tiene su sede en París, es titular de la marca de la UE, LB. Esta marca es conocida en todo el mundo y LUXY BRAND fabrica todo tipo de productos. Recientemente, el conglomerado parisino se ha dado cuenta de que hay en España un distribuidor

²¹¹ STJUE de 6 de febrero de 2014, C-65/12, *Leidseplein Beheer BV*, ECLI:EU:C:2014:49, apartado 32.

²¹² STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-611/11, *Martin Y Paz Diffusion*, C-611/11, ECLI:EU:C:2013:577, apartado 58.

²¹³ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 32 a 41.

²¹⁴ Este espacio implica el territorio de los países que componen la UE más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

²¹⁵ *Vid.* al respecto, T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, en A. BERCOVITZ (Dir.), *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, 2007, pp. 357-422. Para un trabajo más reciente sobre el agotamiento del derecho de marca *vid.* A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE”, *CDT*, vol.13, nº 2, 2021, pp. 116-131.

que no pertenece a su red oficial que está comercializando cinturones, carteras y gafas de sol originales de su firma sin su consentimiento. LUXY BRAND vende sus productos a través de sus exclusivas y selectas tiendas propias, pero también a través de redes de distribución selectiva. LUXY BRAND considera que esas ventas paralelas en España de sus productos al margen de su red oficial dañan su imagen de marca y deben prohibirse. LUXY BRAND ha investigado y ese producto con su marca LB que se está vendiendo en el mercado español proviene de Bulgaria. Ante este escenario, cabría preguntarse si la firma de lujo podría evitar el comercio paralelo de sus productos entre Estados miembros. En gran medida la respuesta reside en el agotamiento del derecho de marca. Si el derecho de marca está agotado, es decir, ya ha comercializado LUXY BRAND esos productos en el EEE, la regla general es que no podría oponerse a esa reventa desde un punto de vista marcario. Sin embargo, como estudiaremos, el agotamiento del derecho de marca presenta excepciones que se deben tener muy presente y que dan oxígeno a las marcas de lujo para proteger sus marcas a pesar de que el derecho de marca ya se haya agotado.

125. Así, es posible diferenciar tres tipos de agotamiento: i) El agotamiento nacional; ii) El agotamiento europeo; iii) El agotamiento internacional. El alcance del agotamiento es importante para conocer si el titular de la marca puede oponerse a las importaciones paralelas en virtud de su derecho de marca²¹⁶. El agotamiento internacional implica que la primera puesta en el comercio del producto agota el derecho de marca con indiferencia del país del que se trate. Por su parte, el agotamiento europeo tiene lugar cuando el producto designado con un derecho de marca se comercializa en cualquier Estado dentro del EEE. Por último, el agotamiento nacional, se produce cuando el producto es comercializado por primera vez en ese Estado específico. Por lo tanto, el comercio paralelo estaría permitido, restringido o prohibido en función del agotamiento que se adopte. El agotamiento que se sigue en los Estados miembros europeos es el agotamiento europeo del derecho de marca.

126. El origen del agotamiento se deriva de la jurisprudencia del TJUE²¹⁷. Este principio permitió dar solución a la pugna entre la territorialidad del derecho de marca y la libre circulación de mercancías²¹⁸. Posteriormente, el agotamiento se incluyó en la Primera Directiva de Marcas²¹⁹ y en las sucesivas modificaciones que han existido hasta llegar a la Directiva de marcas actual (Directiva (UE) 2015/2436), de ahí que este principio esté incorporado en el derecho de marcas de los Estados miembros (*ad ex.*, art. 36 Ley 17/2001²²⁰). Del mismo modo, en relación a la marca de la UE, el agotamiento se recoge en la actualidad en el art. 15 del RMUE.

B) Los requisitos necesarios para que el agotamiento europeo del derecho de marca concorra

127. El agotamiento del derecho de marca tiene lugar, según la doctrina²²¹ apoyada en las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia sobre la materia²²² cuando concurren dos elementos cumu-

²¹⁶ Sobre el comercio paralelo *vid. ad ex.* C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, Navarra, 2007.

²¹⁷ STJCE de 31 octubre de 1974, C-16/74, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1974:115.

²¹⁸ A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 118.

²¹⁹ Primera Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/107/CEE). DOCE núm. 40, de 11 de febrero de 1989.

²²⁰ Para un comentario sobre este artículo *vid.* P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento del derecho de marca”, en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008, pp. 575-600.

²²¹ *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 59-67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, nº 9, 1992, pp. 41 y ss.; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 371-391; A. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.

²²² Entre muchas *vid. ad ex.* STJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374; STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

lativos. Estos elementos son el argumento clave para el distribuidor independiente que comercializa los productos sin el consentimiento del titular no se considere que vulnera un derecho de marca, estos son: 1) El elemento objetivo; 2) El elemento subjetivo.

- 1) *El elemento objetivo.* Este elemento tendría lugar cuando se produzca la comercialización del producto de forma efectiva en el EEE²²³. El TJUE ha considerado que la importación de las mercancías con la intención de venderlas en el EEE o incluso la oferta de las mismas en su establecimiento o en el de un tercero no implica comercialización del producto²²⁴. Este Tribunal entiende que la venta debe implicar hacer efectivo el valor económico de la marca²²⁵. Así, con el mero hecho de poner las mercancías en el mercado no se está transmitiendo al tercero el derecho a disponer de los productos. La admisión de que el derecho se ha agotado con la oferta del producto podría poner en riesgo la función identificadora de la marca (conocimiento del origen empresarial del producto). Del mismo modo, el transporte de las mercancías tampoco se considera como comercialización del producto a efectos del agotamiento comunitario del derecho de marca²²⁶. Una vez el agotamiento se produce, el titular de la marca tampoco podría evitar que terceros ajenos a su red de distribución oficial y que disponen de los productos con su marca, puedan anunciar al público la comercialización ulterior de los productos²²⁷. Siempre y cuando esos usos no induzcan a confusión respecto del origen o dañen la reputación la marca²²⁸.
- 2) *El elemento subjetivo.* Como se ha señalado, es necesario una primera venta en el EEE, pero ésta debe realizarse por el titular del signo distintivo²²⁹ o por un tercero que cuente con el consentimiento del titular. Cuando es el titular el que comercializa el producto no hay mayor problema respecto a si el consentimiento ha sido prestado. Los problemas aparecen cuando es un tercero el que debe comercializar por primera vez el producto.

128. De los numerosos litigios que han existido en relación al consentimiento del titular del signo cuando la primera comercialización la realiza un tercero, el TJUE ha considerado que el consentimiento existe cuando este ha sido otorgado por el titular bien de forma expresa o bien de forma tácita, pero en todo caso de forma inequívoca²³⁰. Un ejemplo de consentimiento prestado por el titular puede tener lugar cuando la primera comercialización la lleva a cabo un tercero económicamente vinculado con el titular de la marca, como podría ser un licenciario²³¹. De este modo, el consentimiento tácito no se debe dar por supuesto en los siguientes casos²³²:

- 1) Cuando el titular no haya comunicado su oposición de comercializar en el EEE;

²²³ SSTJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374, apartado 26; de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartados 32 y 33, y de 18 de octubre de 2005, C-405/03, *Class International*, EU:C:2005:616, apartado 33.

²²⁴ STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

²²⁵ *Ibidem*, apartado 40.

²²⁶ STJCE de 23 de octubre de 2003, C-115/02, *Rioglass*, ECLI:EU:C:2003:587, apartado 27; STJCE de 9 de noviembre de 2006, *Montex Holdings/Diesel*, C-281/05, ECLI:EU:C:2006:709, apartado 33.

²²⁷ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 36.

²²⁸ *Ibidem*, apartado 59.

²²⁹ A efectos del agotamiento europeo del derecho de marca se considera titular la persona física o jurídica que ha registrado la marca. También se consideraría titular a una empresa perteneciente al mismo grupo del titular de la marca y están económicamente vinculados. *Id.*, STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 34.

²³⁰ STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 45; STJUE de 3 de junio de 2010, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading AG*, C-127/09, ECLI:EU:C:2010:313, apartados 45-48.

²³¹ STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 43; STJUE de 15 octubre 2009, C-324/08, *Makro*, ECLI:EU:C:2009:633, apartado 24.

²³² STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 60.

- 2) Cuando los productos no incluyen indicaciones de prohibición de comercialización dentro del EEE;
- 3) Cuando el titular haya transmitido la propiedad de los productos designados con la marca sin imponer reservas contractuales en lo referente a su posterior comercialización en el EEE.

Uno de los supuestos más controvertidos surge cuando las mercancías deben ser vendidas fuera del EEE, pero el distribuidor/licenciatario infringe esta prohibición y las acaba vendiendo dentro del EEE. Ante esta situación cabría preguntarse si el derecho de marca podría considerarse agotado, por entender que existe consentimiento del titular, a pesar de que este prohíbe contractualmente la venta de las mercancías en el EEE. La solución del Tribunal de Justicia ha sido clara, si el licenciatario infringe el contrato y vende las mercancías dentro EEE cuando las debería comercializarlas fuera del EEE, el agotamiento se habría producido conforme al art. 7.1 de la Directiva 2008/95/CE de marcas (actual art. 15.1 de la Directiva 2015/2436), ya que se considera que ha existido consentimiento²³³. El razonamiento descansa en que la ilegalidad de la infracción de la cláusula de comercializar fuera del territorio estipulado no se deriva del derecho de marca sino de una disposición contractual establecida por las partes, por lo que se trataría de un incumplimiento contractual y no de una infracción marcaria.

129. También otro supuesto relevante en relación con las licencias es respecto a la calidad de los productos designados con la marca y que el licenciatario fabrica y comercializa. Hay asuntos en los que el titular de la marca se ha opuesto al agotamiento del derecho de marca cuando un licenciatario ya había vendido por vez primera los productos en el EEE debido a que consideraba que dichos productos carecían de la calidad suficiente para ser designados con su marca y que no había existido consentimiento en atención al art. 15.1 de la Directiva 2015/2436. Sin embargo, hay que tener presente que si el titular de la marca, el cual tiene posibilidad de controlar la calidad de los productos que fabrica su licenciatario, no pone objeción al respecto y tolera la venta de productos de mala calidad con su marca, posteriormente no podría alegar la prohibición de la reventa de esos productos en base a esa mala calidad y oponerse al agotamiento del derecho de marca²³⁴. No obstante, esto siempre puede tener matices y hay que tener muy presente las disposiciones del contrato de licencia, ya que un contrato de licencia no es un consentimiento absoluto por parte del titular de la marca²³⁵.

130. Para concluir sobre en qué casos un derecho de marca se considera agotado, si concurren estos dos elementos (comercialización y consentimiento del titular), el agotamiento del derecho de marca tendrá lugar y el titular del signo no podría oponerse a la reventa del producto. Su *ius prohibendi* decae. Debido a que el agotamiento del derecho de marca es una limitación del derecho de marca estos dos elementos mencionados deben interpretarse de forma restrictiva²³⁶.

131. En definitiva, el agotamiento del derecho de marca limita el derecho de exclusiva del titular en aras de que la libre circulación de mercancías pueda ser efectiva y evitar así la compartimentación de los mercados nacionales. El hecho de que el titular de la marca sea el primero que introduzca el producto (bien él mismo o un tercero con su consentimiento) en el EEE, permite garantizar la función esencial del signo. Es decir, que el consumidor pueda conocer el origen empresarial del producto.

C) Las excepciones al agotamiento del Derecho de marca

132. El agotamiento de los derechos de propiedad industrial no es ilimitado. Existen causas legítimas que permiten al titular hacer valer su derecho de exclusiva, aunque incluso el producto ya se

²³³ STJCE de 30 de noviembre de 2004, *Peak holding*, C-16/03, ECLI:EU:C:2004:759, apartado 56.

²³⁴ STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 38.

²³⁵ STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 47.

²³⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. PAOLO MENGGOZZI presentadas el 12 de septiembre de 2017, C-291/16, ECLI:EU:C:2017:666, apartado 29.

haya comercializado y el derecho esté agotado. Así se establece en el art. 15.2 de la Directiva 2015/2436 y en el art. 15.2 del RMUE. Esta excepción permitiría que el titular de la marca se oponga a la reventa de su producto en el EEE y podría ser la vía para prohibir la reventa de productos de marca mediante el comercio paralelo.

133. En el citado art. 15.2 RMUE no se recoge una lista *numerus clausus* de causas que son consideradas excepción al agotamiento. De este modo, los motivos legítimos para exceptuar el agotamiento del derecho de marca varían en función del caso concreto²³⁷ pudiendo alegarse cualquier motivo que en atención a las circunstancias lesione la indicación del origen empresarial del producto o, en conexión con la anterior, otras funciones como la calidad o la reputación de la marca.

No obstante, sí que se precisa al menos un motivo tanto en la Directiva como en el Reglamento y es “*la alteración o modificación de los productos tras su comercialización*”. El cambio del paquete o envase de un producto realizado por el importador paralelo ha sido considerado como una modificación del producto y por lo tanto una excepción al agotamiento en diferentes ocasiones²³⁸. Esta podemos decir que es la regla general. El titular de un derecho de marca puede oponerse al cambio del envase o paquete de su producto. Sin embargo, esta regla general se ha modulado a favor de la libre circulación de mercancías en el EEE²³⁹. Así, un importador paralelo podría modificar el paquete o embalaje de un producto si cumple las siguientes condiciones²⁴⁰: 1) Se acredite que esa oposición del titular a la comercialización de los productos reenvasados contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros.;2) El estado original del producto no se ve afectado por el cambio de embalaje; 3) El nuevo embalaje establece claramente quién es el autor del mismo y el fabricante de este;4) La presentación del producto no perjudica la reputación de la marca ni la de su titular;5) El importador avisa al titular de la marca antes de la comercialización del producto reenvasado y además, le proporciona un ejemplar del producto reenvasado.

En el caso de que se cumplan estos cinco criterios el titular de la marca no podría oponerse a un cambio o modificación en el paquete o envase de su producto

Junto con esta excepción sería posible señalar otro motivo que haría renacer el derecho de marca, el cual es de especial relevancia en el asunto que nos ocupa y es el motivo basado en el daño al prestigio y reputación de una marca.

Hay que tener en cuenta que la excepción al agotamiento sólo puede ser invocada por el titular frente a operadores económicos, respecto a mercancías que estén en el mercado y en el contexto de una actividad mercantil²⁴¹. Así, un titular de una marca no podría hacer valer su derecho de marca frente a una persona física que ha comprado un producto de una marca de lujo, lo ha modificado y lo vende en el marco de una actividad privada. Cuestión diferente es cuando esa persona física por el volumen, frecuencia de la actividad y otras circunstancias, se pueda dejar de considerar que actúa en el ámbito privado y que realmente actúa como un operador más en el tráfico económico. En este último supuesto el titular de la marca podrá invocar su derecho de marca.

134. En atención al objeto del presente trabajo, los motivos legítimos de excepción del agotamiento que se van a analizar serían: 1) La modificación del producto; 2) Vínculo que genera el tercero respecto al titular de la marca; 3) El daño a la reputación y al prestigio de la marca.

135. a) La modificación del producto

²³⁷ A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 127.

²³⁸ STJCE de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1978:108; STJCE de 10 de octubre de 1978, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1978:174; STJCE de 3 de diciembre de 1981, *Heher*, as. 1/81, ECLI:EU:C:1981:291; STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C -427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282.

²³⁹ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, “Las importaciones paralelas y el reetiquetado de productos (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16)”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, nº 23, 2018, pp. 1-9.

²⁴⁰ STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C -427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282, apartado 79; STJCE de 22 de diciembre de 2008, C- 276/05, ECLI:EU:C:2008:756, apartado 23.

²⁴¹ STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oreal vs. Ebay*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 54.

136. Como se ha señalado el único motivo legítimo que se recoge de forma expresa tanto en la actual Directiva de marcas como en el RMUE en sus respectivos artículos 15.2 es el relativo a la modificación o alteración del producto tras su comercialización sin autorización del titular de la marca. Y en esa línea, el TJUE lo ha confirmado, y es que el titular de la marca tiene derecho a que el producto llegue al destinatario final tal y como el titular lo introdujo en el mercado²⁴². De este modo, una modificación o alteración del producto que lesionara algunas de las funciones de la marca (no sólo la función identificadora del origen) implicaría una excepción al agotamiento del derecho de marca. Son las circunstancias del caso concreto las que permitirán determinar si verdaderamente existe motivo legítimo que haga renacer ese derecho de marca.

137. Uno de los problemas más recurrentes en la práctica en relación al comercio paralelo y el agotamiento del derecho de marca y la posibilidad de que prospere la excepción de la modificación del producto es en relación al cambio o modificación del paquete o envase. Esto es así porque el cambio del paquete, envase, etiqueta o marca realizado por el importador o distribuidor paralelo ha sido considerado como una “modificación del producto” y por lo tanto una excepción al agotamiento en diferentes ocasiones²⁴³. Esta podemos decir que ha sido la regla general en la primera jurisprudencia del TJUE en la materia. El titular de un derecho de marca podía oponerse al cambio del envase o paquete de su producto en base a su derecho de marca. Esto es así porque estos cambios se consideraba que afectaban al objeto específico del derecho de marca y también a la garantía de procedencia del producto²⁴⁴. Sin embargo, esta regla general se ha ido modulando por el TJUE a favor del comercio paralelo, ya que sin cambio de envase o paquete el comerciante paralelo no podría comercializar el producto en ese mercado²⁴⁵. Actualmente, el titular de una marca no va a poder oponerse al reetiquetado, reenvasado o remarcado de su producto cuando el importador paralelo acredite los siguientes extremos:

- a) *La intención de la compartimentación de los mercados por parte del titular de la marca.* Esto sucede cuando el titular de la marca ha envasado productos idénticos con diferentes embalajes o etiquetas en función del mercado de destino, y además, el cambio del envase por el importador es necesario y no afecta al estado original del producto²⁴⁶. Sobre el importador paralelo no recae la carga de probar que el titular de la marca ha intentado deliberadamente compartimentar los mercados. El importador paralelo lo que debe probar son dos extremos: 1) que el titular de la marca utiliza diferentes embalajes o etiquetas en función del mercado de destino; 2) que el cambio realizado en el paquete o envase es necesario y no afecta al estado original del producto.
- b) *El reenvasado o reetiquetado no afecta al estado original del producto.* El TJUE ha considerado “que los en los casos en los que el titular ha comercializado el producto en un doble embalaje y el reenvasado sólo afecta al embalaje exterior, dejando intacto el embalaje interior, o cuando el reenvasado es controlado por una autoridad pública con el fin de garantizar la integridad del producto” no es posible que se altere el estado original del producto²⁴⁷. Dicha alteración tampoco se produciría en los casos en los que el importador paralelo ha

²⁴² STJCE de 28 de mayo de 1978, as.102/77, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1978:58.

²⁴³ STJCE de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann-La Roche*, as. 102/77, ECLI:EU:C:1978:108; STJCE de 10 de octubre de 1978, *Centrafarm*, as. 3/78, ECLI:EU:C:1978:174; STJCE de 3 de diciembre de 1981, *Eurim-Pharm*, ECLI:EU:C:1981:291; STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282.

²⁴⁴ STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, ECLI:C:2016:857, apartado 14.

²⁴⁵ Hay que tener en cuenta que cada sociedad, cada zona del mundo acepta unos envases y/o paquetes y no otros. La percepción de los envases por el mercado de destino es muy particular y las marcas lo saben. Por ejemplo, la marca de origen alemán Nivea, tuvo que cambiar su envase en forma de lata para que sus productos fueran aceptados como crema para el cuerpo en países como Inglaterra. Una crema para el cuerpo en una lata se concebía en dicho país como betún para los zapatos y no como un producto para el cuerpo. Las marcas adaptan sus botes de perfumes, sus recargas en función casi del país de comercialización. Esto hace que el comerciante paralelo, en ocasiones, deba modificar envases y/o paquetes para que la importación paralela pueda tener éxito.

²⁴⁶ STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 79.

²⁴⁷ STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 60

retirado los blísteres o los frascos del embalaje exterior de origen y los ha colocado en un nuevo embalaje exterior. Al igual que en los casos en los que se coloquen etiquetas autoadhesivas en los frascos, tubos, ampollas o inhaladores, o se añadan nuevos prospectos o folletos informativos al embalaje redactados en la lengua del Estado de importación²⁴⁸. Así, añadir una etiqueta autoadhesiva a un embalaje en una parte donde no se tapa la marca ni ningún otro elemento del embalaje no es un “reenvasado” para el TJUE²⁴⁹.

- c) *El nuevo envoltorio identifica al autor y al fabricante del nuevo embalaje o etiqueta.* El TJUE consideró que el titular de una marca no se puede oponer, en base al art. 7.2 de la primera Directiva de marcas (actual art. 15.2 Directiva 2014/2436) a la comercialización de un producto en cuyo nuevo embalaje aparece como reenvasador la empresa que es titular de la autorización de comercialización del producto y no la empresa que, por encargo, efectivamente reenvasó dicho producto. Al consumidor no se le perjudica ni se le induce a error por el hecho de que aparezca la empresa que ha dado las instrucciones para el cambio y no la empresa que efectivamente ha sido la encargada de realizarlo. Sobre la necesidad de que aparezca el autor del nuevo embalaje²⁵⁰.
- d) *El titular de la marca ha sido avisado de los cambios y se le ha facilitado una muestra del nuevo envase o etiqueta*²⁵¹;
- e) *La nueva presentación del producto no daña la reputación ni la imagen de la marca o la de su titular*²⁵². En el caso de productos farmacéuticos se debe guardar especial cuidado con la forma de presentar el producto. Así, un embalaje defectuoso, de mala calidad o descuidado puede no inspirar confianza en el consumidor. En los fármacos esto es crucial. En estos casos el público es exigente al estar estrechamente relacionados con la salud. De este modo, estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por el importador paralelo cuando modifique el envase, embalaje o etiqueta. El TJUE ha distinguido en qué medida se debía cuidar el envase en función de si el medicamento iba dirigido a los hospitales o se vendía directamente al consumidor. De igual modo, el titular también podrá oponerse a la modificación en los casos en los que las nuevas etiquetas o envases afecten a la imagen de la marca dañando su seriedad y la calidad inherente al producto y la confianza de los consumidores²⁵³. Además, actuaciones del distribuidor paralelo como no incluir la marca en el embalaje exterior, poner su propio logotipo, estilo o presentación en el nuevo embalaje exterior, la adhesión de una etiqueta adicional que oculte total o parcialmente una de las marcas del titular e imprimir su nombre en letras mayúsculas pueden permitir la oposición del titular por perjudicar la reputación del marca²⁵⁴. Sin embargo, en el supuesto de que el distribuidor independiente

Por lo tanto, la oposición al reetiquetado o reenvasado no será posible por el titular del derecho de marca cuando el importador paralelo prueba los criterios anteriores. De este modo, la regla general es que la carga de la prueba recae sobre el importador paralelo²⁵⁵. No obstante, hay aspectos que son difíciles de probar desde la posición que ocupa el comerciante paralelo *ad ex.*, que el reetiquetado o reenvasado no dañe la imagen o reputación de la marca. Así, en estos casos, el TJUE ha considerado que bastaría con que el importador paralelo presentara pruebas suficientes para poder presumir que dicho requisito se cumpliría, recayendo sobre el titular la obligación de probar lo contrario²⁵⁶.

²⁴⁸ *Ibidem*, apartados 61 y 64

²⁴⁹ STJUE de 17 de mayo de 2018, *Junek Europ-Vertrieb*, C-642/16, ECLI:EU:C:2018:322, apartados 35.

²⁵⁰ STJUE de 28 de julio de 2011, *Orifarm y Paranova Danmark/Merck*, C-400/09 y C-207/10, Rec. 2011, p. I-0000, apartado 36. Sobre la necesidad de que aparezca el autor del nuevo embalaje *vid.* FORNI, F, “Il Farmaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamento”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, LII, nº 1-2, 2013, pp. 113-118.

²⁵¹ STJCE de 11 de julio de 1996, *Bristol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 78.

²⁵² *Ibidem*, apartado 76

²⁵³ STJCE de 26 de abril de 2007, *Boehringer II*, C-348/04, EU:C:2007:249, apartado 43; STJCE de 4 de noviembre de 1997, *Parfums Christian Dior*, C- 337/95, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 45

²⁵⁴ STJCE de 26 de abril de 2007, *Boehringer II*, C-348/04, EU:C:2007:249, apartados 45-47.

²⁵⁵ *Ibidem*, apartado 48.

²⁵⁶ *Idem*, apartados 48-54.

138. b) *El vínculo que genera el tercero respecto con el titular de la marca.* Este motivo de excepción al agotamiento tendría lugar cuando el tercero comerciante mediante una comunicación comercial (un anuncio en internet, un *post* en una red social, etc.) dé la impresión de que existe un vínculo entre él y el titular de la marca. En particular, esta situación tendría lugar cuando con sus actuaciones el tercero genere la impresión al consumidor de que ese tercero bien pertenece a la red oficial de distribución del titular de la marca o que existe una relación especial entre ambas empresas²⁵⁷. De este modo, el titular puede hacer valer su derecho de marca una vez agotado debido a que se dañaría la función esencial de la marca en los casos en los que el tercero usa una marca ajena igual o similar a otra registrada como palabra clave en motores de búsqueda y en relación a ese uso que el tercero realiza, el consumidor medio razonablemente atento y perspicaz no puede saber si ese anuncio procede del titular de la marca, de una empresa vinculada con el titular o de un tercero que no guarda ninguna relación con el titular de la marca²⁵⁸.

139. c) *El daño a la reputación y prestigio de la marca.* Otro motivo en el que el titular del signo distintivo puede basarse para alegar la excepción al agotamiento del derecho de marca sería que esa comercialización posterior de los productos por parte del distribuidor paralelo sin su consentimiento dañe la reputación e imagen de marca. Este motivo de dañar el prestigio y reputación de la marca se podría sustentar en algunas de las siguientes actuaciones realizadas por el tercero:

- a) El modo en el que se comercializan los productos.
- b) La forma en la que se hace publicidad de ese producto.

140. En relación a la comercialización de los productos de lujo, los cuales son los que suelen ser objeto principalmente del comercio paralelo, se distribuyen por regla general mediante sistemas muy cuidados, generalmente sistemas de distribución selectiva que permiten proteger el *glamour* y prestigio de la marca²⁵⁹. Así, cabe plantearse si la venta descuidada de un producto de lujo podría implicar un motivo legítimo para que el derecho de marca renaciera conforme al art. 15.2 del RMUE. La base jurídica en la que podría apoyar el titular su argumento sería que tal forma de comercializar parte de su producto tan alejada (*ad ex.*, sin servicio preventa y postventa) de su forma habitual de distribución podría implicar una lesión de su derecho de marca, y por lo tanto que renaciera su derecho, debido a que el consumidor al poder encontrar un producto con su marca así comercializado podría dar lugar a que el consumidor haga asociaciones negativas de su marca y dañe su función reputacional.

No obstante, se deberá atender al caso concreto porque el mero hecho de vender productos de lujo fuera de la red oficial de distribución no implica de forma automática que se dañe la reputación de la marca, siendo necesario atender al caso concreto. El TJUE estableció en el asunto *Dior Couture* de 2009 que la venta fuera de la red puede menoscabar la calidad de los productos de marca, pero para que “la posibilidad de daño” se convierta en un daño real que menoscabe la reputación de la marca es necesario tener en cuenta aspectos como quiénes son los destinatarios de los productos y las condiciones de ese sistema concreto de distribución selectiva²⁶⁰.

141. Al hilo de lo sostenido por el propio TJUE en incontables ocasiones, el tribunal nacional es el que debe comprobar si las circunstancias concretas del caso permiten apreciarlo como motivo legítimo de excepción de agotamiento. Los tribunales españoles en diferentes sentencias han considerado que la comercialización de productos de marca por distribuidores no pertenecientes a la red oficial es un motivo legítimo de excepción del agotamiento contemplado en el art. 36.2 LM debido a que vulnera el prestigio de la marca²⁶¹. Sin embargo, este reconocimiento no significa que la comercialización fuera de

²⁵⁷ STJUE de 8 de julio de 2010, C-558/08, *Portakabin*, ECLI:EU:C:2010:416, apartado 80.

²⁵⁸ *Ibidem*, apartado 81.

²⁵⁹ Sobre este particular, sin carácter exhaustivo, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT), Vol. 11, nº2, pp. 402-413, en particular pp. 403-404.

²⁶⁰ STJCE de 23 de abril de 2009, *Copad SA/Christian Dior couture SA*, asunto C-59/08, *Rec.* 2009, p. I-03421, apartado 58.

²⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2003, *Clarins Paris/Supermercados*

la red en sistemas de distribución selectiva constituya *per se* un motivo legítimo para prohibir las ulteriores comercializaciones de los productos de marca una vez agotado este derecho²⁶². De este modo, las circunstancias del caso son importantes, es decir, los destinatarios de las ventas, su volumen y frecuencia, la naturaleza del producto, la trayectoria del revendedor, es decir, su prestigio, su modo de operar, en definitiva, el establecimiento donde vende el producto, si utiliza servicio preventa y posventa, etc.²⁶³.

142. Respecto a la excepción del agotamiento basada en la lesión de la marca por la publicidad que realiza el distribuidor paralelo señalar que el tercero que comercializa un producto de marca agotado va a estar también facultado para hacer publicidad de dicho producto. Como ya hemos estudiado, el derecho de marca se agota con la primera comercialización y con él también la posibilidad del titular de oponerse a que un tercero realice publicidad de su marca con el fin de revender los productos. De este modo, el TJUE sostuvo en el asunto *Parfums Christian Dior* de 1997 que el titular de la marca no va a poder invocar la excepción del art. 7.2 de la Primera Directiva de marcas (actual art. 15.2 de la Directiva 2436/2015, los cuales se corresponden con el art. 15.2 del RMUE) por el hecho de que el vendedor haga publicidad de los productos mediante las vías específicas de su sector de actividad²⁶⁴, a pesar de que dicha forma de publicitar no se corresponda con la que realizan los distribuidores oficiales de la marca. No obstante, una excepción al respecto tiene lugar cuando el titular de la marca pueda probar que la publicidad que realiza el revendedor independiente menoscabe la reputación de la marca. *Ad ex.* cuando el revendedor coloca la marca en su folleto publicitario junto con otros productos que puede entrañar el riesgo de desvalorizar gravemente la imagen que el titular ha logrado transmitir con su signo en el mercado²⁶⁵. Sin embargo, del mismo modo que se sostenía en el apartado anterior, cuan lujoso y prestigioso sea el producto y el tipo de publicidad realizada por el revendedor será lo que demuestre la necesidad de hacer valer la excepción al agotamiento en función de si dichas actuaciones son aptas o no para menoscabar o degradar la reputación de la marca

- j) En definitiva, para hacer valer este motivo son claves las circunstancias del caso porque son las que permiten hacer factible este motivo o no. Cuanto más lujosa sea una marca más fácil podría ser recobrar el *ius prohibendi*, ya que las técnicas de venta de estos productos son más necesarias para preservar el halo de *glamour* y prestigio.

3. La competencia desleal como vía para combatir el comercio paralelo

143. El titular de la marca y/ o titular de la red de distribución oficial al igual que miembros de la red oficial de distribución pueden emprender acciones contra el revendedor independiente o distribuidor paralelo por considerar que sus actos infringen la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal española (en adelante, LCD)²⁶⁶.

- k) En particular se pueden destacar cinco ilícitos recogidos en el articulado de la l que podrían llevarse a cabo contra el *free rider*. Estos son los siguientes:

Sabeco, núm. 558/2003, (AC 2003/1693), FD 5; Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Secc. 28ª) de 5 de octubre de 2006, *Bulgar y Hevige Distribución S.L/Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, núm. 140/2006, (JUR 2007,54756), FD 3º; Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), *L'oreal y otros/Univexva S.L*, núm. 352/2008 de 14 octubre (JUR 2009,26671), FD 8.

²⁶² STS de 22 de abril de 2006, nº 267/2016, ECLI:ES:TS:2016:1669, FD 6º.

²⁶³ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva...*, p. 188.

²⁶⁴ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 46. *Vid.* P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento...”, pp. 598-600.

²⁶⁵ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 47.

²⁶⁶ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991. Modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009) con el fin de adaptar la LCD a la Directiva 2005/99/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DO L 149, 1 de junio de 2005).

1. *Actos de engaño.* El art. 5.1 de la LCD establece que una conducta es desleal por ser engañosa cuando implica el uso o la difusión de información falsa o incorrecta o la omisión de la verdadera, y lleve a error a los destinatarios de dicha información pudiendo alterar su comportamiento económico en relación a aspectos como la naturaleza, características, modo de fabricación o distribución del bien o servicio, la existencia o no de servicio posventa, entre otros aspectos²⁶⁷.

Un importador paralelo puede inducir a error a los compradores de los productos que revende al margen de la red oficial cuando les hace creer que pertenece a la red oficial, y que por tanto, tienen derecho a un servicio posventa²⁶⁸. Estos actos de engaño pueden ser más frecuentes en la distribución selectiva debido a que los productos que se distribuyen mediante este tipo de distribución son los que suelen requerir de servicios posventa.

Sin embargo, cuando el cliente sea consciente de que no está adquiriendo el producto de un distribuidor oficial, y que el servicio posventa no le va a ser prestado no existe deslealtad en el comportamiento debido a que no existe engaño. Así, si el distribuidor independiente informa de su condición a sus consumidores o si un consumidor razonablemente informado puede deducir fácilmente de la forma de venta de los productos (ausencia de publicidad, características del local o la atención al cliente) que quien se los vende no es un distribuidor oficial no existirá ilícito bajo la LCD²⁶⁹. Para la citada Ley, existe un acto de engaño de acuerdo al art. 5 no sólo si tiene lugar el acto de engaño propiamente dicho sino que además la conducta del importador paralelo debe alterar el comportamiento económico de los clientes²⁷⁰. Es decir, el cliente a consecuencia de la información falsa o veraz que induce a error, decide adquirir los productos del distribuidor independiente y no del distribuidor oficial

2. *Riesgo de asociación.* El art. 6.2 LCD recoge el riesgo de asociación, el que está íntimamente relacionado con los actos de engaño puesto que en ambos se lleva a error al destinatario. La diferencia entre ambos tipos radica en que en el supuesto de en el caso de la asociación, el error se refiere a la identidad del oferente. El ilícito de la conducta está en hacer que el consumidor asocie indebidamente la procedencia de la prestación²⁷¹. En relación al comercio paralelo puede tener lugar el ilícito cuando el *free rider* vende productos de marca de un fabricante en su establecimiento y esos productos contienen una leyenda en el reverso de los productos señalando que los productos únicamente pueden ser vendidos por distribuidores autorizados²⁷². Esto puede hacer que el consumidor asocie erróneamente la procedencia de los productos. No obstante, al igual que en los actos de engaño, un consumidor medianamente informado podría detectar fácilmente que está adquiriendo el producto de un revendedor no oficial por la simple forma de presentación de los productos, la atención y el servicio recibido o los servicios posventa que le ofrece, si es que llega a ofrecerlos. De este modo, si el cliente tiene conocimiento de que no está comprando el producto a un distribuidor oficial no existiría riesgo de asociación.

²⁶⁷ Para un estudio más detallado del artículo 5 LCD *vid.* J.A GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Art. 5 LCD. Actos de engaño”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 118-142; C. LEMA DEVESA, “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en J.A GÓMEZ SEGADÉ/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 355 y ss; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010; A. ZURIMENDI ISLA, “Actos de engaño”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 95 y ss.

²⁶⁸ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 174.

²⁶⁹ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 174.

²⁷⁰ *Vid.* J. A GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Comentario al art. 5 LCD...”, pp. 128 y 131.

²⁷¹ Para un mayor detalle sobre el art. 6 LCD *vid.* M^a. M. CURTO POLO, “Artículo 6. Actos...”, pp. 143-153; V. MAMBRILLA RIVERA, “Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (Incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal)(Y tercera parte)”, *Red*, núm. 6, 2010, p. 75 y ss; J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; M. MONTIAGUDO, “El riesgo de confusión en el Derecho de marcas y en el Derecho contra la Competencia Desleal”, *ADI*, 1993, p. 73 y ss; J. VIERA GONZÁLEZ, “Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal”, *Red*, núm. 6, 2010, p. 153 y ss.

²⁷² *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 173.

3. *Aprovechamiento de la reputación ajena.* El art. 12 LCD establece que es una conducta desleal el aprovechamiento de la reputación ajena²⁷³. Este aprovechamiento nace cuando se saca partido de la reputación como profesional de otro en el mercado. Esto suele materializarse mediante el uso de signos distintivos de otros comerciantes. Es esto lo que sucede en el comercio paralelo de productos de marca. El *free rider* se aprovecha del prestigio de la marca y de la publicidad como estrategia comercial. Aunque en realidad, como sostiene acertadamente C. GÓRRIZ LÓPEZ, dicho aprovechamiento de la reputación ajena es inevitable debido a que la misma va asociada a la marca²⁷⁴. De este modo, cuando el derecho exclusivo de marca está agotado, dicho aprovechamiento no será desleal²⁷⁵. Sin embargo, es interesante la visión del profesor F. CARBAJO CASCÓN que considera que dicho aprovechamiento de la reputación ajena no es inevitable en el caso de la distribución selectiva donde está expresamente prohibida la reventa a terceros ajenos a la red, provocando dicha cláusula la prohibición del comercio paralelo y siendo permitida tal prohibición por las normas de competencia²⁷⁶.

Por otro lado, relacionado con lo anterior, el distribuidor paralelo como comerciante diligente, está en la obligación de saber que la venta de mercancías al margen de la red no está permitida y que, si lo hace, podría ser sancionado por ser un acto contrario a la buena fe (art. 4 LCD). De hecho, es cierto que no es difícil para el distribuidor independiente saber que el comercio paralelo está prohibido para determinados productos, únicamente hay que leer las leyendas de los envases de determinados productos objetos de distribución selectiva en los que se advierte que su comercialización sólo está permitida para distribuidores autorizados²⁷⁷. Esta visión, a pesar de su coherencia y racionalidad, podría carecer de cierto pragmatismo. El conocimiento de los comerciantes paralelos de la prohibición del comercio paralelo y de que sus ventas pueden perturbar una red de distribución es evidente. Pero también lo es que la reputación del empresario es inherente a su marca. El problema radica en que si el derecho de marca está agotado, quizás el ilícito basado en la buena fe se queda un poco corto para conseguir una condena por competencia desleal si no hay ilícito por aprovechamiento de la reputación ajena. No obstante, este artículo 4 LCD también podría ser utilizado para perseguir actos que perturban el prestigio de la marca, como en el caso de productos de alta tecnología o de lujo que son vendidos por comerciantes no cualificados en locales que no se adaptan a las necesidades que requieren dichos productos²⁷⁸.

4. *Inducción a una infracción contractual y aprovechamiento de la misma.* Por un lado, el art. 14.1 LDC señala el ilícito de inducir a otro a incumplir deberes básicos de un contrato. Un claro ejemplo podría ser como el distribuidor independiente induce a un distribuidor autorizado a que no respete la cláusula de no reventa a terceros no autorizados por la red oficial. Por el otro el art. 14.2 LDC en el que se establece que es desleal la inducción a la terminación de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena cuando, siendo conocida, vaya acompañada de circunstancias como el engaño, el ánimo de eliminar a un competidor u otras análogas²⁷⁹. Respecto al comercio paralelo la primera infracción del art. 14.2 LCD no sería relevante, ya que lo que busca el comerciante paralelo no es la finalización de un contrato sino el incumplimiento del distribuidor oficial para poder acceder a

²⁷³ Para una mayor profundización en el art. 12 LCD vid A. ARROYO APARICIO, “Artículo 12. Explotación de la reputación ajena”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 317- 350; E. GALÁN CORONA, “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en A. BERCOVITZ (Coord.), *La Regulación contra la Competencia desleal en la Ley de 10 de enero 1991*, BOE, 1992, p. 91 y ss; J.I RUIZ PERIS, “Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o Reforma no siempre significa mejora”, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, AA VV, J.I RUIZ PERIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13 y ss.

²⁷⁴ Vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 359

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 359-360.

²⁷⁶ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 175.

²⁷⁷ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 175.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 175.

²⁷⁹ Para un estudio más detallado sobre el art. 14 LCD vid. E. M^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Artículo 14. Inducción a la infracción contractual”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 379- 403; J.A GÓMEZ SEGADE/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

las mercancías²⁸⁰. Además, la inducción a la terminación de un contrato es totalmente lícita dentro del correcto funcionamiento del mercado. Es natural que se busque captar clientela o factores de producción de la competencia. El ilícito únicamente tiene lugar cuando las circunstancias que acompañan esa inducción son actuaciones contrarias a la <<buena fe objetiva>>, es decir, se utilice el engaño o malas artes para conseguir la terminación de la relación contractual²⁸¹.

El ilícito del art. 14.1 LCD existe con la mera inducción a la infracción contractual. No es necesario que el inductor consiga su objetivo. Los mayores problemas para que las demandas por infracción de este artículo prosperen es la prueba de la inducción. A pesar de que no se exige prueba plena, ya que puede obtenerse tanto de un dato particular como de un conjunto de circunstancias que rodean una determinada actuación, probar que ha habido tal influencia como para incumplir el contrato puede resultar difícil, especialmente cuando se carecen de documentos que avalen dicha inducción²⁸².

Sin embargo, se puede decir que resulta más sencillo la prueba del aprovechamiento ilícito del comerciante paralelo, si siendo conocida, se acompaña con engaño²⁸³. Un supuesto engaño podría ser cuando el comerciante paralelo se hace pasar por un distribuidor oficial de la red. El aprovechamiento radicaría en el acceso a unos productos que sin esa infracción del contrato por parte del distribuidor oficial no los habría conseguido. Dos serían los aspectos claves de prueba en los que se debería centrar el demandante: 1) que el *free rider* estaba al tanto del incumplimiento del distribuidor oficial. Cuando los productos son identificados mediante códigos numéricos y van acompañados con leyendas que prohíben su reventa a distribuidores no pertenecientes a la red oficial no es muy complicado presumir dicho conocimiento²⁸⁴; 2) la deslealtad del distribuidor oficial. En este supuesto con los métodos que normalmente se utilizan en los sistemas de distribución selectiva -codificación de las mercancías, restricciones en las garantías- el problema de prueba puede que no sea tal.

En los casos en los que el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial considere que se le ha vulnerado su derecho debería acudir a los tribunales haciendo valer la infracción de este junto con la reclamación de actos de competencia desleal. Ante estas reclamaciones, los tribunales españoles solían, tras estimar la infracción marcara, reconocer los ilícitos por competencia desleal²⁸⁵. Este tipo de demandas son habituales en el comercio paralelo de productos de marca al estar tan presentes en el mismo los derechos de propiedad industrial, de un lado, y la lealtad o deslealtad de los comportamientos de los que intervienen, por el otro.

Sin embargo, actualmente existe jurisprudencia al respecto en la que se considera que cuando se estima la infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial, el análisis de los actos de competencia desleal que se invocan no es necesario²⁸⁶. La razón es, que con la estimación de la infracción,

²⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Secc. 1ª) de 22 de enero de 2001, núm. 12/2001, AC 2001/542, en la que se condena a un distribuidor independiente que vendía cosméticos de la marca *Clarins* a indemnizar al titular de la marca y a un distribuidor oficial por los daños y perjuicios que había ocasionado su comportamiento desleal. El tribunal consideró que su comportamiento desleal se derivaba del aprovechamiento en beneficio propio de la infracción contractual ajena (art. 14.2 LCD), del aprovechamiento de la reputación y prestigio de marca ajena (art. 12 LCD) y del riesgo de confusión generado en los consumidores (arts. 6 y 7 LCD) en relación a la reputación y prestigio de los productos pertenecientes a la marca *Clarins*.

²⁸¹ Vid. E. Mª DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Artículo 14...”, p. 387.

²⁸² STS de 11 de julio de 2006, núm. 746, FJ 7 (RJ 2006/4974); SAP de Madrid de 30 de junio de 2008.

²⁸³ Vid. J. MASSAGUER FUENTES, “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises” en Homenaje a H. BAYLOS, *Estudios sobre derecho industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pp. 469-470.

²⁸⁴ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en ...”, p. 177.

²⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2003, *Clarins Paris/Supermercados Sabeco*, núm. 558/2003, AC 2003/1693, FJ 6º en la que tras reconocer una infracción del derecho de marca se reconoce los ilícitos de competencia desleal por actos de engaño (art. 5 LCD), confusión (art. 6 LCD), y explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 28) de 5 de octubre de 2006, *Bulgari Spa y Hevige Distribución S.L./Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, núm. 140/2006 de 5 octubre JUR 2007/54756, FJ 4 donde se reconoce la infracción del derecho de marca junto con la infracción del distribuidor independiente del art. 14.2 por aprovecharse de un incumplimiento contractual del distribuidor autorizado; Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia (Secc. 9ª) de 5 de octubre de 2007, *Perfumes Loewe S.A, Parfums Christian Dior S.A y LVHM iberia S.L./ Grupo Nokitel S.L.*, núm. 252/2007 de 5 octubre AC 2007/2063, que al igual que las anteriores sentencias, se estima la infracción del derecho de marca y además la infracción por actos de competencia desleal que atentan contra los arts. 6, 7, y 12 LCD.Final del formulario

²⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc.8ª) de 14 de diciembre de 2008, *L’Oreal S.A. y otros/ Univexva S.L.*, núm. 352/2008 de 14 octubre JUR 2009/26671, FJ 9, en el que se recoge lo siguiente: “Ningún pronunciamiento hará este

por ejemplo, de un derecho de marca, ya se están reconociendo a su vez diferentes ilícitos de competencia desleal. Dichos actos de competencia desleal, al quedar incluidos dentro del alcance del derecho exclusivo -confusión y asociación, engaño, aprovechamiento de la reputación ajena-, no hace necesario que se vuelvan a analizar en atención a la LCD. Cuestión diferente es que donde no llegan las normas de los derechos de propiedad industrial e intelectual se utilice el Derecho de la competencia desleal. Esto sucede, *ad ex.*, con la inducción a la infracción de un deber contractual básico (art. 14.1 LCD). Se trata de ilícitos que no se recogen en la ley de marcas pero que, de forma subsidiaria, pueden proteger al titular de las mismas. El carácter complementario del derecho de competencia desleal también se puede apreciar cuando determinados comportamientos no vulneran el derecho exclusivo. Así, *ad ex.* el derecho de marca está agotado y sin embargo el comportamiento del distribuidor independiente puede ser desleal²⁸⁷. De este modo, se puede decir que la estimación de la vulneración del derecho de marca convierte en innecesario el análisis de posibles conductas desleales, salvo cuando hagan alusión a otras conductas que no pueden quedar incluidas en la vulneración del derecho exclusivo²⁸⁸.

Esta corriente jurisprudencial cobra especial importancia en lo que a la carga de la prueba se refiere. El esfuerzo probatorio del titular de la marca es menor cuando invoca la infracción del signo distintivo que cuando reclama actos desleales. Mientras que en el supuesto de infracción de una marca, al titular le bastará con demostrar un uso indebido de su signo protegido para interponer una demanda, cuando se demandan actos de competencia desleal tiene el deber de probar dichas infracciones, lo cual como se ha señalado en el apartado anterior, no está exento de dificultad ²⁸⁹.

XIX. Retos futuros de la industria del lujo y consideraciones finales

144. La industria del lujo es una industria económicamente muy potente, las cifras que hemos señalado en el presente estudio así lo reflejan. Es una industria tradicional, donde los valores y la identidad de marca son claves para las empresas del sector, pero al mismo tiempo, persiguen parecer más actuales y cercanas que nunca. Así, se podría afirmar que las empresas del lujo buscan estar presentes en una economía global como la actual. El 2023 fue un año muy positivo en cifras de negocio, de hecho, podrían en estos años postpandemia (2022 y 2023) haber vendido más y haber aumentado sus beneficios, pero entre sus estrategias se encuentra la de retener su crecimiento anual para no crecer un año un 30% y al siguiente un 5%. En 2024 se estimaba un crecimiento en torno al 8%, sin embargo, no ha sido así. La inestabilidad geopolítica a nivel mundial, los vaivenes económicos en algunas áreas del mundo como China, afectada en gran medida por su crisis inmobiliaria y también las subidas de precios generalizadas en casi todos los segmentos de sus productos ha hecho que el lujo (en general, porque hay firmas que sí han crecido en 2024 como Hermès²⁹⁰) se estanque e incluso no crezca como venía siendo lo habitual en la última década.

145. Un aspecto importante a nuestro juicio para entender la industria del lujo actual es su segmentación vertical. Es una industria que se mueve por las ventas y las cifras de negocio que consiguen en cada semestre. Además, es un sector donde la marca juega un papel fundamental. Esto es así porque la marca es una de las claves para transmitir emociones, vehículo de experiencias y también de la comunicación.

Tribunal en relación al segundo motivo de impugnación que se formula por el recurrente ya que, en relación a la existencia de actos de competencia desleal, el planteamiento se formula de forma subsidiaria respecto del primero, de modo que estimado aquél, infracción marcaría, no cabe analizar éste. En el mismo sentido, SSAP de Madrid de 4 de Mayo de 2006, de 11 de enero de 2007 y de 6 de junio de 2007.

²⁸⁷ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...” p. 182.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 182.

²⁸⁹ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en ...”, p. 182.

²⁹⁰ *Vid.* al respecto, <https://www.modaes.com/empresa/hermes-sigue-inmune-a-la-crisis-del-lujo-crece-un-13-y-rebasalos-15000-millones#:~:text=La%20compañía%20ha%20cerrado%20el,lujo%20en%20todo%20el%20mundo>. (consultado el 2 de febrero de 2025)

146. Esta industria a pesar de que se esfuerza por hacerlo muy bien ejercicio económico tras ejercicio económico se enfrenta a retos importantes en los próximos años. Uno de ellos es todo lo relativo a la *circularidad* y a hacer el negocio más sostenible consecuencia de las normas que están entrando en vigor en europea pacto verde europeo²⁹¹.

147. Otro reto es la *digitalización*. A pesar de que la pandemia del año 2020 aceleró la omnicanalidad en el lujo, todavía a día de hoy, muchas firmas tienen aspectos a mejorar para poder llegar a las generaciones más jóvenes.

148. Un desafío también presente es el *cuidado de la marca y evitar su dilución*. La democratización del lujo presenta efectos económicos muy positivos en las cuentas de resultados de estas compañías. Sin embargo, desde el punto de vista de la imagen de marca querer estar presente en tantos segmentos del mercado y llegar a clientes tan diversos plantea retos en cuanto a la imagen de marca. Un exceso de presencia en el mercado, distribuidores oficiales que no siguen las políticas de descuentos que la firma exige, son factores que pueden dañar la imagen de marca y hacer que su aura de glamour y su identidad se vea afectada. Por lo tanto, ese balance entre la venta de lujo accesible y el respeto a la identidad de marca siempre es un aspecto que se estudia a fondo y analiza por estas empresas para evitar cometer errores y dañar el bien máspreciado de las empresas que poseen marcas de lujo.

149. Un elemento clave para conjugar exclusividad y accesibilidad en los productos de lujo es la forma en la que se comercializan sus productos. A lo largo del trabajo hemos apuntado los diferentes canales de venta en los que suelen operar las empresas del sector del lujo. La distribución no es un aspecto cualquiera dentro de las decisiones estratégicas de una firma de lujo. Esto hace que el Derecho entre en escena y en particular, el Derecho de la distribución comercial y el Derecho de la competencia europeo. Además, estas disciplinas jurídicas juegan un papel importante para paliar una de las preocupaciones de las firmas de lujo: el comercio paralelo

150. En definitiva, se puede afirmar que, aunque el comercio paralelo es un fenómeno que, aunque no es reciente, sigue planteando problemas para las marcas de lujo en la actualidad. Un ejemplo de ello ha sido las importaciones paralelas a China o *daigou* al que hemos hecho en el trabajo referencia. La distribución paralela supone una brecha en sus cuidadas redes de distribución y además, en ocasiones, puede vulnerar el prestigio de la marca. No hay muchas máximas fijas y rotundas en atención al comercio paralelo pero sí que pueden destacar tres: 1) el caso concreto que se plantee es importante para determinar si es una actividad lícita o no, tanto desde un punto de vista marcario como de competencia desleal; 2) El comercio paralelo no es ilícito en términos generales en la UE, la libre circulación de mercancías y el agotamiento del derecho de marca lo amparan; 3) Tampoco se parece en nada ni guarda relación al comercio negro, así, el caso concreto es el que determinará si hay alguna excepción en el caso de que el agotamiento del derecho de marca se haya producido. Bien porque el distribuidor paralelo con su forma de vender daña la imagen y prestigio de la marca, bien porque ha modifica o el envase o paquete del producto.

151. Así, desde nuestro punto de vista, si se parte de la perspectiva de la firma de lujo, será importante poder probar en caso de contienda legal que se lleva a cabo una distribución cuidada, selecta, que se tiene una red de distribución blindada en la que se incluyen incluso en los contratos restricciones de competencia, exentas de prohibición en virtud de Reglamento 2022/720, pero al fin y al cabo restricciones, que hacen que la distribución se cuide al máximo y no cualquiera pueda hacerse con los productos de la red. Estos contratos permiten demostrar que hay unas redes de distribución instauradas

²⁹¹ Sobre el pacto verde europeo y la industria de la moda *vid.*, entre la doctrina sin carácter exhaustivo, J.L. QUINTANA CORTÉS, “La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de la Moda*, Aranzadi La Ley, Navarra, 2023, pp. 347-375. ID, “¿Cuáles son los retos regulatorios del sector de la moda en materia de sostenibilidad ambiental?”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *20 cuestiones clave sobre el Derecho de la moda*, Aranzadi La Ley, 2024, pp. 679-705. Sobre sostenibilidad y lujo *vid.* S. ROVAI/M. DE CARLO (editoras), *Made in Italy and the luxury market*. Heritage, sustainability and innovation, Routledge, 2023.

costosas y medidas hasta el último detalle y que si el distribuidor independiente no vende de forma similar a como lo hace la red puede implicar un daño en el prestigio de la marca.

152. Desde la perspectiva del distribuidor paralelo, si en el EEE el derecho de marca está agotado, en principio hay luz verde a su práctica. Lo único que debe ser cuidadoso y poner atención a la venta que realiza para evitar denigrar las marcas objeto del comercio paralelo. También es interesante que informe al consumidor y sea transparente, esto no evita quizás una infracción de marca, pero la transparencia es un punto extra para este tipo prácticas siempre tan opacas.

153. Para concluir, en relación a la pregunta que nos planteábamos en el presente trabajo, si la industria del lujo es una industria multimillonaria que juega a dos bandas, la respuesta es en gran medida, sí. El comercio paralelo es un reflejo. Todavía se fabrica mucho producto accesible y hay un excedente del mismo, y a esto se le añade la comunicación masiva que llevan a cabo las grandes firmas del lujo, nunca han sido tan conocidas como lo son en la actualidad. Generan deseo, y mucho, a millones de personas de todas las edades, sin embargo, aunque estemos en el segmento del “lujo accesible” los productos tienen precios elevados y no todos esos millones de potenciales clientes pueden comprarlos, por lo que el comercio paralelo se convierte en una vía de acceso a producto, ni más ni menos. Mientras que haya producto, brechas en las redes de distribución, diferencia de precio entre mercados y deseo, mucho deseo, seguirá existiendo el comercio paralelo.

Erosionando la asimetría del arbitraje de inversión: hacia un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores

Eroding the asymmetry of investment arbitration: towards a model of environmental obligations for investors

PEDRO J. ARÁNGUEZ DÍAZ

Investigador predoctoral FPU en Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0009-0005-9509-6790

Recibido:03.12.2024 / Aceptado:14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9326

Resumen: El arbitraje de inversión sufre una crisis de legitimidad con críticas respecto a la asimetría inherente al sistema, mayoritariamente conformado por obligaciones de los Estados sin obligaciones de los inversores, y la aparente incapacidad del arbitraje de inversión para lograr una función compensatoria respecto a los daños medioambientales causados por los inversores. Una solución conjunta a ambas críticas es el diseño y búsqueda de un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores y un mecanismo procedimental para su adjudicación en el arbitraje de inversión. La viabilidad de esta propuesta de reforma exige un estudio sistemático de los diferentes elementos necesarios a nivel sustantivo y procesal dentro del marco jurídico del arbitraje de inversión.

Palabras clave: arbitraje de inversión, obligaciones medioambientales, sostenibilidad, acuerdos internacionales de inversión.

Abstract: Investment arbitration suffers from a legitimacy crisis with criticisms regarding the inherent asymmetry of the system, mostly comprised of State obligations without investor obligations, and the apparent inability of investment arbitration to achieve a compensatory function with respect to environmental damage caused by investors. A joint solution to address both criticisms is the design and pursuit of a model for environmental investor obligations and a procedural mechanism for their adjudication in investment arbitration. The feasibility of this reform proposal requires a systematic study of the different elements needed at the substantive and procedural level within the legal framework of investment arbitration.

Keywords: investment arbitration, environmental obligations, sustainability, international investment agreements.

Sumario: I. Introducción. II. La situación inicial de asimetría del arbitraje de inversión y la licencia social del inversor en la legitimación del sistema. III. La búsqueda de las obligaciones de los inversores en el derecho internacional. 1. El acuerdo internacional de inversión. 2. Otras fuentes del derecho internacional. IV. La aplicabilidad de las obligaciones de los inversores en el derecho interno. 1. Incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión. 2. Cláusula paraguas. 3. Cláusula

*Miembro de la Climate Strategic Initiative UC3M. Abogado (Madrid) y Attorney-at-law (Nueva York). Este artículo es parte del proyecto de investigación TED2021-130293B-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

de ley aplicable. V. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en materia de obligaciones medioambientales de los inversores. 1. Cláusula explícita. 2. Cláusula general de resolución de disputas. 3. Reglamento de arbitraje. 4. Consentimiento explícito del inversor. VI. El requisito adicional del nexo entre la reconvención y la demanda. 1. Nexo legal. 2. Nexo fáctico. VII. Dificultades adicionales para el cumplimiento efectivo de las obligaciones medioambientales del inversor. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La relación del arbitraje de inversión con la transición sostenible es compleja. El debate hasta ahora se ha centrado, principalmente, en la interposición que aparentemente ejercen los acuerdos internacionales de inversión sobre la potestad estatal para adoptar políticas de transición ecológica. Bajo dicho enfoque, el argumento es siempre defensivo y perpetúa la asimetría que obliga al Estado a defenderse de los inversores, sin poder beneficiarse de las ventajas que otorga el arbitraje de inversión para exigir responsabilidades a los inversores por daños medioambientales provocados al Estado receptor y relacionados con la inversión. El presente trabajo proporciona un cambio de perspectiva para paliar esta laguna y otorgar un plano de igualdad, cuestionando la posibilidad de que existan obligaciones medioambientales para los inversores.

2. La crisis de legitimidad del arbitraje de inversión motiva el diseño de una propuesta de reforma concreta que aborde las críticas de asimetría e impacto ecológico. Para ello, se identifican potenciales vías argumentativas y los principales elementos jurídicos a modificar, centrándose en la potencial fuente de obligaciones medioambientales para los inversores, la jurisdicción de los tribunales arbitrales para considerar las cuestiones medioambientales y el mecanismo procesal válido para hacer valer dichas obligaciones. La evolución del arbitraje de inversión permitiría reivindicar sus ventajas como sistema de resolución de disputas neutral, especializado, sofisticado y eficaz. La adopción de esta reforma presenta igualmente una oportunidad para superar la percepción hostil hacia el arbitraje de inversión desde posiciones ecologistas y demostrar su utilidad en la transición sostenible.

II. La situación inicial de asimetría del arbitraje de inversión y la licencia social del inversor en la legitimación del sistema

3. El arbitraje de inversión vive una crisis de legitimidad.¹ Las críticas al sistema son de diversa índole, pero suelen compartir preocupación por la seguridad jurídica y coherencia en los laudos, la independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, la transparencia, y, de forma destacada, la integridad de la soberanía estatal para proteger el interés público.² La falta percibida o real de evolución del sistema de arbitraje de inversión ante estos fallos está provocando una intensificación de las críticas, abandonando intentos de reforma y optando por argumentos escépticos respecto a la existencia del propio sistema y su justificación jurídica, histórica e ideológica.³

4. El debate sobre el arbitraje de inversión se ha institucionalizado en distintos foros. Destaca el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.⁴ El Grupo de Trabajo III realiza una amplia labor de diálogo entre

¹ P.N. REISS, “The Good, the Bad and the Not Necessarily Ugly Future of Investor State Arbitration. What will become of the investor-state dispute settlement?”, *Iurgium*, n° 49, 2024, p. 9.

² M. DOUTZAUER, *The Popular Legitimacy of Investor-State Dispute Settlement: Contestation, Crisis and Reform*, Routledge, 2023, p. 51-74.

³ F. ZARBIYEV, “‘There are my principles. If you don’t like them I have others.’ On justifications of foreign investment protection under international law”, *Journal of International Economic Law*, n° 23, pp. 525-541.

⁴ E. FERNÁNDEZ MASÍÁ y M. SALVADORI, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 12, 2020, p. 204.

Estados, inversores y expertos que abarca de forma completa distintas propuestas de reforma y responde a estas críticas.⁵

5. Salvaguardar la propia existencia del arbitraje de inversión, evitando la abolición del sistema, exige reformarlo ante el panorama internacional hostil a su existencia. El arbitraje de inversión merece ser conservado porque tiene virtudes únicas que le otorgan gran potencial como un sistema neutral y eficiente de resolución de disputas, conformado por una comunidad internacional de profesionales con un elevado grado de especialización y sofisticación, para proteger a los inversores de conductas arbitrarias, discriminatorias o ilegítimas.⁶ Las críticas deben ser además contextualizadas ante la opción alternativa de abolición del sistema arbitral de inversiones, opción que corre el riesgo de politizar el sistema especialmente cuando conciernen a jurisdicciones con un frágil Estado de derecho o cuando las disputas hieren la sensibilidad de la soberanía nacional.⁷

6. La labor de reforma es extensa y ha sido ampliamente discutida por la literatura académica. En el momento actual de cambio, las aportaciones de valor exigen un análisis individualizado de problemas concretos. Por ello, frente a las diversas discusiones sobre la legitimidad del arbitraje de inversión, el presente trabajo se centra en dos líneas de crítica de especial interés: la asimetría del sistema y las consideraciones medioambientales en el mismo.

7. La asimetría en el arbitraje de inversión existe en tres planos. La primera asimetría es inherente al sistema puesto que este está conformado mayoritariamente por obligaciones de los Estados sin obligaciones de los inversores.⁸ La segunda asimetría, consecuencia lógica de la primera, es el uso unilateral del arbitraje de inversión por parte de los inversores contra los Estados, con nula o reducida capacidad de los Estados de utilizar el mismo sistema para obtener compensación por daños de los inversores.⁹ Finalmente, pueden existir asimetrías de poder entre inversores y Estados que se reflejan en diversas fases desde la negociación hasta la defensa en el procedimiento, particularmente cuando son Estados en vías de desarrollo.¹⁰

8. De forma añadida y vinculada a esta alegada asimetría, otra preocupación relevante es el contraste entre el potencial efecto disuasorio o paralizador que pueden ejercer los acuerdos internacionales de inversión sobre las políticas de transición ecológica del Estado, por un lado, y la aparente incapacidad del arbitraje de inversión para lograr una función compensatoria respecto a los daños medioambientales causados por los inversores en el Estado receptor, por otro lado.¹¹ Los tribunales arbitrales en las disputas de inversión, a pesar de no ser concebidos inicialmente como órganos adjudicadores en materia medioambiental, han acabado inevitablemente confrontados con la sostenibilidad e incluso discutiendo la “licencia social” del inversor y la responsabilidad social corporativa que debe ejercer.¹²

⁵ Véase, p.j., CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones de 12 de febrero de 2024, Doc A/CN.9/1161, p. 2.

⁶ S.W. SCHILL, “In Defense of International Investment Law”, en M. BUNGENBERG et al. (Coords.), *European Yearbook of International Economic Law*, Nueva York, Springer, 2016, p. 336.

⁷ Vid., C.N. BROWER y S. BLANCHARD, “What’s in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 52, 2014, pp. 719-759.

⁸ M. SATTOROVA y O. VYTIAGANETS, “Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities”, en D. BEHN, O.K. FAUCHALD y M. LANGFORD (Coords.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 501-530.

⁹ A. ARCURI, “The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration”, en L. SACHS, L. JOHNSON y J. COLEMAN (Coords.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹⁰ M. SATTOROVA y O. VYTIAGANETS, “Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities”, en D. BEHN, O.K. FAUCHALD y M. LANGFORD (Coords.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 501-530.

¹¹ M. FERMEGLIA, “Adjudicating Environmental Matters Before Investor-State Dispute Settlement Tribunals: A Question of Legitimacy”, en G. ANTONELLI et al., *Environmental Law Before the Courts: A EU-US Narrative*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 325-342.

¹² Opinión parcialmente disidente del profesor Philippe Sands QC de 12 de septiembre de 2017, Caso CIADI N° ARB/14/21,

9. Una solución conjunta a ambas críticas, la asimetría y la compensación por degradación medioambiental, es el diseño y búsqueda de un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores y un mecanismo procedimental para su adjudicación en el arbitraje de inversión. A nivel sustantivo, la existencia de obligaciones de los inversores en el derecho internacional o interno recrea un panorama más igualitario de obligaciones entre Estado receptor e inversor.¹³ A nivel procesal, la posibilidad de plantear una demanda reconvenzional del Estado receptor ofrece un mecanismo para la resolución de las controversias relativas a las obligaciones medioambientales del inversor dentro del sistema del arbitraje de inversión.¹⁴ La viabilidad de esta propuesta de reforma exige un estudio sistemático de los diferentes elementos necesarios a nivel sustantivo y procesal dentro del marco jurídico del arbitraje de inversión.

III. La búsqueda de las obligaciones de los inversores en el derecho internacional

10. El arbitraje de inversión opera mayormente como sistema de resolución de disputas en el ordenamiento jurídico internacional. Consecuentemente, una forma directa de establecer una obligación para el inversor relativa al medio ambiente es basarla en el propio derecho internacional. Podemos distinguir dos clases de obligaciones de este tipo en el derecho internacional, según su fuente: las obligaciones que provienen del acuerdo internacional de inversión y las obligaciones que provienen de otras fuentes del derecho internacional.

1. El acuerdo internacional de inversión

11. Los acuerdos internacionales de inversión históricamente no han incluido obligaciones de carácter medioambiental pero existe una tendencia creciente a incluir estas obligaciones en los acuerdos. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha observado que en las nuevas generaciones de acuerdos internacionales de inversión esta tendencia es especialmente destacable respecto a las obligaciones relativas al cambio climático y la transición a una economía neutra en emisiones de carbono.¹⁵ El desarrollo en materia climática viene acompañado, paralelamente, con obligaciones de derechos humanos en los acuerdos internacionales de inversión para integrar sostenibilidad social y medioambiental en línea con el avance en materia de responsabilidad corporativa.¹⁶

12. Es relevante distinguir cómo incorporan los acuerdos internacionales de inversión las cuestiones medioambientales, pues existen dos modalidades dentro de los acuerdos internacionales de inversión y cada una de ellas conlleva un resultado distinto. En primer lugar, se pueden considerar cuestiones de carácter medioambiental a través de la potestad del Estado para ejercer su potestad reguladora medioambiental, sin que los acuerdos internacionales de inversión perjudiquen dicha potestad. Esta vía clarific

Bear Creek c. Perú, párrs. 6-38; V. KORZUN, “Enforcing Soft Law in International Investment Arbitration”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, nº 56, 2023, pp. 33-60.

¹³ B. MCGARRY, “The Protection of the Environment Through Inter-State Arbitration”, en E. SOBENES, S. MEAD y B. SAMSON (Coords.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Nueva York, Springer, 2022, pp. 99-120; X. SHAO, “Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law”, *Journal of International Economic Law*, nº 24, 2021, pp. 157-179.

¹⁴ A.E. ALVARADO-GARZÓN, *Environmental Counterclaims in Investment Arbitration*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 11-74; C. DE STEFANO, “Equality and Asymmetry in Treaty-Based Investment Arbitration: Counterclaims by Host States”, en D. AMOROSO et al. (Coords.), *More Equal than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law*, La Haya, Asser Press, 2022.

¹⁵ CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Doc UNCTAD/DIAE/INF/2022/2, “International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments”, p. 11.

¹⁶ P. DUMBERRY y G. DUMAS-AUBIN, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BIT”, en K.P. SAUVANT (Coord.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 569.

que el Estado puede adoptar medidas para proteger el medio ambiente aunque perjudique al inversor y por tanto opera como una defensa ante las reclamaciones de los inversores. En segundo lugar, se pueden concebir las cuestiones medioambientales a través obligaciones específicas para el inversor respecto al medio ambiente que permitirían formar la base para una reconvencción del Estado contra el inversor.¹⁷

13. Sin embargo, estas dos vías son muy distintas y no generan los mismos efectos. Los tribunales arbitrales han rechazado admitir reconvencciones del Estado en base a provisiones del acuerdo internacional de inversión que permitían al Estado establecer regulación medioambiental, clarificando que su redacción no establecía obligaciones afirmativas para los inversores. En el caso *David Aven y Otros c. República de Costa Rica* el tribunal analizó el artículo 10.11 del Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA que establecía: “*Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental*”, junto con disposiciones análogas.¹⁸ El tribunal consideró que dicho precepto contenía un lenguaje neutro, no establecía ninguna obligación para el inversor porque solo se refería a medidas del Estado. Por tanto, la infracción por parte del inversor de la regulación medioambiental del Estado no podía considerarse una infracción del acuerdo internacional de inversión en sí y se rechazó la reconvencción en base a este argumento.¹⁹

14. Sí existen provisiones medioambientales del acuerdo internacional de inversión dirigidas al inversor, y no al Estado, pero no todas las cláusulas a este respecto establecen obligaciones vinculantes para los inversores. Numerosos acuerdos internacionales de inversión solo consideran el medio ambiente en su preámbulo o similares, de forma ambigua, sin obligaciones específicas. Proliferan también el uso de cláusulas generales de responsabilidad social corporativa, cuyo nivel de vinculación y contenido son discutibles.²⁰

15. Las obligaciones medioambientales que sí son vinculantes para los inversores pueden tener un contenido muy diverso. El Código Panafricano de Inversiones ejemplifica diversas obligaciones de este tipo, al establecer en su artículo 23.1 una prohibición respecto a la explotación o uso de los recursos naturales en detrimento de los derechos e intereses del Estado, e imponer en su artículo 22.3 una obligación de realizar la inversión con miras a un desarrollo sostenible del Estado.²¹ El Código Panafricano de Inversiones inspira la redacción de diversos acuerdos internacionales de inversión para imponer estas obligaciones en diversas regiones del continente africano.²²

16. La obligación de realizar una evaluación del impacto medioambiental también es especialmente relevante y útil para la transformación de los acuerdos internacionales de inversión. Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Marruecos y Nigeria de 2016 establece en su artículo 14.3 que “*los inversores, sus inversiones y las autoridades del Estado receptor aplicarán el principio*

¹⁷ M. NUNES MEDEIROS DE SOUZA, “Are Counterclaims in Investment Treaty Arbitration an Effective Tool to Protect the Environment?”, *Transnational Dispute Management*, n° 5, septiembre 2023, pp. 13-14.

¹⁸ Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América de 5 de agosto de 2004, art. 10.11.

¹⁹ Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 743.

²⁰ Acuerdo entre Canadá y Mongolia para la promoción y protección de inversiones de 8 de septiembre de 2016, art. 14; Tratado sobre promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República Argentina y Qatar de 11 de junio de 2016, art. 12; Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Corea de 10 de junio de 2010, art. 13.6. Véase también F. MARISI, *Adaptability of Investor-State Arbitration*, Nueva York, Springer, 2023, pp. 71-74.

²¹ Código Panafricano de Inversiones de 31 de diciembre de 2016, arts. 22.3, 23.1.

²² I. ALI GADDAYE, *Desarrollo y redacción del Código Panafricano de Inversiones: Un enfoque jurídico de un fenómeno económico*, Nuestro Conocimiento ed., 2021; M. Moïse Mbengue y S. Schacherer, “The ‘Africanization’ of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime”, *The Journal of World Investment & Trade*, n° 3, 2017, pp. 414-448.

de cautela en su evaluación del impacto ambiental y en las decisiones que adopten en relación con una inversión propuesta, incluida cualquier mitigación necesaria o planteamientos alternativos del principio de cautela por parte de los inversores y las inversiones se describirán en la evaluación del impacto ambiental que realicen”.²³ Esta obligación eventualmente se concreta, para industrias altamente contaminantes, en un plan para reducir emisiones e impacto ambiental, y para todos los sectores, en la identificación y mitigación de los daños al ecosistema para impedir destruir la resiliencia y adaptación natural del ecosistema al cambio climático.

17. Finalmente, mediante obligaciones con referencias genéricas al respeto del derecho internacional, el acuerdo internacional de inversión puede incorporar por referencia fuentes clave en materia climática y medioambiental como el Acuerdo de París y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En el último estudio de la UNCTAD, entre los 347 IIAs de nueva generación firmados aproximadamente en la última década, solo 17 de ellos incorporan para los inversores las obligaciones del derecho internacional del medio ambiente, si bien cada vez es más común la inclusión de este tipo de obligaciones.²⁴ Un problema adicional es que estos instrumentos establecen obligaciones muy generales y diseñadas para los Estados, que pueden ser difíciles de traspasar a los inversores sin más grado de especificidad, por ejemplo, respecto a cómo el inversor pretende limitar su contribución individual al calentamiento global para no superar el aumento de 2°C.

18. Aunque el actual panorama de acuerdos internacionales de inversión sufre una escasez de preceptos dedicados de forma efectiva al medio ambiente, la tendencia es la inclusión creciente de los mismos. Los preceptos deben referirse a las obligaciones de los inversores y no solo a la potestad regulatoria del Estado. Dentro de los acuerdos que sí establecen obligaciones medioambientales para los inversores, estas deben ser vinculantes y concretas. En los casos presentes y futuros en los que exista un acuerdo internacional de inversión con estas características, dichas obligaciones conforman la base más sólida para reclamar la responsabilidad del inversor en el arbitraje de inversión.

2. Otras fuentes del derecho internacional

19. Incluso si no existen obligaciones medioambientales de forma explícita en el acuerdo internacional de inversión, las obligaciones del inversor también podrían provenir de otras fuentes del derecho internacional.²⁵ La aplicación del derecho internacional dependerá eventualmente de la cláusula de derecho aplicable presente en el acuerdo internacional de inversión. El acuerdo internacional de inversión puede contener una cláusula donde recoja como derecho aplicable los principios generales del derecho internacional, como ocurrió en el caso *Urbaser c. Argentina* donde una cláusula de esta naturaleza permitió al tribunal considerar los principios generales del derecho internacional como aplicables a la controversia, tal y como se desarrollará posteriormente.²⁶

20. Ante la ausencia de una cláusula de derecho aplicable en el acuerdo internacional de inversión, para dilucidar si el tribunal podría considerar otras fuentes de derecho internacional se debe acudir a las convenciones y reglamentos que rigen el procedimiento arbitral. En el contexto de los arbitrajes ante el CIADI, el artículo 42.1 del Convenio del CIADI establece que “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”. Otros

²³ Acuerdo recíproco de promoción y protección de las inversiones entre el Reino de Marruecos y la República Federal de Nigeria de 3 de diciembre de 2016, art. 14.3.

²⁴ CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Doc UNCTAD/DIAE/INF/2022/2, “International Investment in Climate Change...”, op. cit., pp. 3-4.

²⁵ B. CHOUDHURY, “Investor Obligations for Human Rights”, *ICSID Review*, n° 2, 2020, p. 82.

²⁶ Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1200.

reglamentos arbitrales siguen la tendencia del derecho internacional privado de proporcionar flexibilidad a los tribunales arbitrales, por ejemplo el artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que establece que “*El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada*”.

21. Adicionalmente, dado que el acuerdo de inversión es un acuerdo internacional, su interpretación está sujeta a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La Convención establece que para la interpretación de los tratados deberá tener en cuenta, junto con el contexto, “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”.²⁷ El arbitraje de inversión ha considerado dicha provisión de plena aplicación a los acuerdos internacionales de inversión y una vía de entrada de obligaciones del derecho internacional para los inversores.²⁸ Una vez que se cuenta con una base y legitimación para la posible aplicación del derecho internacional al arbitraje de inversión, todavía quedaría dilucidar, conforme a la flexibilidad característica del arbitraje, si el tribunal debería aplicar a la controversia ciertas normas de derecho internacional que no están explícitamente en el acuerdo internacional de inversión; es decir, si estas normas son “apropiadas” en el caso concreto.

22. Por tanto, el tribunal arbitral debería identificar las normas o principios de derecho internacional que se pueden convertir en obligaciones concretas de protección medioambiental. Una primera línea en expansión en este sentido pretende incorporar la protección medioambiental en el campo de los derechos humanos. Un supuesto derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho presente en algunas constituciones nacionales y algunos acuerdos regionales, debatido desde hace tiempo en la doctrina, y que ha sido reconocido internacionalmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2022.²⁹ El derecho a un medio ambiente sano incluye elementos tanto procesales como sustantivos.³⁰ El nuevo reconocimiento por parte de las Naciones Unidas de este derecho sirve, en última instancia, como reconocimiento de la necesidad de responder al cambio climático, la degradación medioambiental, la pérdida de biodiversidad, etc., y como oportunidad para seguir desarrollando la jurisprudencia en materia de derechos medioambientales de manera coherente.³¹

23. La aplicación internacional y el alcance de este derecho todavía no están claros ni consolidados. Sin embargo, en lugar de reconocer un derecho separado al medio ambiente, se han reinterpretado otros derechos humanos ya existentes para dotarlos de una dimensión medioambiental y por tanto ecologizar estos derechos humanos, instrumentalizándolos en la lucha contra el cambio climático y otras consecuencias derivadas de la contaminación.³² Estos derechos humanos “verdes” incluyen, principalmente, el derecho a la vida y el derecho la vida privada y, en menor medida, el derecho a la salud, a la tierra y a la cultura, en particular con respecto a las culturas indígenas.³³ El Tribunal Europeo de Derechos Hu-

²⁷ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, art. 31.3(c).

²⁸ Laudo del CIADI de 24 de octubre de 2011, Caso n° ARB/07/31, *Hochtief c. Argentina*, párr. 26; E. SHIRLOW y K. NASIR GORE, *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes*, Wolters Kluwer, 2022, pp. 3-22.

²⁹ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de 19 de julio de 2018, Doc. A/73/188, párr. 37; Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 76/300 de 26 de julio de 2022, Doc. A/76/L.75; L.E. RODRÍGUEZ-RIVERA, “The Human Right to Environment in the 21st Century: A Case for its Recognition and Comments on the Systemic Barrier it Encounters”, *American University International Law Review*, n° 34, 2018, p. 145

³⁰ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas..., op. cit. Véase también OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Mapping Report” (www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/mapping-report) (consultado el 9 de junio de 2024),

³¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 76/300 de 26 de julio de 2022..., op. cit.; Informe del Relator Especial de Naciones Unidas..., op. cit., párr. 39.

³² M. ORELLANA, “Quality Control of the Right to a Healthy Environment” en J.H. KNOX y R. PEJAN (Coords.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 176. Véase también Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2023, *Habitantes de La Oroya c. Perú*, pp. 46-62.

³³ J.H. KNOX, “Constructing the Human Right to a Healthy Environment”, *Annual Review of Law and Social Science*, n° 16, 2020, p. 84; C. RENGLLET, “The Recognition of the Special Relationship of Indigenous Peoples with their Environment under

manos ya reconoció en 2022 que la contaminación atmosférica afecta a la salud y calidad de vida de los ciudadanos y por tanto infringe el derecho a respetar la vida privada, derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁴ Recientemente, en 2024, el TEDH en el caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* ha afianzado esta tesis de la protección medioambiental a través de los derechos humanos con particular importancia del artículo 8.³⁵

24. Una segunda línea pretende buscar la protección medioambiental en el derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que forma parte del derecho internacional consuetudinario la obligación de realizar una evaluación del impacto medioambiental cuando una actividad empresarial pueda generar daño medioambiental transfronterizo.³⁶ Una tercera vía para proteger el medio ambiente a través del derecho internacional es a través de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La Comisión de Derecho Internacional ha considerado en 2022 la protección del medio ambiente como una norma de *ius cogens*.³⁷

25. Todos estos avances en la interpretación del derecho internacional, alineándolo y transformándolo hacia la protección del medio ambiente, pueden tener impacto en las obligaciones de los inversores. Si bien el derecho internacional tiene como sujeto a los Estados, el sistema peculiar del arbitraje de inversión permite que estas obligaciones de derecho internacional también sean aplicables, cuando sea apropiado y dependiendo del caso, a los inversores. El tribunal en *Aven c. Costa Rica* razonaba que “*Es cierto que la aplicación del derecho ambiental corresponde principalmente a los Estados, pero no puede admitirse que un inversionista extranjero no pueda estar sujeto a las obligaciones del derecho internacional en esta materia*”.³⁸ El tribunal en el caso de *Urbaser c. Argentina* fue contundente al afirmar que “*ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional*” y por tanto el acuerdo internacional de inversión “*debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos*”.³⁹ El mismo tribunal consideró además que “*las normas imperativas del derecho internacional general (ius cogens) son otro ejemplo, en la medida en que puedan ser de interés en una diferencia relativa a inversiones*”.⁴⁰

26. En definitiva, incluso ante la falta de obligaciones explícitas en el acuerdo internacional de inversión, los inversores podrían tener obligaciones mediante otras fuentes del derecho internacional, por la cláusula de derecho aplicable del acuerdo internacional de inversión e incluso ante el silencio o la ausencia de la misma. Conforme el derecho internacional evoluciona e incorpora la protección del medio ambiente, los inversores quedan expuestos al riesgo de que los tribunales arbitrales consideren estas obligaciones extensibles a los inversores, lo cual otorga una oportunidad a la demanda reconventional del Estado.

International Law: A Potential Advantage in Climate Litigation?”, *International Journal on Minority and Group Rights*, n° 29, 2022, p. 729.

³⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2022, n° 31612/09, *Pavlov y otros c. Rusia*.

³⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, n° 53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*; M. ZABALLOS ZURILLA, “¿Un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva contra el cambio climático?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 50, 2024, p. 213; S. GONZÁLEZ MERINERO y P. MORENO-CERVERA DE LA CUESTA, “El derecho a un medioambiente adecuado como un derecho humano: consideraciones a propósito de los últimos litigios climáticos en el TEDH”, *Climate Strategic Initiative*, 21 de mayo de 2024 (<https://climate.uc3m.es/2024/05/21/el-derecho-a-un-medioambiente-adecuado-como-un-derecho-humano-consideraciones-a-proposito-de-los-ultimos-litigios-climaticos-en-el-tedh/?lang=es>) (consultado el 9 de junio de 2024).

³⁶ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010, caso *Pulp Mills (Argentina c. Uruguay)*, párr. 204.

³⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Quinto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, Doc A/CN.4/747, 17 de enero de 2022, párr. 220.

³⁸ Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 737.

³⁹ Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párrs. 1195-1200.

⁴⁰ *Id.* párr. 1203.

IV. La aplicabilidad de las obligaciones de los inversores en el derecho interno

27. El derecho medioambiental suele pertenecer al ordenamiento jurídico propio de cada país, y la regulación en cuestiones de emisiones, deforestación y biodiversidad, por ejemplo, está en claro aumento siguiendo la ratificación de acuerdos internacionales que promueven que cada Estado adopte regulación para una mayor protección medioambiental y las iniciativas propias de cada jurisdicción en la materia. Los inversores podrían estar sujetos a estas normas nacionales. Para que dichas normas puedan ser la base de una demanda reconvenional del Estado en el marco del arbitraje de inversión, existen diversas alternativas: incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión, cláusula paraguas en el acuerdo internacional de inversión, y cláusula de ley aplicable en el acuerdo internacional de inversión.

1. Incorporación explícita en el acuerdo internacional de inversión

28. El acuerdo internacional de inversión puede incorporar referencias concretas al derecho interno que formen la base de una obligación de los inversores de respetar el ordenamiento jurídico nacional. Algunos acuerdos internacionales de inversión explícitamente contemplan la opción de que estas normas nacionales formen la base para una demanda reconvenional del Estado en el arbitraje de inversión. Por ejemplo, el artículo 14.3 del TBI entre Irán y Eslovaquia de 2016 el cual establece que el demandado puede formular una reconvenición alegando que “*el demandante no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente Acuerdo de respetar la legislación del Estado de acogida*”.⁴¹ Dichas cláusulas, pese a ser poco comunes, establecen la vía más directa y sólida para determinar que las normas nacionales pueden ser fuente de obligaciones en el acuerdo internacional de inversión sobre las que basar una demanda reconvenional.

29. En otras ocasiones, el acuerdo internacional de inversión puede tener referencias a la obligación del inversor de cumplir el ordenamiento jurídico nacional pero se podría argumentar si estas obligaciones se elevan al plano del derecho internacional en el acuerdo internacional de inversión para poder ser resueltas en el sistema de arbitraje de inversión. Por ejemplo, el artículo 11.1.i) del Modelo de TBI de India de 2015 establece de forma amplia una obligación para los inversores de “*cumplir todas las leyes, reglamentos, directrices administrativas y políticas*” del Estado de acogida.⁴² Dado que el inversor, sin esta cláusula, estaría igualmente sometido al ordenamiento jurídico de ese país al operar en él, se podría interpretar que las partes no introducirían una redacción redundante del acuerdo internacional de inversión de forma que no tenga ningún efecto. Siguiendo este argumento, la cláusula se debería interpretar como si su inclusión sí pretendiese generar efectos jurídicos, y el efecto jurídico que puede surtir es el de elevar la norma nacional al plano del derecho internacional en el marco del acuerdo internacional de inversión.

30. Un ejemplo en este sentido, estudiado como precedente en el arbitraje de inversión, es el artículo 9 del Acuerdo de inversión de la OCI de 1981 que indica que “*el inversor estará sujeto a las leyes y reglamentos vigentes en el Estado de acogida*”.⁴³ El tribunal arbitral en *Al Warraq c. Indonesia* estudió una demanda reconvenional basada en este mismo precepto del Acuerdo de la OCI, y razonó que si bien daba por sentado que existía una obligación general del inversor de cumplir las normas nacionales del Estado de acogida, “*el artículo 9 eleva esta obligación del plano del derecho interno (y de la jurisdicción de los tribunales internos) a una obligación de tratado vinculante para el inversor en un*

⁴¹ Acuerdo entre la República de Eslovaquia y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 19 de enero de 2016, art. 14.3.

⁴² Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de la República de la India de 28 de diciembre de 2015, art. 11.1.i).

⁴³ Acuerdo sobre Promoción, Protección y Garantía de Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica de 6 de mayo de 1981, art. 9.

*arbitraje del inversor contra el Estado.*⁴⁴ Esta cuestión es *obiter dicta* porque el tribunal nunca llegó a admitir la demanda reconvenicional, basado en argumentos de carácter procesal, pero el razonamiento es un indicador válido de la lógica a aplicar en el arbitraje de inversión.

31. Por tanto, los acuerdos internacionales de inversión pueden contemplar explícitamente que el inversor está sometido al derecho interno y que dicho derecho interno puede formar la base de una demanda reconvenicional del Estado en el marco del arbitraje de inversión. De forma alternativa, el acuerdo puede contemplar solo la primera parte respecto al sometimiento del inversor al derecho interno, en cuyo caso existen razonamientos válidos pero que no han sido todavía ampliamente aceptos respecto a la elevación de estas normas nacionales como obligaciones del acuerdo internacional de inversión.

Cláusula paraguas

32. Las cláusulas paraguas en los acuerdos internacionales de inversión podrían elevar los compromisos del contrato entre inversor y Estado a potenciales infracciones del acuerdo internacional de inversión, estableciendo el contrato como una fuente sustantiva de obligaciones a ser alegada en el arbitraje de inversión.⁴⁵ Ciertas cláusulas paraguas de los acuerdos internacionales de inversión se refieren a las obligaciones del inversor. Por ejemplo, el artículo 11 del TBI entre la UEBL y EAU establece un trato más simétrico entre Estado e inversor: “*Cada Parte Contratante se compromete a velar en todo momento por la observancia de los compromisos que haya contraído con los inversores de la otra Parte Contratante y, por su parte, los inversores deberán respetar y cumplir los términos y condiciones de sus compromisos*”.⁴⁶ No es común encontrar cláusulas paraguas que se refieran a las obligaciones de los inversores, pero cuando existan podrían dar lugar a ser la base de la demanda reconvenicional.

33. El efecto de esas cláusulas paraguas, sin embargo, es muy controvertido.⁴⁷ Algunos tribunales consideran que las cláusulas paraguas no generan derechos reclamables bajo el acuerdo internacional de inversión y solo tienen carácter de incumplimiento contractual.⁴⁸ Otros tribunales arbitrales han mantenido una postura más abierta a considerar que las cláusulas paraguas elevan la relación contractual a la categoría de obligaciones del acuerdo internacional de inversión.⁴⁹

34. Finalmente, incluso en ausencia de una cláusula paraguas, cabría el argumento de que la obligación ubicada en el contrato de inversión, celebrado en el marco del acuerdo internacional de inversión, podría servir como base a la demanda reconvenicional aunque las normas nacionales no estén incorporadas en el acuerdo internacional de inversión en sí mismo. En el caso *Burlington c. Ecuador* el contrato entre el inversor y el Estado contenía una cláusula obligando al inversor a cumplir con todas las leyes, regulaciones y otras disposiciones del ordenamiento jurídico de Ecuador, así como de preservar el equilibrio ecológico existente.⁵⁰ Para la demanda reconvenicional, Ecuador se basó en la cláusula contractual, sin utilizar la cláusula paraguas, alegando que el contrato era una fuente sustantiva de obligaciones para el inversor que correspondía resolver en el arbitraje de inversión.⁵¹

⁴⁴ Laudo de 15 de diciembre de 2014, *Al Warraq c. Indonesia*, párr. 663.

⁴⁵ R. POLANCO y J.L. MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, “Cláusulas paraguas”, en J.M. ÁLVAREZ ZÁRATE y M. ZENKIEWICZ (Coords.), *El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

⁴⁶ Tratado Bilateral de Inversiones entre la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo y los Emiratos Árabes Unidos de 3 de Agosto de 2004, art. 11.

⁴⁷ R. POLANCO y J.L. MANRIQUE DE LARA SEMINARIO, “Cláusulas paraguas...”, op. cit.

⁴⁸ Laudo del CIADI de 6 de Agosto de 2003, Caso N° ARB/01/13, *SGS c. Pakistan*.

⁴⁹ Laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de 29 de abril de 2019, Caso N° 2017-37, *Nissan Motor c. India*, párr. 277; Laudo del CIADI de 29 de junio de 2020, Caso N° ARB(AF)/15/1, *Strabag c. Libia*, párrs. 161-165; Laudo del CIADI de 14 de septiembre de 2020, Caso N° ARB/16/5, *ESPF c. Italia*, párrs. 752-811.

⁵⁰ Laudo del CIADI de 7 de febrero de 2017, Caso N° ARB/08/5, *Burlington c. Ecuador*, párrs. 215-219.

⁵¹ *Id.* La disposición del tribunal arbitral a aceptar este argumento debe ser contextualizada en el caso, en el que ambas par-

3. Cláusula de ley aplicable

35. La última opción es que el derecho interno sea ley aplicable a la disputa, aunque lo haga en puridad de norma nacional y no elevado a derecho internacional u obligación del acuerdo internacional de inversión. El derecho interno es aplicable a la disputa, de forma más clara, cuando así lo indica la cláusula de ley aplicable del acuerdo internacional de inversión. Un ejemplo de acuerdo internacional de inversión que incluye en su cláusula de ley aplicable el derecho interno es el TBI entre España y Argentina de 1991 que en su artículo X(5) indica que “*El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional*”.⁵² Como apunta parte de la doctrina, en estos casos la demanda reconvenional puede basarse en el derecho interno.⁵³

36. Ante la ausencia de una cláusula de ley aplicable en el acuerdo internacional de inversión, el tribunal arbitral podría aplicar el derecho interno conforme al reglamento de arbitraje aplicable a la controversia. Los arbitrajes del CIADI se rigen por el artículo 42.1 del Convenio del CIADI que indica: “*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”.⁵⁴ El derecho interno, por tanto, sería aplicable. Otros reglamentos de arbitraje otorgan discrecionalidad al tribunal para escoger la ley aplicable. Numerosos reglamentos dejan al tribunal escoger la ley aplicable que considere adecuada, en caso de ausencia de pacto entre las partes, entre ellos el artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el artículo 22.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. En estos casos, las partes deberán argumentar la pertinencia del derecho interno para decidir sobre la demanda reconvenional.

V. La jurisdicción de los tribunales arbitrales en materia de obligaciones medioambientales de los inversores

37. La existencia de una fuente sustantiva de obligaciones del inversor en materia medioambiental, sea en el derecho internacional o interno, no es suficiente para hacer valer estas obligaciones en el arbitraje de inversión. Se requerirá además un mecanismo procesal válido para hacer valer estas reclamaciones –la reconvenición– y que el tribunal arbitral tenga jurisdicción sobre dicha reconvenición.

38. Se podrían intentar eludir estos requisitos acudiendo a otro foro, pero los Estados cuentan con diversos motivos para querer hacer valer estas obligaciones en el ámbito del sistema del arbitraje de inversión, siendo un motivo destacado que cualquier decisión del tribunal arbitral será ejecutable conforme al Convenio del CIADI y la Convención de Nueva York, lo cual proporciona ventajas frente a inversores extranjeros cuyos activos pueden estar localizados fuera de la jurisdicción de ese Estado. Esta ventaja práctica del arbitraje de inversión es clave frente a otros foros, como los tribunales nacionales de cada Estado. Igualmente, como destacan PERALES VISCASILLAS y FERNÁNDEZ-ARROYO, el sistema

tes habían dado su consentimiento explícito a la demanda reconvenional, y existía una voluntad mutua de resolver la cuestión medioambiental en el marco del arbitraje.

⁵² Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991, art. X.5.

⁵³ J. P. BLASCO y F. VILLAGGI, “¿Un<Za defensa siciliana en el arbitraje de inversión? Análisis de la reconvenición como potencial acción de contraataque por parte de los Estados”, *Revista Argentina de Arbitraje*, nº12, 2023, p. 10; P. LALIVE y L. HALONEN, “On the Availability of Counterclaims”, en A.J. BELOHLÁVEK y N. ROZEHNALOVÁ (Coords.), *Rights of Host States Within the System of International Investment Protection*, Huntington, Juris Publishing, 2011, párr. 7.32;

⁵⁴ Convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965, art. 42.1.

del arbitraje de inversión ha experimentado un auge y éxito no previstos en sus inicios, y quizás su uso frecuente sea la mejor prueba de su valía como sistema de resolución de disputas.⁵⁵

39. Otras ventajas son la economía y eficiencia procesales, en especial cuando la obligación medioambiental está relacionada con la inversión que está ya siendo debatida en el contexto de una demanda del inversor en el arbitraje. Los árbitros ya estarán familiarizados con la inversión, tendrán el conocimiento requerido específico para los complejos cálculos de daños y evaluación de la inversión, y además aunar la demanda y reconvencción en un mismo procedimiento simplifica el caso e incentiva la reducción de costes.⁵⁶

40. Adicionalmente, la estrategia del Estado de utilizar la reconvencción para reclamar daños al medio ambiente causados por el inversor persigue una lógica transformativa del sistema de arbitraje de inversión. El arbitraje de inversión ha sido criticado por asimétrico, al contar fundamentalmente con obligaciones para Estados pero no para inversores, y procesalmente porque habitualmente son los inversores los únicos que pueden iniciar el arbitraje. El uso de la reconvencción, si se convierte en método sólido y eficaz de reclamar daños contra el inversor, restablecería el equilibrio y permitiría que el Estado no solo pudiese defenderse sino también contraatacar, mejorando a su vez la legitimidad del sistema de inversiones.⁵⁷

41. En este apartado se analizará, en primer lugar, la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la reconvencción por daños medioambientales. La jurisdicción de un tribunal arbitral se fundamenta sobre el pilar esencial del consentimiento, y existen diversas formas para otorgar ese consentimiento. La jurisdicción, por tanto, puede argumentarse sobre distintas bases: una cláusula explícita en el acuerdo internacional de inversión, la cláusula general de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión, el reglamento de arbitraje aplicable a la controversia, o el consentimiento explícito del inversor.

I. Cláusula explícita

42. Un número creciente de acuerdos internacionales de inversión están incorporando cláusulas que, explícitamente, permiten la reconvencción del Estado proporcionando por tanto la base para la jurisdicción. En el plano de los Tratados multilaterales, el artículo 28.9 del acuerdo de inversiones de COMESA establece que “*un Estado miembro contra el que un inversor del COMESA presente una reclamación en virtud del presente artículo podrá alegar como defensa, reconvencción, derecho de compensación u otra reclamación similar, que el inversor del COMESA que presenta la reclamación no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del presente acuerdo*”.⁵⁸ El artículo 43 del Código Panafricano de Inversiones también es un ejemplo relevante el permitir las reconvencciones de los Estados contra los inversores, en este caso por infracciones del Código, del derecho internacional o del derecho interno.⁵⁹

43. Los tratados bilaterales de inversión, especialmente los de nueva generación, también proporcionan ejemplos en este sentido. El artículo 28.4 del TBI entre Argentina y EAU de 2018 y el artículo 14.3 del TBI entre Eslovaquia e Irán tienen de 2016 tienen provisiones similares permitiendo explícitamente la reconvencción.⁶⁰ No obstante, la mayoría de acuerdos internacionales de inversión en vigor no

⁵⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y P. PERALES VISCASILLAS, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, *Revista de Derecho Comparado*, nº 20, 2012, p. 59.

⁵⁶ F. MARISI, *Environmental Interests in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2020, pp- 249-250.

⁵⁷ H. BUBROWSKI, “Balancing IIA Arbitration Through the Use of Counterclaims” en A. MESTRAL y C. LÉVESQUE (Coords.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2013, pp. 212-215.

⁵⁸ Acuerdo de inversiones para el mercado común del África oriental y meridional de 23 de mayo de 2007, art. 28.9.

⁵⁹ Código Panafricano de Inversiones de 31 de diciembre de 2016, art. 43.

⁶⁰ Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos de 16 de abril de 2018, art. 28.4.

tienen una cláusula explícita que otorgue jurisdicción sobre la demanda reconvenicional, destacando la necesidad de desarrollar estas provisiones en los acuerdos internacionales de inversión de nueva generación que están negociándose.⁶¹

Cláusula general de resolución de disputas

44. Ante la falta de una cláusula específica sobre reconveniciones, el tribunal arbitral puede analizar su jurisdicción sobre la reconvenición en base a la cláusula general de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión. La cláusula de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión es la pieza esencial sobre la que se asienta el consentimiento del inversor al arbitraje, y dependiendo de su redacción específica, el tribunal puede dilucidar que existe un consentimiento implícito a la reconvenición.⁶²

45. El tribunal en el caso *Urbaser c. Argentina* recurrió precisamente a la redacción de la cláusula general de resolución de disputas para establecer la jurisdicción. El TBI entre España y Argentina de 1991 establecía en su Artículo X que sometía a arbitraje “*controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo*”.⁶³ El tribunal consideró que dicha redacción era “*completamente neutral*” y por tanto indiferente respecto al demandante o demandado, sugiriendo que ambas partes podían recurrir al arbitraje como medio de resolución de disputas, permitiendo de forma implícita la reconvenición.⁶⁴ El tribunal por tanto aceptó la jurisdicción sobre la reconvenición.

46. El mismo razonamiento siguió el tribunal en *Aven c. Costa Rica* cuando Costa Rica presentó una demanda reconvenicional contra el inversor por daño medioambiental. El tribunal consideró que la redacción de la cláusula de resolución de disputas del acuerdo internacional de inversión era neutra y permitía la reconvenición, alegando además cuestiones de eficiencia y economía procesales.⁶⁵ Otros casos similares se han basado en asunciones de un acuerdo internacional de inversión y en su neutralidad en el lenguaje respecto a las partes para determinar que, en esos casos, la cláusula de resolución de disputas permite la reconvenición.⁶⁶

47. Sin embargo, tal interpretación está lejos de ser unánime entre los tribunales arbitrales. Otras cláusulas de resolución de disputas con un lenguaje amplio se han considerado insuficientes para asumir el consentimiento implícito del inversor y por tanto han resultado en la declinación de la jurisdicción sobre la reconvenición. Por ejemplo, el artículo 8 del TBI entre Venezuela y Reino Unido de 1995 establece que “*la jurisdicción del tribunal arbitral estará limitada a determinar si ha existido una infracción de*

⁶¹ Acuerdo entre la República de Eslovaquia y la República Islámica de Irán para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 19 de enero de 2016, art. 14.3.

⁶² G.E. GISMONDI, *International Environmental Law and International Human Rights Law in Investment Treaty Arbitration: The Contribution of Host States' Argumentation in Re-Shaping International Investment Law*, Kluwer Law International, 2023, p. 61.

⁶³ A.M. STEINGRUBER, “Antoine Goetz and others v Republic of Burundi: Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations”, *ICSID Review*, n° 28, 2013, p. 294.

⁶⁴ Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991.

⁶⁵ Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1143. Respecto al consentimiento como pilar central del arbitraje y la difícil conceptualización del mismo, incluyendo en ocasiones presunciones legales en tratados de libre comercio, *vid.* P. PERALES VISCASILLAS, “La presunción legal de sometimiento al arbitraje”, en C.A. SOTO COAGUILA (Coord.), *Tratado de Derecho Arbitral*, Bogotá, Editorial Ibañez, pp. 145-163.

⁶⁶ Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso N° UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párr. 692.

⁶⁷ Laudo del CIADI de 10 de noviembre de 2017, Caso N° ARB/12/1, *Tethyan Copper c. Pakistán*, párr. 1418; Laudo de 28 de abril de 2011, *Paushok c. Mongolia*, párr. 689.

las obligaciones de la Parte relevante respecto de cualquiera de sus obligaciones bajo este Acuerdo”.⁶⁷ A pesar del lenguaje neutro, el tribunal en el caso *Anglo American c. Venezuela* consideró que la cláusula era restrictiva, y que no solo impedía que el Estado demandase sino que además limitaba la jurisdicción del tribunal a las controversias ocasionadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado.⁶⁸

48. En los casos limítrofes, la interpretación de la cláusula de resolución de disputas requiere un enfoque holístico, que considere la totalidad del acuerdo internacional de inversión en su contexto. En acuerdos internacionales de inversión donde las referencias a protección medioambiental estén relacionadas con la potestad regulatoria del Estado, será razonable asumir que se pretendía establecer una defensa para el Estado frente a una posible demanda por las obligaciones estatales, pero en la mayoría de los casos sería inadecuado interpretar una obligación para el inversor y por tanto una base jurisdiccional en la cláusula de resolución de disputas. Por ejemplo, el art. 26 del Tratado de la Carta de la Energía excluye las reconvencciones al someter a arbitraje las disputas por las infracciones de su Título III, que contiene exclusivamente obligaciones de los Estados, y por tanto una interpretación de la cláusula en su contexto nos indica que solo permite el arbitraje del inversor frente al Estado, sin reconvencciones, pues el arbitraje solo puede analizar las obligaciones del Estado.⁶⁹

49. Finalmente, existen cláusulas de resolución de disputas cuya redacción protege a los inversores frente a potenciales reconvencciones. El artículo 9.1 del TBI entre Grecia y Rumanía de 1991 otorga consentimiento para el arbitraje solo para controversias “relacionadas con una obligación del Estado”, lo cual lógicamente se ha interpretado siguiendo su tenor literal como un rechazo a la reconvencción del Estado contra el inversor por obligaciones del inversor.⁷⁰ Pueden existir igualmente impedimentos menos expresos, por ejemplo, cuando la cláusula de resolución de disputas se refiere a una “medida”, palabra que en los acuerdos internacionales de inversión connota una conducta estatal y donde el arbitraje está dirigido a controlar dicha conducta estatal, en lugar de admitir reconvencciones por la conducta del inversor.⁷¹

3. Reglamento de arbitraje

50. Una línea minoritaria de la doctrina defiende que, al escoger un reglamento de arbitraje que permite la reconvencción, las partes implícitamente consienten la reconvencción y por tanto existe jurisdicción. La popularidad de esta teoría se atribuye a un voto particular del profesor W. Michael Reisman en el caso *Roussalis v Romania*, que no persuadió a sus compañeros de tribunal, y que hasta ahora no ha tenido gran éxito en la práctica arbitral.⁷²

51. Para los arbitrajes en virtud del Convenio del CIADI, el artículo 46 del Convenio establece que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvenccionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”, con redacción casi idéntica en el artículo 48.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El profesor Reisman propone que, dado que estas normas prevén de forma expresa la reconvencción, al designar estas normas en el acuerdo internacional de inversión las partes consienten la reconvencción.

⁶⁷ Acuerdo entre Reino Unido y la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones de 15 de marzo de 1995.

⁶⁸ Laudo del CIADI de 18 de enero de 2019, Caso N° ARB(AF)/14/1, *Anglo American c. Venezuela*.

⁶⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994.

⁷⁰ Laudo del CIADI de 7 de diciembre de 2011, Caso N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*, párr. 869.

⁷¹ A.K. BJORKLUND, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, *Lewis & Clark Law Review*, n° 17, 2013, p. 463. Sin embargo, el tribunal en *Aven c. Costa Rica* consideró que la sección del acuerdo internacional de inversión que se refería a “medidas” medioambientales, aún al referirse a medidas estatales, establecía una obligación de cumplimiento del inversor y dicha obligación era arbitrable por medio de una demanda reconvenccional. Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso N° UNCT/15/3, *David Aven y otros c. República de Costa Rica*, párrs. 734-742.

⁷² Voto disidente de W. Michael Reisman de 28 de noviembre de 2011, Caso del CIADI N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*.

52. El tenor literal del Convenio y las Reglas del CIADI refutan esta teoría, dado que se establece como condición indispensable que exista consentimiento de las partes para la reconvencción y que exista jurisdicción sobre la misma, sin poder ser estas normas por tanto la propia base para la jurisdicción. Por ejemplo, de forma similar, el artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI permite la reconvencción “*siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas*”. En el caso *Oxus Gold c. Uzbekistán* el tribunal arbitral razonó que el Reglamento de la CNUDMI no podía ser la base para la jurisdicción, y que solo pretendía establecer que las reconvencciones son admisibles cuando ya exista jurisdicción sobre ellas.⁷³ Por tanto, frente a la argumentación doctrinal, los tribunales arbitrales han sido reacios a admitir los reglamentos como base exclusiva para sustentar la jurisdicción.

53. La utilidad de los reglamentos puede consistir en una influencia más sutil cuando solo existe un consentimiento implícito para la jurisdicción sobre la reconvencción por la vía de la cláusula general de resolución de disputas, y entonces el reglamento refuerza la convicción del tribunal de que la reconvencción es un mecanismo procesal válido para que el Estado haga efectivas las obligaciones de los inversores. En este sentido actuó el tribunal en *Urbaser c. Argentina* cuando estableció la base de la jurisdicción sobre la redacción amplia de la cláusula de resolución de disputas del TBI entre España y Argentina de 1991,⁷⁴ y considerando que consistía en un arbitraje del CIADI, analizó también el artículo 46 y 25.1 del Convenio del CIADI para reforzar que el tribunal estaba capacitado para ejercer la jurisdicción sobre la reconvencción.⁷⁵

Consentimiento explícito del inversor

54. Finalmente, si no existe una base autónoma para la jurisdicción, esta se puede lograr posteriormente en el marco del procedimiento arbitral por medio del consentimiento explícito del inversor. De forma preliminar parecería poco plausible que el inversor consintiese la demanda reconvenccional del Estado, pero tal consentimiento fue precisamente la base de la jurisdicción en dos casos muy destacados por daños medioambientales, *Burlington c. Ecuador* y *Perenco c. Ecuador*.⁷⁶ Para entender el contexto y las razones por las que un inversor podría otorgar el consentimiento, se requiere conocer el caso.

55. *Burlington* y *Perenco* son dos procedimientos arbitrales que comparten los mismos hechos. *Burlington* era una empresa americana y *Perenco* una francesa, países que habían firmado Tratados bilaterales de inversión con Ecuador. Los inversores alegaban que Ecuador les había expropiado al modificar sus derechos en los contratos que tenían en el país. Tras recibir la demanda, Ecuador descubrió que en las explotaciones de petróleo operadas por los inversores se había producido un vertido de petróleo que había inundado los terrenos y se había filtrado a las fuentes de agua. Estas explotaciones se encontraban además en los Andes, rodeada de pantanos y con potencial riesgo de contaminar el río Napo, siendo la zona de las explotaciones también una reserva indígena.⁷⁷

56. Ante tales hechos, Ecuador presentó demandas reconvenccionales contra *Burlington* y *Perenco* en cada uno de los procedimientos. En *Burlington* las partes firmaron un acuerdo aceptando explícitamente la demanda reconvenccional. En *Perenco*, el inversor no recurrió la jurisdicción del tribunal respecto a la reconvencción, lo que equivale a prestar su consentimiento. Diversos motivos pueden explicar por qué los inversores aceptaron las reconvencciones. Los inversores pueden querer evitar ellos mismos

⁷³ Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párrs. 859-877.

⁷⁴ Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de octubre de 1991.

⁷⁵ Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso nº ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1155.

⁷⁶ Laudo del CIADI de 7 de febrero de 2017, Caso Nº ARB/08/5, *Burlington c. Ecuador*; Decisión provisional del CIADI sobre la reconvencción arbitral de 11 de agosto de 2015, Caso Nº ARB/08/5, *Perenco c. Ecuador*.

⁷⁷ *Id.*

tener que acudir a la jurisdicción local, evitar la duplicidad de costes procesales, y resolver la controversia únicamente en un sistema en el que confíen. GISMONTI apunta que en estos casos, el contrato entre Ecuador y los inversores tenía una cláusula general de resolución de disputas para cualquier controversia, lo cual generaba oportunidades para Ecuador de obtener una base de jurisdicción autónoma (con la divergencia de opiniones que se ha expresado anteriormente), y esta circunstancia por tanto podría haber facilitado un acuerdo.⁷⁸ En la práctica, no son numerosos los ejemplos en los que un inversor da su consentimiento explícito, de forma posterior, a la demanda reconvenzional del Estado.⁷⁹

El requisito adicional del nexo entre la reconvencción y la demanda

57. La reconvencción, además de estar bajo la jurisdicción del tribunal, debe tener conexión con la demanda del inversor, existiendo un nexo suficiente entre reconvencción y demanda. El requisito de la conexión o nexo entre reconvencción y demanda es un rasgo común en diversos sistemas jurídicos y ha sido avalado por distintos tribunales arbitrales, siendo una consecuencia lógica de la propia justificación de la existencia de la reconvencción, que son la eficiencia y economía procesales⁸⁰

58. El requisito del nexo puede ser clasificado como un requisito de jurisdicción o de admisibilidad, clasificación compleja y con importantes consecuencias. Generalmente, se puede considerar el requisito del nexo entre reconvencción y demanda como un requisito de admisibilidad, una cuestión adicional y separada de la jurisdicción. No obstante, existen dudas y potenciales confusiones cuando es el propio acuerdo internacional de inversión el que establece el requisito del nexo. Por ejemplo, el artículo 9.19.2 del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 2018 establece que “*el demandado podrá contrademandar en relación con las cuestiones de hecho y de derecho de la reclamación o presentar una reclamación con el propósito de exigir una compensación por parte del demandante*”.⁸¹ Igualmente, el artículo 28.4. del TBI entre Argentina y EAU de 2018 Argentina-UAB BIT indica que se admite la demanda reconvenzional “*directamente relacionada*” con la controversia.

59. En estos casos en los que el acuerdo internacional de inversión establece el requisito del nexo, parte de la doctrina considera que podría tratarse de una cuestión de jurisdicción.⁸² Ante el silencio del acuerdo internacional de inversión a este respecto, LALIVE, HALONEN y KJOS consideran el requisito del nexo entre reconvencción y demanda como una cuestión de admisibilidad, y no de jurisdicción.⁸³ La distinción entre jurisdicción y admisibilidad no es puramente teórica, sino que cuenta con relevancia práctica, dado que las decisiones del tribunal sobre jurisdicción pueden ser objeto de revisión pero no lo son aquellas sobre admisibilidad.⁸⁴

60. En cualquier caso, la teoría prevalente es concebir el nexo como una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción. El tribunal arbitral en *Saluka c. República Checa* fue de los primeros en distinguir en el contexto del arbitraje de inversión entre las bases de la jurisdicción, vistas anteriormente, y el requisito adicional del nexo entre reconvencción y demanda.⁸⁵ Diversos tribunales arbitrales coinciden

⁷⁸ G.E. GISMONTI, *International Environmental Law...*, op. cit., p. 56.

⁷⁹ H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 133.

⁸⁰ Laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 12 de febrero de 1987, Caso N° 389, *Westinghouse c. Iran*, p. 3; D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, n° 31, 2014, p. 359; A. BILANOVÁ, “Environmental Counterclaims in Investment Arbitration”, *European Investment Law and Arbitration Review*, n° 5, 2020, p. 404.

⁸¹ Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 8 de marzo de 2018, art. 9.19.2

⁸² P. LALIVE y L. HALONEN, “On the Availability of Counterclaims...”, op. cit., p. 141.

⁸³ *Id.*; H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, op. cit., p. 147.

⁸⁴ J. PAULSSON, “Jurisdiction and Admissibility” en G. AKSEN y R. BRINER (Coords.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, París, ICC Publishing, 2005, p. 601.

⁸⁵ Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenzional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párrs. 61-63.

en esta clasificación del requisito del nexo como un principio general a satisfacer.⁸⁶

61. El nexo suele definirse como una “conexión estrecha” entre la demanda y la reconvencción, pero el significado concreto de este requisito es ambiguo y probablemente sea difícil de alcanzar una definición universal debido a la necesidad de analizar el nexo caso por caso.⁸⁷ De forma general se distinguen dos corrientes en la interpretación del nexo, según requieran: 1) Nexo legal, en su interpretación más estricta, o un 2) Nexo fáctico, en una interpretación menos exigente del requisito.

1. Nexo legal

62. Algunos tribunales arbitrales han requerido que la demanda y la reconvencción compartan la misma base o nexo legal, es decir, el acuerdo internacional de inversión. De forma efectiva este requisito impide al Estado presentar una demanda reconvenccional basada exclusivamente en su derecho interno.⁸⁸ El caso emblemático que estableció este requisito fue *Paushok c. Mongolia*, donde el tribunal expresó que no existe una conexión estrecha entre reconvencción y demanda cuando la reconvencción se basa en cuestiones cubiertas en el derecho interno del Estado demandado.⁸⁹ En ese caso, la reconvencción incluía alegaciones de infracción del derecho fiscal del Estado demandado, y el tribunal consideró que estas pertenecían a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado demandado, estaban gobernadas por el derecho administrativo del Estado, y no podían ser consideradas “una parte indivisible de las alegaciones del demandante basadas en el Acuerdo bilateral y el Derecho internacional”.⁹⁰ Otros tribunales arbitrales han avalado esta interpretación restrictiva del nexo.⁹¹

63. Para establecer este requisito, *Paushok* expandió la interpretación y razonamiento de un precedente anterior, *Saluka c. República Checa*. En *Saluka*, el inversor era accionista de un banco que era parcialmente propiedad del Estado, y el inversor interpuso una demanda por la administración y la venta de activos de ese banco. El Estado interpuso una demanda reconvenccional alegando que el inversor había infringido la regulación estatal en materia de derecho contractual, financiero, y de la competencia. El tribunal en *Saluka* destacó que la reconvencción no formaba parte indivisible de la demanda, ni tampoco existían un origen común ni fuentes idénticas entre ambas, y por tanto las alegaciones de la reconvencción debían resolverse frente los tribunales nacionales del Estado conforme a su derecho interno, no mediante los procedimientos de arbitraje del mecanismo internacional de protección de inversiones.⁹²

64. Sin embargo, *Saluka* se basaba en una serie de precedentes no aplicables a todos los arbitrajes de inversiones, en concreto en precedentes basados en acuerdos con un lenguaje mucho más restrictivo respecto al nexo o en precedentes CIADI pero basados en el contrato y no en el acuerdo de inversiones, existiendo por tanto una base jurídica muy diferenciada en *Saluka* y los precedentes que fundamentaban su razonamiento.⁹³ Por este motivo, *Paushok* ha sido criticado al razonar la aplicación universal del requisito de nexo legal a todos los arbitrajes de inversiones, basándose únicamente en *Saluka* cuya aplicabilidad a los casos con acuerdos internacionales de inversión no era clara o automática.⁹⁴

⁸⁶ Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párr. 940; Laudo del CIADI de 4 de octubre de 2013, Caso N° ARB/10/3, *Metal-Tech c. Uzbekistán*, párr. 407; Laudo del CIADI de 10 de febrero de 1999, Caso N° ARB/95/3, *Goetz c. Burundi*.

⁸⁷ Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenccional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párrs. 61-63.

⁸⁸ D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 382.

⁸⁹ Laudo de 28 de abril de 2011, *Paushok c. Mongolia*, párr. 693.

⁹⁰ *Id.*, párrs. 694-695.

⁹¹ Laudo de 17 de diciembre de 2015, *Oxus Gold c. Uzbekistán*, párr. 954.

⁹² Decisión sobre la jurisdicción para la demanda reconvenccional de la República Checa de 7 de mayo de 2004, *Saluka c. República Checa*, párr. 79.

⁹³ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 260-262.

⁹⁴ D. Prasad, “The ‘Close Connection’ Test and State Counterclaims in Investment Arbitration: When Is ‘Close’ Close Enough?”, *Magna Carta Magazine*, n° 48, 2017, p. 12.

65. Otros tribunales, aunque han considerado que sí existe un requisito de nexo legal, han interpretado dicho requisito de forma muy laxa. Por ejemplo, en *Tethyan c. Pakistán* el tribunal consideró que la conexión estrecha entre reconvencción y demanda dependía del nexo legal entre ambas, pero interpretó que se cumplía tal conexión cuando la demanda requería analizar el contexto contractual y regulatorio en el que se basaba la reconvencción.⁹⁵ La interpretación es muy abierta y distinta a *Paushok* donde se exigía la misma base legal, es decir, el acuerdo internacional de inversión y el derecho internacional.

66. Existen argumentos adicionales para desaconsejar la interpretación del nexo como un nexo legal donde la reconvencción y la demanda comparten la misma base jurídica. De forma destacada, parte de la doctrina ha argumentado que es un requisito creado únicamente por los tribunales arbitrales sin una fundamentación adecuada en los acuerdos internacionales de inversión o fuentes similares.⁹⁶ Además, un requisito de nexo tan estricto para la reconvencción va en detrimento de la eficiencia y economía procesales.⁹⁷ Para la compensación por daños medioambientales al Estado, el requisito de nexo legal puede dificultar significativamente la reconvencción, ya que las obligaciones medioambientales no suelen recogerse en el acuerdo internacional de inversión.⁹⁸

2. Nexo fáctico

67. En lugar de un nexo legal, se podría requerir solo un nexo fáctico, para definir esa conexión estrecha entre la demanda y la reconvencción. El caso *Urbaser c. Argentina* se centró en este nexo fáctico. La demanda se basaba en la modificación del régimen fiscal argentino, que había impactado negativamente al inversor. La reconvencción se centraba en cómo la falta de inversión en los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado había impactado el acceso de la población al agua. En su razonamiento, el tribunal arbitral consideró que existía un nexo porque ambas reclamaciones se centraban en la misma inversión, obviando la base legal para este requisito y centrándose en la relación entre los hechos alegados en la demanda y en la reconvencción. El tribunal además añadió que si las alegaciones de la reconvencción se resolviesen de forma separada ante la jurisdicción nacional de Argentina, se correría el riesgo de alcanzar resultados inconsistentes, lo cual va en contra de una administración razonable de la justicia.⁹⁹

68. La diferencia entre el nexo legal y el nexo fáctico se revela clave para un tratamiento más permisivo de la reconvencción. En *Goetz c. Burundi* la demanda reclamaba contra el Estado por suspender el certificado de empresa en zona franca, mientras que la reconvencción se basaba en argumentos de derecho fiscal y en alegaciones de competencia desleal. El tribunal siguió el criterio del nexo fáctico y consideró que las demandas reconvenzionales estaban directamente relacionadas con la materia de la controversia y por tanto eran admisibles.¹⁰⁰ Es notable como este precedente diverge del razonamiento de *Paushok*, donde la reconvencción en materia fiscal no se consideró conexas a la demanda por tener una base legal distinta.¹⁰¹

69. En el contexto de los arbitrajes del CIADI, la interpretación de un nexo fáctico, y no legal, se apoya además en la intención original de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1968, cuya nota explicativa indicaba que el requisito de que las reconvenziones estuvieran directamente relacionadas con el objeto de la disputa se refería a una “*conexión fáctica*”, con el objeto de resolver todas las bases de la controversia que derivaban de una misma materia.¹⁰² La doctrina igualmente ha favorecido que se

⁹⁵ Laudo del CIADI de 10 de noviembre de 2017, Caso N° ARB/12/1, *Tethyan Copper c. Pakistán*, párr. 1414.

⁹⁶ D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 379; H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration...*, op. cit., p. 384.

⁹⁷ Voto disidente de W. Michael Reisman de 28 de noviembre de 2011, Caso del CIADI N° ARB/06/1, *Roussalis c. Romania*.

⁹⁸ Vid. *supra* apartado III.1.

⁹⁹ Laudo del CIADI de 8 de diciembre de 2016, Caso n° ARB/07/26, *Urbaser c. Argentina*, párr. 1155.

¹⁰⁰ Laudo del CIADI de 10 de febrero de 1999, Caso N° ARB/95/3, *Goetz c. Burundi*, párr. 285.

¹⁰¹ Vid. *supra* apartado VI.1.

¹⁰² Reglas de Arbitraje del CIADI de 1968, Doc. CIADI/4/Rec. 1, nota explicativa al art. 40.

requiera un nexo fáctico, pero no legal, o al menos una versión más abierta y menos restrictiva del nexo legal como en *Tethyan*.¹⁰³

70. En resumen, el nexo entre la reconvencción y la demanda es un requisito que debe incluir, como mínimo, una conexión de hecho entre ambas. Algunos tribunales arbitrales pueden requerir adicionalmente un nexo legal entre ambas, con variaciones sobre la interpretación de lo que significa un nexo legal. La falta de unanimidad en los precedentes y la doctrina, y la necesidad de analizar cada caso en su contexto, añade riesgo de inadmisión a la demanda reconvenccional por daños medioambientales.

VII. Dificultades adicionales para el cumplimiento efectivo de las obligaciones medioambientales del inversor

71. La demanda reconvenccional por daños medioambientales, tras haber satisfecho los pilares sustantivos y procesales expuestos, todavía podría enfrentarse a obstáculos adicionales, particularmente respecto a la efectividad de la reconvencción frente a la empresa matriz y a la concreción y prueba de los daños medioambientales.

72. Una primera barrera es la efectividad de la reconvencción frente a la empresa matriz. MARISI es escéptica respecto a la validez del consentimiento del inversor, fundamento de la jurisdicción, para posteriormente ejecutar el laudo contra la empresa matriz si el inversor no tiene suficientes activos en la jurisdicción del Estado que interpone la reconvencción. La empresa matriz podría argumentar que el principio de responsabilidad limitada del derecho de sociedades impide este tipo de ejecución.¹⁰⁴

73. El arbitraje de inversión tendría distintos mecanismos para aplicar una doctrina del levantamiento del velo que permitiese la efectividad de la reconvencción por daños medioambientales, haciendo a la empresa matriz parte del arbitraje. Por ejemplo, en el contexto de arbitrajes del CIADI, existe experiencia previa argumentado que el control efectivo de la empresa matriz sobre su empresa filial permite levantar el velo.¹⁰⁵ El Estado deberá tener en cuenta estas estrategias durante el procedimiento arbitral para obtener una jurisdicción clara que tenga como consecuencia una reconvencción efectiva.

74. Una segunda cuestión, de incluso mayor importancia, es la concreción y prueba de los daños medioambientales. El caso de *Aven c. Costa Rica* ejemplifica las dificultades añadidas de la reconvencción por daños medioambientales. En *Aven*, Costa Rica hizo una referencia genérica al daño medioambiental causado por el inversor, sin detalles sobre los hechos. Costa Rica argumentaba que era aplicable el principio de precaución del derecho internacional, citando el Principio 15 de la Declaración de Río que establece “*los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”.¹⁰⁶ Costa Rica argumentaba dicho principio precautorio como una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponda al inversor demostrar que no ha causado daño medioambiental.

¹⁰³ Z. DOUGLAS, “The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration”, en P.M. DUPUY Y J. VIÑUALES (Coords.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 430; D. ATANASOVA, A. MARTÍNEZ BENOIT Y J. OSTRANSKY, “The Legal Framework for Counterclaims...”, op. cit., p. 389.

¹⁰⁴ F. MARISI, *Environmental Interests in Investment Arbitration...*, op. cit., p. 249. Respecto a la interacción entre el arbitraje y el Derecho societario en España, vid. J.M. RAMÍREZ CIRERA, “La admisibilidad de los Convenios Arbitrales ‘extraestatutarios’ para la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales”, *Iurgium*, n° 48, 2023, pp. 127-146.

¹⁰⁵ Y. KRYVOI, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, *Global Business Law Review*, n° 1, 2010, p. 169; S.K. ALSHARAF, “Regulating Multinational Corporations in International Investment Law and Arbitration: Towards Limiting the Treaty Shopping”, *Maurer Theses and Dissertations*, n° 87, 2020.

¹⁰⁶ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992, Doc A/CONF.151/26/Rec.I, Principio n° 15.

75. La argumentación adolecía de diversos fallos. La interpretación del principio precautorio como inversión de la carga de la prueba es una cuestión controvertida en el derecho internacional, y la opinión mayoritaria es que no existe tal inversión de forma completa. En el caso *Pulp Mills*, la Corte Internacional de Justicia abordó el principio de precaución y la inversión de la carga de la prueba. La Corte Internacional de Justicia dictaminó que la aplicación del principio de precaución no invertía la carga de la prueba, por lo que seguía correspondiendo a Argentina demostrar que el funcionamiento de las plantas de celulosa de Uruguay perjudicaría significativamente al medio ambiente.¹⁰⁷ Sin embargo, en su voto particular, el juez Weeramantry llegó a una conclusión distinta en el caso de los *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*. El juez razonó que considerando que Francia estaba “*en posesión de la información real, tenía el deber de impedir, con carácter provisional, la amenaza de degradación del medio ambiente, hasta que se dispusiera de todas las pruebas científicas que refutaran el argumento de Nueva Zelanda*”.¹⁰⁸ En una línea similar, el voto particular del juez Wolfrum del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto de la planta *MOX (Irlanda c. Reino Unido)* proporciona un apoyo adicional a la inversión de la carga de la prueba, al señalar que “*un Estado interesado en emprender o continuar una actividad concreta tiene que demostrar que no causará ningún daño, en lugar de que la otra parte tenga que demostrar que causará un daño*”.¹⁰⁹ Por tanto, no está claro que se pueda invertir la carga de la prueba. Aún más, este principio está diseñado para ser aplicado a Estados, por lo que surgen de nuevo dudas sobre el nivel de aplicación de un principio de derecho internacional público a un inversor.

76. Costa Rica también alegó el artículo 109 de su Ley de Biodiversidad, que establece que “*La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental*”.¹¹⁰ Aquí sí se establecía una inversión clara, pero pertenecía al derecho interno, con lo cual creaba dudas acerca de la admisibilidad del derecho interno no ya como fuente de las obligaciones sustantivas del inversor sino ante una cuestión procedimental en cuanto a la carga de la prueba en el contexto de un arbitraje de inversión que estaba gobernado por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

77. El tribunal arbitral en *Aven* evitó adentrarse en las dificultades de los argumentos jurídicos del principio precautorio y la aplicabilidad de una inversión de la carga de la prueba establecida en el derecho interno, e inadmitió la reconvencción de Costa Rica en base a una cuestión más elemental: la falta de especificidad en los hechos, en la cuantificación de daños y en la compensación requerida, de forma que se incumplía el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.¹¹¹

78. La demanda reconvenicional, por tanto, ha de tener un grado suficiente de especificidad y de prueba respecto a los daños medioambientales, siendo arriesgo pretender una alegación genérica en base a una supuesta inversión de la carga de la prueba. A estos efectos, hay que aclarar los hechos concretos del inversor que han dado lugar al daño medioambiental, una petición concreta de compensación, y la metodología para calcular dicha compensación. La reconvencción deberá basarse para ello en el estándar legal aplicable a la compensación. El estándar aplicable al remedio está vinculado al ordenamiento jurídico del que emanan las obligaciones del inversor respecto del medio ambiente. En el derecho nacional, cada fuente establecerá su propio estándar. En el derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia confirmó recientemente en el caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua* que el daño medioam-

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010, asunto *Pulp Mills (Argentina c. Uruguay)*, párr. 204.

¹⁰⁸ Voto particular del juez Weeramantry en la Corte Internacional de Justicia de 20 de diciembre de 1974, asunto *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, p. 343.

¹⁰⁹ Voto particular del juez Wolfrum en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 3 de diciembre de 2001, asunto *MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*, p. 134.

¹¹⁰ Ley n° 7788 de 30 de abril de 1998 de Biodiversidad, *Diario Oficial La Gaceta* n° 101 de 27 de mayo de 1998, art. 109.

¹¹¹ Laudo del CIADI de 18 de septiembre de 2018, Caso No. UNCT/15/3, *David Aven y Otros c. República de Costa Rica*, párrs. 744-747.

biental es compensable.¹¹² Ante unas obras y excavaciones que habían dañado una zona protegida de humedales, la Corte consideró que para los hechos internacionalmente ilícitos gobernaban los principios de derecho internacional, incluido el principio de reparación íntegra.¹¹³ El principio de reparación íntegra de los daños medioambientales supone medidas activas de reparación “*para devolver al medio ambiente a su estado previo, en la medida de lo posible*”.¹¹⁴

79. Es necesario profundizar aún más, y especificar en la reconvención la metodología concreta que se pretende utilizar. El mismo caso de la Corte Internacional de Justicia ilustra las dificultades en la metodología, especialmente cuando el daño alegado se refiere al cambio climático. Por un lado, se argumentó un “enfoque ecosistémico”, considerando que la degradación medioambiental causada por un inversor socavó los servicios de regulación del clima generados por los ecosistemas afectados. Por ejemplo, un bosque es un ecosistema que regula naturalmente el clima mediante la captura y almacenamiento de las emisiones de carbono, por lo que el daño al bosque debe medirse respecto a la capacidad reducida del ecosistema de regular el clima.¹¹⁵ Un método alternativo es el enfoque de los “costes de reposición”, que considera como compensación adecuada el precio a pagar para preservar un área equivalente hasta que los servicios proporcionados por dicha área se hayan recuperado.¹¹⁶ Incluso dentro de cada uno de los enfoques, existen diversas maneras de cálculo del mismo.

80. En definitiva, la reconvención por daños medioambientales debe contener una descripción fáctica detallada de los hechos que originaron los daños y una cuantificación de los daños que justifique la pretensión del Estado. Respecto a esta cuantificación de los daños, la Corte Internacional de Justicia ha clarificado que el derecho internacional no obliga a utilizar una única metodología, y que la metodología correcta depende de cada caso. Por tanto, cada reconvención que se base en derecho internacional puede argumentar su propia metodología. El Estado sí debe, dentro de esta libertad, escoger de forma clara y precisa un enfoque, y, dentro de él, una metodología concreta con una propuesta detallada de la compensación por daños medioambientales, lo cual probablemente requerirá periciales económicas y científicas

VIII. Conclusiones

81. La crisis de legitimidad del arbitraje de inversión, en la que destacan las críticas por la asimetría entre inversores y Estados y el impacto de los inversores en la transición ecológica, requiere propuestas concretas e individualizadas para la evolución del sistema. Un modelo de obligaciones medioambientales de los inversores y un mecanismo procesal para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones ante los tribunales arbitrales ofrecen conjuntamente una oportunidad de reforma para confrontar las críticas y preservar el valor único del arbitraje de inversión.

82. Las obligaciones medioambientales de los inversores, históricamente poco relevantes o inexistentes, están adquiriendo una creciente importancia a través del ordenamiento jurídico internacional o interno. En el plano internacional, su inclusión en los acuerdos internacionales de inversión es escasa pero con una tendencia creciente a su incorporación en los acuerdos de nueva generación, lo cual inspira la redacción de los futuros modelos de obligaciones vinculantes y concretas. Ante la falta

¹¹² Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de diciembre de 2015, caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, párr. 41.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*, párr. 32. Sobre las complejidades para discernir el significado del principio de reparación íntegra en el ordenamiento jurídico internacional, *vid.* A. BARNES, “Fair compensation: reality or aspiration in international law”, *European Society of International Law Working Paper 2024/02*, pp. 1-3; L. KONG y Y. ZHAO, “Remedying the environmental impacts of war: Challenges and perspectives for full reparation”, *International Review of the Red Cross*, n° 105, 2023, pp. 1441-1462;

¹¹⁵ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de diciembre de 2015, caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, párr. 46.

¹¹⁶ *Id.*, párrs. 49-51.

de obligaciones explícitas en el acuerdo de inversión, la constante evolución del derecho internacional en materia medioambiental y las características normas de derecho aplicable del arbitraje de inversión podrían exponer a los inversores a ciertas obligaciones de carácter internacional. En el plano del derecho interno la incorporación explícita de las normas nacionales en el acuerdo internacional de inversión, la cláusula paraguas y la cláusula de ley aplicable otorgan oportunidades limitadas pero realistas, con diversa tasa de éxito, para que los tribunales arbitrales puedan considerar las normas nacionales en materia medioambiental.

83. La existencia de una fuente sustantiva de obligaciones del inversor en materia medioambiental no es suficiente para hacer valer estas obligaciones en el arbitraje de inversión. Se requiere además que el tribunal arbitral tenga jurisdicción para dirimir estas cuestiones, expresadas a través de una demanda reconvenional del Estado. La jurisdicción puede obtenerse a través de una cláusula explícita, de una cláusula general de resolución de disputas o, bajo un argumento tenue y minoritario, a través del reglamento de arbitraje. El inversor puede también prestar su consentimiento explícito para otorgar la jurisdicción, una alternativa observada de forma limitada y aparentemente sorprendente en la práctica, que puede explicarse por la creciente importancia de la conciliación en el marco del arbitraje de inversión y las eficiencias procesales que genera la demanda reconvenional

84. Adicionalmente, además de la jurisdicción del tribunal arbitral, como requisito de admisibilidad se deberá probar un nexo entre la reconvenición en materia medioambiental y la demanda del inversor. El requisito del nexo exige en su mínima expresión una conexión de hecho entre la inversión fruto de la controversia y los daños medioambientales, y para los tribunales arbitrales más taxativos, un nexo legal cuya interpretación es ambigua pero generalmente restrictiva. Tras haber satisfecho los pilares sustantivos y procesales expuestos, todavía podría enfrentarse a obstáculos adicionales, particularmente respecto a la efectividad de la reconvenición frente a la empresa matriz y a la concreción y prueba de los daños medioambientales.

85. Un modelo de obligaciones medioambientales para los inversores que erosione la asimetría del arbitraje de inversión es un horizonte actualmente complejo por la multitud de obstáculos interpuestos para su funcionamiento efectivo ante los tribunales arbitrales. El análisis de los diversos requisitos de carácter sustantivo y procesal revela, sin embargo, potenciales vías para su inclusión en el sistema de forma jurídicamente rigurosa. La futura renovación y negociación de los acuerdos internacionales de inversión presenta la mejor oportunidad en este ámbito mediante una redacción adecuada que elimine diversas barreras. De forma alternativa, los tribunales arbitrales han flexibilizado los requisitos dentro de su amplio margen de actuación, posibilidad que persiste para futuras controversias pero genera el riesgo de inconsistencias entre los laudos. El presente debate abierto sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados debe actuar sobre estas oportunidades disponibles para legitimar y pacificar la conflictiva relación entre medio ambiente y arbitraje de inversión

Intermediarios en el Derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado

Intermediaries in European law: traces of their liability for lack of intermediated contract fulfilment

LIDIA ARNAU RAVENTÓS
Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-1628-8809

Recibido: 27.10.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9327

Resumen: La finalidad última del estudio es identificar qué elementos, presentes de algún modo en el derecho privado europeo, permiten concretar lo que, hoy por hoy, establece tal ordenamiento a propósito de la responsabilidad de los intermediarios en caso de incumplimiento del contrato intermediado. La mirada se centra, en especial, en el fundamento y funcionamiento de tal responsabilidad. A falta de normas europeas generales sobre el particular, el trabajo aspira, no tanto a inferir tal régimen general a partir de una normativa europea dispersa y fraccionada, sino a incidir en aquellos espacios en los que precisamente esta falta de respuesta europea pone en entredicho y fuerza esquemas internos.

Palabras clave: Intermediación, responsabilidad, apariencia, influencia, consumido .

Abstract: This study aims to identify what elements, present in some way in European private law, allow us to specify what, today, such legislation establishes regarding the liability of intermediaries in the event of non-compliance with the intermediary contract. The attention focuses on the foundation and liability rules. In the absence of general European regulations on the matter, the study aspires, not so much to infer such a general principles from a dispersed and fragmented European regulation, but to identify those spaces in which precisely this lack of European response calls into question and forces internal schemes.

Keywords: Intermediation, liability, appearance, influence, consume .

Sumario: I. Introducción. La lógica entre el fundamento y el funcionamiento de la responsabilidad del intermediario. II. La antesala: derecho privado europeo e intermediación. 1. Sujetos o servicios “intermediarios”. 2. Espacios de intermediación. 3. Flancos de responsabilidad del tercero por hecho ajeno. A) *Quid* cuando la definición de “comerciante” incluye al intermediario: “comerciante” v. parte contratante. B) El (superfluo) Cdo 23, al final, Directiva 2019/771. C) La respon-

*Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto DER 2021-126857NB-I00, del Grupo Consolidado 2021 SGR 00347 “Grup de Dret civil català, UB” y de la Cátedra “UB/ACdC sobre Estudis de Consum i resolució alternativa de litigis”. Su contenido se fraguó durante una estancia de investigación, en verano de 2024, en la Unidade de Investigaçao e Desenvolvimento de la Faculdade de Direito de la Universidade do Porto. La autora agradece muy sinceramente a la Prof. Maria Raquel Guimaraes los ratos y reflexiones compartidos

sabilidad del fabricante por falta de conformidad del bien. III. En busca de un fundamento: desde la protección de la *apariencia* ... hasta el control o *influencia* ejercida por el intermediario sobre el negocio. 1. Sencillamente: es “vendedor” el intermediario que aparenta vender por cuenta propia. A) La apariencia: acerca de cuándo la hay y cuándo deja de haberla. B) La actuación en nombre o (¿sólo?) por cuenta del vendedor: entre otros, el art. 2.3 Dir. 2019/771. C) *Más vale prevenir ...*: los deberes de información acerca de cómo se actúa. 2. La actuación del proveedor bajo el “control” o “autoridad” del intermediario. A) Desde el conocimiento efectivo del contenido ilícito (¿qué lo es?)... hasta el control o autoridad, reales o aparentes, sobre el destinatario del servicio. B) El parámetro subjetivo de la apariencia jurídicamente relevante: el consumidor medio. Confusión, que no apariencia, y vulnerabilidad. IV. La responsabilidad del intermediario. V. Reflexión fina

I. Introducción. La lógica entre el fundamento y el funcionamiento de la responsabilidad del intermediario

1. La responsabilidad de las plataformas electrónicas intermediarias por razón del (in)cumplimiento del contrato subyacente o *intermediado*¹ (esto es: del contrato cuyo objeto son los productos que se ofrecen, a través de una de ellas, por quien identificamos como *proveedor* y que se contratan por, llamémosle así, el *adquirente*²), es solo uno de los hilos conductores de este comentario. El estudio, subjetivamente, pretende ser más general, alcanzando a *otros* intermediarios. De hecho, la hipótesis de partida es que el régimen de la responsabilidad del intermediario, a falta de una norma que establezca o permita deducir lo contrario, más que acompañar incondicionadamente a un determinado *intermediario*, debe resultar y explicarse por la manera de desarrollar la intermediación o, de otro modo, por la manera de ejecutar la *función intermediadora*. Desde esta perspectiva, ¿por qué, *vgr.*, aquello que pueda predicarse del intermediario *electrónico* (que lo es, básicamente, por la manera electrónica de contratar sus servicios [es decir, de contratarlo *a él*] y por el *medio* en el que se desarrolla aquella función) no podría predicarse también de *otros* intermediarios? O a la inversa: ¿por qué lo que se dice de estos no podría regir, también, para el intermediario *on line*?³

2. Objetivamente, quiere centrarse la atención en dos cuestiones particulares y en el vínculo lógico que debería existir entre ellas. La primera es la razón o el fundamento que podría auspiciar aquella responsabilidad, el porqué de exigirla a quien, *solo* en principio, está llamado a desarrollar una actividad enderezada a alcanzar la conclusión del contrato y a hacerlo situándose en una posición *intermedia* entre quienes, de entrada, aparecen como los principales interesados en la operación (proveedor y adquirente) y entre quienes se trata solo de *intermediar* a fin de concluir el negocio. La segunda cuestión concierne a la naturaleza y contenido de la responsabilidad atribuida y a su ensamblaje con el fundamento que la sustenta; esto es: si la razón por la que se atribuye o declara la responsabilidad de la plataforma encaja después con *lo que sea* que implique tal responsabilidad; puede suscitarse, incluso, la cuestión relativa a la practicidad del tipo y sistema de responsabilidad atribuidos.

3. Y todo ello pretende ser descrito y analizado desde la óptica del derecho privado europeo, sin incursiones en los derechos nacionales. En este sentido, y sin perjuicio de la vocación subjetivamente general del análisis, sí cabe anticipar que, si se cotejan los datos que proporciona el derecho europeo a pro-

¹ También llamado, por otros, contrato *principal* (véase, *vgr.*, F. MAULTZSCH, “Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles”, *European Review of Contract Law*, vol. 14, 3/2018, p.212.

² Se utiliza, así, un concepto amplio de “productos” al estilo del art. 2, letra c Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

³ En este sentido, resulta ilustrativo que, en 2016 y en el contexto de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, la Comisión Europea, al abordar la cuestión de la responsabilidad de las plataformas por incumplimiento del contrato subyacente, se refiera a un asunto que, en aquel momento, está pendiente de decisión ante el TJUE y que, más tarde, desembocará en la STJUE *Wathelet*, relativa a un intermediario *no electrónico* (véase *infra* III); la remisión se explica desde la convencimiento de que hay o pueden haber reglas comunes para todos los intermediarios (véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales* [COM (2016) 320 final], p. 139)

pósito del fundamento y responsabilidad las plataformas electrónicas, la sensación inicial, quizás en exceso apresurada, es que aquel ordenamiento rezuma una suerte de *puedo pero aún no quiero* (o *no me atrevo del todo*) por parte del legislador europeo⁴. Como se verá, la exención de responsabilidad prevista en el art. 6.1 Reglamento 2022/2065, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, no rige en los supuestos descritos en los art. 6.2 y 6.3 del mismo texto; en este ámbito, se cuida mucho el legislador europeo de aclarar que esta *no aplicación* no puede ser vista ni interpretada como una *atribución directa de responsabilidad* (Cdo 17 Reglamento 2022/2065).

II. La antesala: derecho privado europeo e intermediación

4. A fin de contextualizar la materia, se sugiere bosquejar mínimamente entre el derecho privado europeo a fin de detectar la presencia de intermediarios, de espacios explícitos de intermediación y, eventualmente, de asideros desde los que articular reglas de responsabilidad que, para el caso de incumplimiento contractual, salpiquen a quien no actuó como parte contratante.

1. Sujetos o servicios “intermediarios”

5. Por lo pronto, a falta de una definición europea general de *intermediario*, baste considerar algunos exponentes de sujetos a los que, al menos formalmente, se les atribuye aquella condición al actuar en el marco de una determinada actividad; en estos ámbitos, es posible tipificar la función intermediadora. El art.1.2 de la Directiva 86/653, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, califica como “agente comercial” a quien “como intermediario”, de forma permanente pero independiente, se encargue “de negociar por cuenta de otro la venta o compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario”. Por su parte, el art. 3.12 de la Directiva 2023/2225 (UE), del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo, define también al “intermediario de crédito” al amparo de un requisito negativo (o mejor, de un requisito que, por sí solo, resulta insuficiente para tipificar aquella posición o categoría) y de un elenco (aparentemente alternativo y excluyente) de actuaciones en las que se desgrana la función intermediadora en este ámbito; así, intermediario es quien “no se limita a poner el contacto” a las partes sino que, además, “a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando trámites previos; c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista”⁵. Por lo pronto, ambos textos convergen en dos aspectos: el primero es que la interacción a desarrollar por el intermediario debe ir más allá de la mera puesta en contacto de las partes (así lo señala de forma expresa el art. 3.12 Directiva 2023/2225 y resulta implícitamente del art. 1.2 Directiva 86/653, que exige, como mínimo, *negociación*); el segundo es que la conclusión del contrato *en nombre* del profesional (llamémosla, intermediación representativa) forma parte del ámbito de la función de intermediación (o, dicho de otro modo: a efectos de tales normas, se está también *intermediando* cuando se alcanza, con éxito, el hito final del proceso comercial y, además, se interviene materialmente en la conclusión del contrato [aunque sea actuando, jurídicamente, *en nombre* de otro]).

6. Por su parte, el art. 3 del Reglamento 2022/2065, define, en su letra g, el llamado “servicio intermediario” y lo hace desde una perspectiva muy material, muy descriptiva de la actuación solo técnica a desarrollar (y consistente, esencialmente, en transmitir información [en las modalidades des-

⁴ Alude a un “deliberado dejar hacer”, J. MARCO MOLINA, “La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermedias en línea: “el medio sí es el mensaje””, en M. CUENA CASAS; J. IBÁÑEZ JIMÉNEZ (Coord.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, Madrid, La Ley, 2021, pp. 271 y 272.

⁵ El “intermediario de crédito” se definía en términos esencialmente parecidos en el art. 3, letra f Directiva 2008/48, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Es la definición que también aparece en el art. 4.5 de la Directiva 2014/17, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

pués desplegadas en los art. 4 y 5 Reglamento 2022/2065] o en alojar datos [véase art. 6 Reglamento 2022/2065]). Esta perspectiva *no negocial* llega hasta el art. 3, letra *i* Reglamento 2022/2065 que define la “plataforma en línea” a base de añadir, al cometido (material) consistente en el alojamiento de datos, las actuaciones de almacenaje y difusión de la información al público. Un enfoque más negocial, en cambio, sí revisten el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 y, en general, el Reglamento 2019/1150, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea. Se trata de textos que hacen un poco más visible aquella dimensión porque sitúan el servicio de intermediación y a quien lo presta en la senda de la contratación de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; esta idea resulta, *vgr.*, de los Cdos 9 y 10 Reglamento 2019/1150 y de su art. 2.2, letra *b* que, al definir el “servicio de intermediación en línea”, insiste en la idea de tratarse de un servicio que permite ofrecer al proveedor profesional sus bienes y servicios “con el objetivo de facilitar transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de donde aquellas se concluyan en última instancia”⁶. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 comparte esta perspectiva, la de servicio facilitador de la celebración del contrato (“...las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia...o [la plataforma] haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate”)^{7 8}.

2. Espacios de intermediación

7. Por otra parte, al margen de los espacios de intermediación que resultan de los textos ya citados, el derecho europeo, en otros contextos negociales y sin utilizar la voz *intermediario* (o similar), da cabida a la *actuación de otro* (es decir, de alguien distinto a quien es parte contratante) justo en el momento de concluirse el contrato. Probablemente la cuestión que subyace a la identificación de estos espacios es la relativa a dónde *empieza* y donde *acaba* la función de intermediación, es decir, el *a partir de* qué momento y el *hasta cuando* una actuación implica desarrollo de una actividad intermediadora. Y es que la fijación de este abanico temporal resulta imprescindible para después determinar qué conductas, realizadas en este intervalo, pueden eventualmente acarrear la responsabilidad del intermediario (precisamente por tratarse de acciones que implican desarrollo de una función de *intermediación*) por falta de cumplimiento del contrato intermediado. En línea de principios, la intermediación empieza en el momento en el que pueda entenderse que empieza la negociación aludida en el art. 1.2 Directiva 86/653, la puesta en contacto del art. 3.12 Directiva 2023/2225 y la difusión a que se refiere el art.3 letra *i* Reglamento 2022/2065 y que subyace en la definición del art. 2.2, letra *b* Reglamento 2019/1150. En otros contextos negociales, la intermediación empezará allá donde se inicie la fase *precontractual*⁹, quizás prosiga hasta la fase, llamémosla, *pericontractual* (o justo antes de contratar)¹⁰ y alcance el momento mismo de la conclu-

⁶ Desde la perspectiva del proveedor profesional, el recurso a la plataforma entraña un sistema organizado de venta y prestación de servicios a los efectos del art. 2.7 y Cdo 20 Directiva 2011/83, de 8 de octubre, sobre derechos de los consumidores; ambos textos coadyuban a la tipificación del contrato a distancia

⁷ Véase el art. 2.1.3) Directiva 2016/97, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la distribución de seguros; se define en él al “intermediario de seguros”, que es la persona física o jurídica, distinta de una empresa de seguros, que realiza una actividad de “distribución de seguros”. Esta última categoría se desarrolla, a su vez, en el art. 2.1.1) Directiva 2016/97 y alcanza a “toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos”; nótese que el intermediario de seguros puede actuar en representación del cliente o en nombre y por cuenta de empresa de seguros (arg. art. 18, letra *a*, apartado *v* Directiva 2016/97).

⁸ Véanse el art. 10.3 Directiva 2019/944/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.6.2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y el Anexo I, 1, letra *a*, *al final*, Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; ambas disposiciones aclaran que, en los supuestos en los que la contratación se realiza “a través de un intermediario”, la información precontractual también debe facilitarse al cliente antes de contratar.

⁹ Véase el Cdo 20 Directiva 2011/83, que niega que la petición de información en un establecimiento implique siempre inicio de la fase precontractual del contrato que eventualmente se acabe celebrando. A efectos de la Directiva 2011/83 (que, en este particular, trata del contrato a distancia), lo relevante es que su “negociación y celebración” se realicen a distancia.

¹⁰ Sobre la expresión, L. ARNAU RAVENTÓS, “Derecho de desistimiento y faltas informativas relativas al precio”, *Revista Electrónica de Derecho*, vol. 34, núm. 2, 2024, pp. 61-63.

sión del contrato (tal y como avalan los art. 1.2 Directiva 86/653 y 3.12 Directiva 2023/2225, relativos a la celebración del contrato en nombre del profesional)¹¹. Por mucho que el intermediario pueda continuar desarrollando alguna función tras la perfección del contrato (y, en particular, relacionada con su ejecución o cumplimiento), en lo que aquí concierne (a saber: la eventual responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato principal), el fundamento de su eventual exigibilidad ha de reconducirse a la conducta por él desempeñada, ya sea antes, ya sea en el momento mismo de la conclusión del contrato; ello parte de entender que es precisamente la actividad enderezada a perfeccionarlo lo que, al menos, permite plantear si el intermediario es o debería ser *de algún modo* responsable del contrato finalmente celebrado. No hay, pues, *intermediación* en el sentido señalado si la primera aparición o toma en consideración del supuesto intermediario se sitúa tras la celebración del contrato¹².

8. La siguiente cuestión es si cualquier intervención en este espacio comercial implica considerar intermediario a quien interviene¹³. Y ya se ha visto, *vgr.*, de qué modo se modula la intensidad de tal actuación a efectos de etiquetarse como intermediadora, en las Directivas 86/653 y 2023/2225.

9. También se ha dicho que es atendiendo al momento de la *conclusión* del contrato que se han detectado, sin ánimo alguno de exhaustividad, espacios de intervención que, materialmente, cabe entender que pueden ser de intermediación porque, en una aproximación muy elemental, se sitúan *entre* las partes contratantes *en* el momento de celebrar el contrato materializando su perfección; sería tanto como decir que, en estos casos, se llega a favorecer o a auspiciar tanto la conclusión del contrato entre las partes contratantes que incluso se interviene en ella.

10. Es el caso, *vgr.*, del espacio ocupado por quien actúa en nombre o por cuenta del vendedor en el art. 2.3 Directiva 2019/771. La norma se preocupa solo de tipificar al “vendedor” (o al “empresario” en el caso del art. 2.5 Directiva 2019/770) a partir de su manera de actuar (“incluso a través...”), pero sin detenerse en quienes intervienen en su nombre o por su cuenta. El esquema es el mismo que el implementado en los art. 2.2 Directiva 2011/83 y 3.7 Directiva 2015/2302, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados; en ellos, se califica como “comerciante” o “empresario”, respectivamente, a quien eventualmente se sirva de otro que obra en nombre de aquellos o (solo) siguiendo sus instrucciones¹⁴; tales textos rehúyen ocuparse, al

¹¹ Véase A. PINTO MONTEIRO; M. MIRANDA BARBOSA, “A imposicao das obrigações decorrentes do DL nº 67/2003, de 8 de abril, ao intermediario na venda”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, año 147, nº 4011, 2028, p.380. Los autores aluden a la distinción entre quien *media* o *aproxima* a las partes, pero sin participar en el negocio, y quien se limita a disponer de un espacio de representación del bien en el mercado a fin de facilitar su contratación, pero sin asumir ninguna obligación en términos de búsqueda de interesados en contratar; no habría “mediación” en este caso.

¹² Se rehúye hablar de intermediación en el caso de intervención de un tercero en fase postcontractual o tras la conclusión del contrato (y, ello, prescindiendo del expediente que jurídicamente la ampare [*vgr.*, contrato a cargo de tercero; subcontratación...]). Se tratará de un tercero cuya actividad eventualmente ya se habrá contemplado al contratar pero que *no habrá intermediado* a estos efectos. Sencillamente proclamando la *irrelevancia* de quien materialmente acabe suministrando los contenidos o servicios digitales a efectos de determinar el régimen aplicable al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, véanse Cdo. 16 y art. 3.3 Directiva 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes; en el mismo sentido, art. 3.4 Directiva 2019/770, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

¹³ Tampoco todo tercero que actúa en las “fases previas de las cadenas de transacciones” (art. 7.1, letra *d* Dir. 2019/771) será intermediario en el sentido y contexto aquí tratados; que su actividad se desarrolle o proyecte *antes* de la conclusión del contrato no implica, necesariamente, que lo haga situándose *entre* vendedor y consumidor y que se dirija a *propiciar* la celebración del contrato. La norma (también lo hace el art. 8.1, letra *b* Directiva 2019/770) ya se ocupa de reconducir la posible incidencia *contractual* de la actuación de tal tercero (y, en concreto, de sus declaraciones públicas) hacia la falta de conformidad del producto y la responsabilidad exigible al vendedor o suministrador. Se hacía un uso más laxo del término, *vgr.*, en el art. 4 Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (“[C]uando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor perteneciente a una misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario...”).

¹⁴ Probablemente, la dicción de ambos textos a propósito de la manera de intervenir en el negocio de aquél *a través* de quien actúa el profesional influyó en la redacción del art. 2, letra *c*, de la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del

menos de *forma expresa*, de este *intermediario*. No puede desconocerse, sin embargo, que al amparo del art. 2.2 Directiva 2011/83 y a los efectos de lo dispuesto en este texto, en la sentencia *Tiketa*, el TJUE calificó como “comerciante” al intermediario que, al intermediar, actuó con un propósito relacionado con su actividad profesional y sin que en tal consideración influyera el hecho de haber informado o no al consumidor acerca de su intervención como intermediario¹⁵ ¹⁶. Por su parte, el art. 3, letra *f* Reglamento 2022/2065, relativo a la definición de “comerciante”, también extiende esta calificación a quien actúa a través de otro, que obra “en ...nombre o representación” de aquél¹⁷.

11. Cabe advertir que no hay, en este particular, mimetismo desde la perspectiva del consumidor, es decir, la definición que recurrentemente se proporciona de él (véase, *vgr.*: art. 2.1 Directiva 2011/83; art. 2.6 Directiva 2019/770; art. 2.2 Directiva 2019/771; art. 3, letra *c* Reglamento 2022/2065; art. 3.1 Directiva 2023/2225...) no explícita de qué *modo* debe actuarse para revestir tal condición. ¿Acaso no se es consumidor si se actúa a través de otro? O, dado que nada precisan aquellos textos, ¿*da igual* si se interviene personalmente o de otro modo?¹⁸ ¹⁹

12. Que, en los supuestos anteriores, se contemple expresamente la actuación del profesional a través de otro en el momento de la conclusión del contrato no precluye que, en estos mismos escenarios

Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM [2015] 0635 final), que ya califica a como “vendedor” a quien recurría a “otra persona que actúe en su nombre o *siguiendo sus instrucciones*” (en el texto definitivo, el destacado se reemplaza por la expresión “por su cuenta”). El art. 2.3 Directiva 2019/771 deja atrás, en cualquier caso, la definición del art. 1.1, letra *c* Directiva 1999/44, que quizás era menos precisa, pero, por ello mismo, quizás resultaba también más amplia, ya que, si por “vendedor” debía entenderse quien “mediante un contrato, vende en el marco de su actividad profesional”, sin duda lo era todo aquél que vendía *de cualquier manera* (así, en nombre propio o ajeno, por cuenta propia o ajena, por sí mismo o a través de otro...).

¹⁵ STJUE, de 24 de febrero de 2022, *Tiketa*, as. C536/20 (ECLI:EU:C:2022:112). Véanse, en especial, § 31 y 34.

¹⁶ En el contexto de la Dir. 2015/2302 y, en particular, de sus art. 3, 7, 8, y 9 resulta, desde la óptica que aquí interesa, que la función intermediadora *típica* está reservada al minorista (Cdo 23 “...Solo en aquellos casos en que otro empresario actúe como organizador de un viaje combinado, un empresario, normalmente un agente de viajes que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea, debe poder intervenir como mero minorista o intermediario, sin asumir responsabilidad como organizador”). Pero cabe también la (atípica) que puedan desarrollar todos aquellos que actúen en nombre o siguiendo las instrucciones del empresario, sea organizador, sea minorista. Nótese, además, que la función intermediadora del minorista no aflora (o no lo hace muy claramente) en la definición del art. 3.9 Dir. 2015/2302; resulta de ella que minorista es quien “vende” o (¿solo?) “ofrece” productos compuestos por otro, el organizador. Parece que la intermediación se explica, en este contexto, *por el simple* hecho o circunstancia de proyectar la actividad de venta sobre un producto *creado por otro*, pero nótese que, aun siendo así, si el contrato aparece celebrado con la agencia (y no con el organizador) no hay, estrictamente, intermediación jurídica (esto es: el minorista no intermedia entre nadie sino que, en nombre propio, vende un producto).

¹⁷ Sí se tipifica la figura del “agente” en el art. 3, apartado 44, de la Propuesta de Reglamento, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior (COM [2023]367, final). El texto sigue la estela de la definición, hoy vigente en este particular, del art. 4, apartado 38, de la Directiva 2015/2366, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre: primero, porque, a diferencia de la presentación que la Directiva 86/653 hace del agente comercial como *intermediario*, en aquellos textos se elude recurrir a esta categoría; segundo, porque en el primero se arrastra esa manera de definir, presente en el segundo, basada más en la ejecución de un servicio (“persona física o jurídica *que presta* servicios de pago” -la cursiva es nuestra-) que en su contratación; ciertamente, quizás la expresión “en nombre de un entidad de pago”, del art. 4, apartado 38, Directiva 2015/2366 (reformulada en el art. 4, apartado 38, de la Directiva 2015/2366 [“por cuenta de una entidad de pago”]) *pueda* dar la impresión de que el agente, no sólo ejecuta el contrato, sino que también participa en su conclusión, ya sea actuando en nombre de la entidad de pago, ya sea haciéndolo por su cuenta.

¹⁸ Véase Anne DE VRIES, “Liability of independent intermediaries in EU Consumer Law”, *Tilburg Private Law, Working Paper*, nº2/2019, p. 4, nota 17. Según la autora, la razón de la falta de paralelismo, en este particular, entre las definiciones recurrentes de *profesional*, *comerciante* o equivalente y las de *consumidor* es que la finalidad que albergan los textos europeos es la de proteger al consumidor y, de ahí, que lo que interese sea delimitar el hasta dónde llega (o a qué casos alcanza) la responsabilidad del primero y, de ahí, que el texto se preocupe más en las posibles maneras de actuar del profesional. La réplica sería que aquella finalidad (y las medidas tendentes a su implementación) solo tienen sentido si concurren circunstancias que revelan la *necesidad* de protección; desde esta perspectiva, no parece inoportuno plantearse también, como mínimo, hasta qué punto la actuación de un *consumidor* a través de un profesional *rebaja* o *relaja* aquella necesidad de protección. Sobre el particular, véase STJUE, de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive*, as. C177/22 (ECLI:EU:C:2023:185); de la sentencia resulta que la intervención de un profesional en la fase negociadora no impide necesariamente que se califique como consumidor a quien recurre a él a fin de negociar con otro profesional (§32)

¹⁹ La actuación del intermediario *en representación* del cliente está presente en el art. 18, letra *a*, apart. *v* Directiva 2016/97 y en el Cdo 22º, al final, Directiva 2015/2302.

contractuales y en fases negociales previas (*vgr.* durante la fase *precontractual*), también haya intervenido un intermediario (ya sea en nombre propio, ya sea en nombre y por cuenta del profesional) o en fin, que se detecte una actividad de intermediación en contextos negociales distintos a los expresamente contemplados en una u otra directiva²⁰.

3. Flancos de responsabilidad del tercero por incumplimiento ajeno

13. Aquel bosquejo prosigue ahora a propósito de posibles anclajes desde los que amarrar, en el derecho europeo, la posible responsabilidad de quien no ha intervenido como parte (y, si solo, *vgr.*, como intermediario) por causa de incumplimiento del contratante deudor.

A) *Quid* cuando la definición de “comerciante” incluye al intermediario: “comerciante”*v.* parte contratante

14. El derecho europeo, a propósito de la definición de comerciante, profesional o similar, no siempre ha seguido ni sigue el esquema de calificar como tal sólo a quien actúa profesionalmente, ya sea de forma personal, ya sea *través de otro*, eludiendo ocuparse de este *otro*. En otras ocasiones, aquél de quien se sirve el profesional para contratar queda embebido *expresamente* en la definición misma

15. Es un exponente de esto último el art. 2, letra *e* Directiva 2008/122, del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de enero, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; según el precepto la definición de “comerciante” alcanza a “toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre y por cuenta de un comerciante”²¹ ²². Las implicaciones de una definición similar tienen distinto alcance. En lo que aquí interesa²³, la cuestión

²⁰ En este particular, sin embargo, merece destacarse la *generalidad* de la Directiva 2011/83. A pesar de que la expresión “[A] efectos de la presente Directiva...” del art. 2 del texto pueda dar a entender que las definiciones que proporciona dicho precepto tienen un ámbito de aplicación limitado (así: solo en cuanto a lo regulado por la propia Directiva), resulta de que se trata de una Directiva aplicable siempre a *cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional*, salvo que se trate de un contrato expresamente excluido (art. 2.3 Dir. 2011/83) o que cuente con una regulación específica a nivel europeo (art. 2.2 Directiva 2011/83).

²¹ Hacía lo mismo, y con las mismas palabras, el art. 2 de la Directiva 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Las palabras eran otras en el art. 2, letra *c* de la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (*DOCE*, 11.12.98, pp.10-18); la definición de “proveedor” incluía a “la persona física o jurídica que, en el marco de sus actividades comerciales y profesionales...se sirva de intermediario en el suministro de estos servicios o para la celebración a distancia de un contrato entre las partes”. La voluntad, sin embargo, sí era la misma: incluir al intermediario en la categoría de “proveedor” a fin de que, según rezaba el Cdo 15 de la Propuesta, “habida cuenta de la naturaleza y del grado de esta participación, deben aplicarse a este intermediario las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, con independencia de su situación jurídica”. La referencia *expresa* al intermediario desapareció en el texto finalmente aprobado, que calificaba de “proveedor” a quien, *sin distinguir*, “presta los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia” (art. 2, letra *c*); curiosamente, el Cdo 19 Directiva 2002/65, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, reproducía el Cdo 15 de la Propuesta. Actualmente, a raíz de la derogación de la Directiva 2002/65 en virtud del art. 3 Directiva 2023/2673, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2011/83 en lo relativo a los contratos a distancia de servicios financieros, rige, para estos, la definición del art. 2.2 Directiva 2011/83; luego, en principio, el intermediario puede ser considerado “comerciante” en los términos señalados por la STJUE *Tiketa*, si se generalizan (véase *supra* nota 15).

²² Ninguna alusión se hacía al intermediario ni a la actuación a través de otro en la definición de “vendedor” prevista en el art. 2 Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

²³ Acerca de si la finalidad de la norma era la de responsabilizar al comerciante por los hechos llevados a cabo por quien actuaba en su nombre o interés o, sencillamente, como intermediario, nótese que el art. 2.2 de la Propuesta de Directiva sobre

es si deviene un posible anclaje al que aferrar la posible responsabilidad de quien actuó en nombre y por cuenta de otro en caso de incumplimiento del contrato subyacente por aquel en cuyo nombre o interés se actuó. Parece, por lo pronto, que es necesario distinguir, en el marco de una determinada regulación (luego, *a sus efectos*), entre etiquetar de un determinado modo a un partícipe en la transacción de que se trate (así, *vgr.* como “comerciante”) y convertirlo, por ello, en *parte* del contrato subyacente (que, como tal, debe y responde). De procederse de este modo, se pasaría absolutamente por alto, al menos, el significado y efectos de la actuación *en nombre/por cuenta de otro*. Nótese que el derecho europeo rehúye abordar directamente estas maneras de actuar. Esta resistencia se colige, *vgr.*, del Cdo 16 Directiva 2011/83 (“[L]a presente Directiva no debe afectar al derecho nacional en materia de representación legal, por ejemplo, a las disposiciones sobre la persona que actúa en nombre del comerciante o por cuenta de este tales como un agente o un fideicomisario...”) y del art. 1.2, letra g Reglamento 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuya virtud se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende obligar...”. El derecho europeo rehúye abordar estas maneras de actuar pero, al mismo tiempo, las tiene presentes y, aun sin regularlas, las contempla; de ahí que, por lógica, lo procedente, pueda pensarse, es permitir que la eficacia de la actuación en nombre de otro se desbroce desde el derecho interno y que sea desde este ordenamiento que se determine quién es parte contratante. Pero ¿qué interés tiene entonces calificar como también como “comerciante” a quien no es parte en el contrato subyacente? Este interés, ya se ha dicho²⁴, puede consistir en imponer, también a *ese* comerciante, obligaciones legales, que serían *propias* y de las que no cabría escudarse alegando que la actuación (eventualmente, infractora o incumplidora) se realizó a nombre de otro; en este sentido, el actuar *en nombre de otro* no bastaría para vincular (y responsabilizar) *solo a ese otro* a raíz del incumplimiento de tales obligaciones legales. Considerando “comerciante” también al intermediario, acaso se pudiera igualmente permitir al consumidor ejercer, frente a él, el derecho a desistir (dado que es “comerciante” [art. 7 Directiva 2008/122]). En este contexto, habida cuenta la remisión del texto, en cuanto a lo no previsto en él, a la legislación interna en materia contractual (art. 1.2 Directiva 2008/122), la conclusión provisional es que debe ser desde este derecho interno que se argumente la posible responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato subyacente sin que baste, a tal fin, la generosidad de la definición europea de “comerciante”²⁵. Sin embargo, procediendo así ¿no se protege menos de lo que impone proteger la Directiva que, al no distinguir, califique como comerciante al intermediario a todos los efectos (luego, también a los de un eventual incumplimiento contractual del contrato intermediado)? Se puede fácilmente replicar que, ciertamente, en la Directiva 2008/122 nada se establece en términos de responsabilidad por falta de cumplimiento.

16. Un comentario añadido merece el art. 2, letra *b* Directiva 2005/29, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus rela-

los derechos de los consumidores (COM [2008] 614 final) seguía la estela, *vgr.*, del art. 2 Dir. 577/85 (véase *supra*, nota 21), en el sentido de considerar “comerciante”, *también*, a quien actuaba, profesionalmente o no, en nombre o por cuenta de un comerciante. Durante la tramitación parlamentaria, el texto se modificó en el sentido de considerar “comerciante” a quien actúa incluso *a través* de otro que obra en su nombre o en su interés, abandonándose la calificación de *comerciante* también de este último. Véase *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on consumer right (First reading). Preparation for the next informal trilogue*, 1048/11, CONSOM 80 JUSTCIV 138 CODEC 859, Bruselas 30.5.2011, p. 3 (“[T]he use of this phrase in the definiton –“including through someone acting in his name or on his behalf- would make sure that the trader is covered by the provisions of the directive every time he acts through his representative. At the same time, the wording of the phrase avoids making the representative of the trader personally liable for the fulfilment of the trader’s obligations”). Sobre el particular, véase Anne DE VRIES, “Travel intermediaries ans responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture”, *EuCML*, 3/2016, p. 121; Anne DE VRIES, “Liability of independent...”, p.12. Nuevamente debe traerse a colación la STJUE *Tiketa* (véase *supra* nota 15) de la que, ciertamente, no deriva estrictamente la responsabilidad del intermediario por el incumplimiento del principal sino la configuración de las obligaciones previstas en la Directiva 2011/83 como obligaciones *propias* del intermediario, si lo hay.

²⁴ Véase *supra* nota 23, al final

²⁵ Véase § 33 STJUE *Tiketa*. El argumento del que se sirve el TJUE a fin de argumentar que la consideración del intermediario como “comerciante” no lo convierte, por ello, en parte contractual es que la Directiva 2011/83 “no determina la identidad de las partes del contrato celebrado con el consumidor en el supuesto de que el comerciante principal recurra a un intermediario, como tampoco regula el reparto de responsabilidades entre estos en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece”.

ciones con los consumidores. La definición de “comerciante” alcanza también a “cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”. La norma permite sustentar, por tanto, una responsabilidad por acto propio, esto es, por la práctica comercial desleal perpetrada por el intermediario²⁶. Sin embargo, la cuestión que aquí puede interesar debe plantearse desde otra perspectiva, a saber: la de si la práctica comercial desleal perpetrada (u ocasionada) por el comerciante en cuyo nombre o por cuenta se actúa, legitima pasivamente al intermediario en el ejercicio de acciones contractuales; en este sentido, el art. 11 bis (“[R]eparación”) Directiva 2005/29 da acceso al perjudicado “a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por daños y perjuicios y, cuando proceda, una reducción del precio o una resolución del contrato”²⁷.

B) El (superfluo) Cdo 23, al final, Directiva 2019/771

17. El Cdo 23 Directiva 2019/771, por una parte, afirma que: “[L]os prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor”; por otra, legitima a los Estados miembros a “ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva”²⁸. Resulta caso ocioso señalar que “a los efectos” de la Directiva 2019/771 es tanto como decir en materia de conformidad del bien al contrato de compraventa.

18. Los términos empleados en la primera parte del Cdo 23 Directiva 2019/771 habrían podido ser más claros. Si los prestadores de plataforma *son* y *actúan* como vendedores sin más, es decir, si les resulta aplicable *sin problema* la definición del art. 2.3 Directiva 2019/771, aquel Cdo es superfluo por innecesario; de hecho, podría resultar incluso perturbador por el tono solo *posibilista*, eventual, que denota la expresión “pueden ser considerados”; de otro modo, ¿por qué las plataformas solo *pueden* ser tratadas como vendedoras si lo *son*? Sin duda infringiría la protección mínima de la Directiva 2019/771 permitir, internamente, que determinados vendedores *ex art. 2.3* Directiva 2019/771 escapen de la disciplina que recoge el texto. El sentido de la norma, por tanto, debe pasar por aclarar que es posible tratar como vendedor (luego, como parte contractual) a quien realmente no lo es. Esta asimilación se supedita a que concurran dos circunstancias relativas a su actuación (“si actúan”): la primera es que se sitúe en el marco de su actividad profesional y la segunda que lo haga “en calidad de socio contractual del consumidor”. La expresión, que obedece a una poco acertada traducción de la versión en inglés de “contractual partner”, sugiere entender que la exigencia pasa por actuar *como parte contratante*; evidentemente, ni el texto precisa cuando debe considerarse que se está actuando así ni qué añade el “directo”²⁹.

19. A propósito de la legitimación que también parece reconocer el Cdo 23, al final, Directiva 2019/771, se diría que la ampliación interna el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas que resulten

²⁶ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* (2021/C 526/01) (DOUE, 29.12.2021). Según la Comisión, aquella responsabilidad por hecho propio puede desencadenar la responsabilidad *solidaria* del comerciante en cuyo nombre se ha actuado (p. 26); si el intermediario no es profesional, pero ha actuado en nombre de un “comerciante”, será este el infractor (p.26).

²⁷ Véase J. MARCO MOLINA, “La contratación de bienes y servicios...”, cit, pp. 279 a 282. La autora se pregunta sobre aquella legitimación (en especial, a propósito de acciones contractuales) en el marco de un contrato en el que no ha intervenido, como contratante, el intermediario pero en cuya celebración sí haya podido *influir* hasta tal punto de poder calificarse, dicha influencia, como práctica comercial desleal

²⁸ El Cdo 18 de la Directiva 2019/770 se pronuncia en los mismos términos y, por ello, sirve también para él lo que se dice en el texto. Nótese, sin embargo, que la Directiva 2019/770 no regula solo la conformidad del producto digital (art. 7 y 8) sino también la obligación de suministrarlo (art. 5) y su régimen de modificación (art. 19)

²⁹ Véase J. CAMPOS CARVALHO, *Os contratos celebrados Atraves de Plataformas Digitais*. Almedina, Coimbra, 2023, p. 317; M. R. GUIMARAES, *Contratação eletrónica e a intermediação das plataformas digitais nos contratos celebrados com consumidores*, (pendiente de publicación), p.18, nota 45.

de la transposición de este texto (y, de hecho, de cualquier Directiva, sea cual sea su nivel de armonización) se explica porque aquella medida se sitúa fuera del ámbito uniformizado y, fuera de él, la libertad del legislador interno es plena. En este sentido, el Cdo 23 Directiva 2019/771 nada añade al Cdo 21 del mismo texto, que explicita esta idea.

20. A pesar de que el Cdo 23 Directiva 2019/771 no proclama abiertamente la responsabilidad de tales *terceros* por el incumplimiento del contrato de compraventa, se diría que resulta implícitamente de su trato *como vendedor*. En cualquier caso, si implementar o no dicha asimilación y, en su caso, *modularla* o *calibrarla* o hacer lo propio con la responsabilidad subsiguiente de la plataforma, se deja a criterio y decisión del legislador interno³⁰.

C) La responsabilidad del fabricante por falta de conformidad del bien

21. Incidiendo en la delimitación del ámbito que la Directiva 2019/771 uniformiza plenamente (art. 4 Directiva 2019/771), su Cdo 18, al final, aclara que el texto “no debe afectar a las normas nacionales que establezcan medidas correctoras de naturaleza extracontractual de que dispone el consumidor en caso de falta de conformidad de los bienes, frente a las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones, por ejemplo los fabricantes...”. Parece que la alusión a “medidas correctoras” es omnicomprendensiva y, por ello, técnicamente poco rigurosa. La omnicompreensión la avala la rúbrica del art. 13 Directiva 2019/771 (“[M]edidas correctoras”), que se ocupa no sólo de los remedios destinados a *corregir* o subsanar la falta de conformidad (de forma que lo que acabe recibiendo el consumidor sea un producto conforme al contrato), sino también de la reducción del precio, la resolución del contrato y la suspensión del pago. A su vez, la falta de rigor técnico se explica porque con estos últimos remedios realmente *no se corrige* nada, sino que se altera (o sacrifica) la dinámica, llamémosla, ordinaria o deseada del contrato (y, así, acaba modificándose uno de sus elementos esenciales, deviene inexigible el pago del precio o, en fin, se extingue el negocio por una causa que no es, precisamente, el cumplimiento de las obligaciones generadas). Sea como sea, el Cdo 18 Directiva 2019/771 *parece* que toma partido ante la indecisión momentánea que mostró el legislador europeo, en el marco de la Directiva 1999/44, a propósito de la necesidad de imponer, en determinados casos y circunstancias, la responsabilidad del fabricante por falta de conformidad. Dos datos revelan ese paso al frente: el primero es que se abandonan los titubeos que revelaba el Cdo 23 Directiva 1999/94 y se hace claramente dejación de la cuestión al derecho interno, que es tanto como no creer necesario que sea el europeo el que la imponga o declare³¹; el segundo es que la idea de responsabilidad *directa* presente en la mente del legislador europeo

³⁰ A propósito de la responsabilidad del minorista, el art. 13.1, II Directiva 2015/2302 legitima a los Estados para “mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado”. El precepto, que declara la responsabilidad del organizador permitiendo que el legislador interno *añada* la del minorista, deja atrás el art. 5.1 Directiva 90/314, del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. La norma remitía al derecho interno la fijación del sujeto responsable por incumplimiento contractual; luego podía optarse por declarar responsable sólo al organizador o solo al detallista u optar por la responsabilidad de ambos (“...la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista...”); el añadido “que sean parte de dicho contrato” exigía ser interpretado como *participación* y no, estrictamente, como parte contractual; solo así cabría declarar, en su caso, la responsabilidad del detallista que había actuado *solo* como intermediario.

Véase Anne DE VRIES, “Travel intermediaries...”, cit, p. 125 (nota 67), en cuya opinión el modelo que proporciona la Directiva 2015/2302 podría emularse a propósito de la responsabilidad de las plataformas electrónicas o de cualquier otro intermediario. En cierto sentido, el Cdo 23 Directiva 2019/771 ya sigue este modelo que, en el fondo, *poco hace*: presupuesta la responsabilidad contractual de quien intervino como parte contratante (sea vendedor, sea el organizador), el derecho europeo nada impone a propósito de la responsabilidad de la plataforma: que sean los legisladores internos los que, si quieren, tomen partido.

³¹ Véase, acerca de si resultaría acertado o no abordar (y, en su caso en qué términos) la responsabilidad del fabricante por falta de conformidad del producto, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa*, COM (93) 509 final, Bruselas, 15 de noviembre de 1993, pp. 90-93. Véase, acerca de la Propuesta de Directiva sobre ventas a distancia (COM /2015/0635 final), destacando que en ella nada se decía sobre el particular, luego que no se abordaba una cuestión que el Cdo 23 Directiva 1999/44 reservó para una reflexión futura, E. ARROYO

de 1999³², transita hasta la de responsabilidad *extracontractual*, generándose la duda de si, dado que la responsabilidad de *otros* sujetos distintos al vendedor queda al margen de la Directiva 2019/771, el legislador nacional sigue conservando plena libertad a la hora de determinar su naturaleza contractual o extracontractual³³. Y, nótese, que tal libertad puede desplegarse frente a *cualquier* interviniente en las “fases previas en la cadena de transacciones” (Cdo 18 Directiva 2019/779)³⁴ y, ¿por qué no?, también debería tenerse a propósito de la *intervención* de alguien distinto al vendedor a propósito o con motivo de la transacción *última* o contrato finalmente concluido con el consumido .

III. Los fundamentos: desde la protección de la *apariencia* ... hasta el control o *influencia* ejercida por el intermediario sobre el negocio

22. A falta de anclaje europeo, legal y expreso, del que derivar la responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato intermediado (o, de otro modo, por incumplimiento *ajeno* de un contrato en el que *tampoco* se es parte), se pretende incidir en las ideas de *apariencia* y *control* que, *colateralmente*, sí están presentes en aquella regulación.

1. Sencillamente: es “vendedor” el intermediario que *aparenta* vender por cuenta propia

23. La STJUE de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet*, as. C149/15³⁵ dilucida si debe ser considerado “vendedor”, a efectos del art. 2, letra *c* Directiva 1999/44, de 25 de mayo, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de las ventas y las garantías de los bienes de consumo, el intermediario que “crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor haciéndole creer que actúa en calidad de vendedor titular del bien” (§ 34 y 41). Según el TJUE, la apariencia generada por el intermediario justifica etiquetarlo o posicionarlo como “vendedor” a los efectos del precepto. Interesa apuntar: qué circunstancias conformaron esa apariencia o, de otro modo, de qué datos o informaciones debería haber sido informado el consumidor a fin de evitarla; qué sugiere, ante todo ello, la definición de vendedor del art. 2.3 Directiva 2019/771 y qué evolución ulterior experimenta la *apariencia* (*rectius*: su protección) en este contexto.

A) La *apariencia*: acerca de cuándo la hay y cuándo deja de haberla

24. El art. 2, letra *c*, Directiva 1999/44 definía al “vendedor” como aquél que, mediante contrato, vendía un bien de consumo en el marco de su actividad profesional. El precepto no distinguía y, por ello, una interpretación amplia y generosísima del mismo habría podido propiciar su aplicación a todo aquel que actuara profesionalmente *de cualquier modo* (así, en nombre propio o ajeno, por cuenta

AMAYUELAS, “La Propuesta de directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *Indret*, 3/2016, p. 6.

³² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre las garantías...*, cit, p. 90. Se divaga a propósito de una posible responsabilidad *directa* y *conjunta* del vendedor y del fabricante si bien, a propósito de la de este último, se sugiere concentrarla en las acciones de reparación y sustitución dado que, al no haber intervenido en el contrato, se estima técnicamente inapropiado que el consumidor pueda esgrimir frente a él las de reducción del precio y resolución.

³³ En este particular, las cosas no han cambiado a raíz de la aprobación de la Directiva 2024/1799, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de junio, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes. El texto se sitúa al margen de la responsabilidad del vendedor en virtud de la Directiva 2019/771 (art. 2.2 Directiva 2024/1799), que en ningún caso se modifica a efectos de introducir (luego, de imponer) alguna variante de responsabilidad del fabricante durante el plazo de garantía.

³⁴ Piénsese, *vgr.*, en el *tercero* cuya declaración pública deviene criterio objetivo de conformidad y determina la responsabilidad del *vendedor* (art. 7.1, letra *d* Directiva 2019/771).

³⁵ ECLI:EU:C:2016:840

propia o ajena, como intermediario...)³⁶, ocupando la posición vendedora³⁷. Sin embargo, se desprende de la STJUE que hubiese desmerecido aquella calificación el conocimiento, por la compradora, de la actuación del establecimiento “por cuenta” de otro (§ 45); de hecho, en el caso, es precisamente el desconocimiento de tal circunstancia el argumento en el que el TJUE basa la calificación del intermediario como vendedor. En este contexto, se desprende de la STJUE que a fin de saberse que el establecimiento estaba actuando por cuenta de otro hubiera bastado con trasladar a la compradora que la titularidad del vehículo era ajena (§39 y 44); tal revelación, sumada a la *falta* de datos que indicaran que el establecimiento *no* disponía autorización para vender, habrían permitido a la consumidora saber que la venta se llevaba a cabo por cuenta de otro y no del propio establecimiento. Pero, si basta con actuar “por cuenta” de otro, y que ello sea conocido por quien compra, para no merecer la condición de “vendedor”, entonces ¿es que no importa *en nombre* de quien se actúa? Interesa trascender del caso para ahondar en cómo, en la resolución, se vinculan la idea de *apariencia*, la manera de actuar del establecimiento y la titularidad del bien.

25. En el caso resuelto por la STJUE *Wathelet*, el establecimiento aparentó vender él (luego, en nombre e interés propio) un bien propio. La apariencia la habría generado (y con ello habría bastado) su simple actuación *sin revelar* a la compradora ningún dato con suficiente potencial como para romper aquella apariencia razonable. Ciertamente, del relato que resulta de la sentencia parece que el contrato se concluye sin explicitarse este extremo, luego era del todo excusable que la compradora creyera que el *vendedor* era quien actuaba y se mostraba como tal³⁸.

26. Es cierto que cabría replicar al TJUE que cabe vender *por cuenta propia* un bien *no propio* o, de otro modo, que la titularidad ajena del objeto debido no implica, inexorablemente, estar actuando por cuenta de quien sea su titular. La eficacia obligacional del contrato (que técnicamente explica su posible proyección sobre un bien futuro [art. 1.4 Directiva 99/44 y art. 3.2 Directiva 2019/771] luego, en definitiva, sobre un bien cuya titularidad no ostente el vendedor al tiempo de la conclusión del negocio)

³⁶ En aquel momento, al definir al “proveedor”, tampoco hacía distinción alguna el art. 2.3 Directiva 97/7/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; igualmente, al definir al “vendedor”, nada distinguía el art. 2 Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Ni matizaba ni matiza nada el art. 2, letra c Directiva 93/3.

³⁷ La réplica a esta interpretación podía venir dada por aquellos preceptos que, en cambio, en aquel momento sí incluían expresamente al intermediario en la definición de empresario o profesional (*vgr.* art. 2 Dir. 85/577) y que avalaban argüir que, si tal referencia no aparecía en otros textos, es porque, en ellos, no se les consideraba profesional o comerciante. Sin embargo, la STJUE *Tiketa* (véase *supra* 15) revelaría el desacierto del argumento.

³⁸ La apariencia también puede proyectarse sobre la condición o calidad de consumidor. Véase, en este sentido, la STJUE de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive*, as. C177/22 (ECLI: EU:C:2023:185). El caso resulta especialmente interesante dado que la controversia versaba acerca de la condición o no de consumidor de quien compró un vehículo a un vendedor profesional siendo así que en la negociación previa había intervenido la pareja de hecho del comprador, profesionalmente dedicada también a la compraventa de automóviles y que “intermedió en la compraventa como concesionario de automóviles” (§19). Entre otras circunstancias del caso, el comprador había firmado un modelo estandarizado de compraventa en el que se le designaba como “empresa” y se hablaba en términos de “[O]peración comercial”. Se suscitaba entonces la cuestión de si todo ello había podido dar la impresión al vendedor de estar contratando con un *no* consumidor. Según el TJUE, a falta de elementos objetivos que permitan saber con qué propósito o finalidad actuó el comprador, cabe valorar “si, por su propio comportamiento respecto de su cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales, de modo que el cocontratante podía legítimamente ignorar la finalidad privada de la operación en cuestión” (§32); en tales casos, *dar la impresión de actuar como profesional* equivale a *renunciar* a la protección dispensada como consumidor (§35). En particular, a propósito de la intervención de un intermediario *profesional*, considera el TJUE que se trata solo de *un dato más* a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional remitente a fin de valorar si se dio o no aquella impresión de actuación profesional (§ 39). El TJCE ya había equiparado la apariencia de contratar como profesional a la renuncia a ser protegido como consumidor en los § 51, 52 y 53 STJCE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, as. C464/01 (ECLI: EU:U:2005:32). Otra proyección de la apariencia es la que se insinúa en el § 25 STJUE *Wathelet*, a propósito de la legitimación, por parte del intermediario, para poder vender un bien perteneciente al autorizante. La apariencia se genera, en el caso, a raíz de no existir “indicios en los autos que permitan llegar a la conclusión de que el taller Biethers no había recibido autorización por parte de la propietaria del vehículo para proceder a su venta”. Acerca de la actuación aparentemente realizada bajo el control de una plataforma de intermediación, véase *infra* III, 2, A).

facilita la hipótesis³⁹. En cualquier caso, la viabilidad jurídica de esto último (esto es, la compatibilidad, en este espacio, entre la actuación por cuenta propia y la titularidad ajena del bien comprometido) quizás no está reñida con el hecho de entender que basta con señalar que el bien es de otro para romper de tal modo la apariencia generada al comprador que ya no quepa pretender, por parte de éste y al amparo de la protección que merece quien razonablemente confía en ella, que el establecimiento responda como vendedor; sería tanto como decir que el conocimiento de aquella titularidad resquebraja, quizás no del todo, pero sí lo suficiente, la apariencia necesaria para, con base solo en ella, etiquetar al intermediario como vendedor. Ciertamente, según los § 37 y 38 STJUE *Wathelet*, tal información no habría bastado, siendo necesario, además, haber añadido que el propietario no era profesional. Pero ¿de verdad que tales informaciones hubiesen determinado un fallo distinto al que recayó?; ¿no habría sido necesario analizar *en nombre* de quien se actuaba *a pesar* de colegirse que se hacía *por cuenta ajena* por el simple hecho de que el vehículo era de *otro*?⁴⁰

27. Sin duda que, al menos desde el derecho español, lo que determina a quien vincula el contrato no es tanto *por cuenta de quien se actúa*, sino *en nombre de quien se hace* (arg. art. 1717, a contrario, Código civil). Desde el derecho europeo, que ya se ha dicho que rehúye abordar el instituto de la representación⁴¹, quizás algo más sí puede añadirse a la luz de la definición de “vendedor” del art. 2.3 Directiva 2019/771.

B) La actuación en nombre o (¿solo?) por cuenta del vendedor: entre otros, el art. 2.3 Dir. 2019/771

28. Jurídicamente, la actuación *en nombre* de otro (o *contemplándolo*) permite *poner* lo hecho *en cabeza* de aquél a cuyo nombre se ha actuado; así, *vgr.*, si de la conclusión de un contrato se trata, parte contratante será el representado y, en consecuencia, será también él quien quede vinculado contractualmente y quien asuma el contenido obligacional que resulte del negocio celebrado⁴². *De alguna manera*, esta idea está presente en el art. 2.3 Directiva 2019/771; así, si es “vendedor” quien vende “incluso a través de otra persona que actúe en su nombre” (es decir, en la del vendedor) es porque esta manera de actuar mantiene en aquella posición contractual a aquel en cuyo nombre se contrata, como si hubiese actuado por sí mismo y en su propio nombre. Pero el precepto establece que las cosas también suceden así si el intermediario se limita a actuar “por ...cuenta” del vendedor. La disyuntiva aparece igualmente en el art. 2.2 Directiva 2011/83, si bien a propósito de las instrucciones dadas por el “comerciante” (“... en su nombre o siguiendo sus instrucciones...”). Contrariamente, no se concibe actuación en nombre

³⁹ Nótese que, de alguna forma, el TJUE vincula la posición de vendedor a la de titular del bien y lo hace a propósito de una directiva que, formalmente, *no* imponía la obligación de transmitir la propiedad (sí lo hará, más tarde, el art. 2.5 Directiva 2011/83) y sí, solo, la de garantizar la conformidad del bien al contrato. Desde esta perspectiva, no ser propietario al tiempo de la conclusión del contrato no tendría por qué verse como un indicio de actuación a cuenta de otro toda vez que la conformidad, entendida materialmente, no exige, estrictamente, haber transmitido la titularidad (véase OLIVEIRO, FRANCESCO, “Intermediary and concept as “seller” in the Sale of goods”, *European Review of Contract Law*, vol. 13 (2), 2017, pp. 2019-237). A fin de argumentar que la Dir. 99/44 solo exigía garantizar la conformidad material del bien, cabe aducir el talante (material) de los criterios de conformidad del art. 2.2 Directiva 99/44 (léase, las cualidades del bien, su calidad, sus prestaciones y aptitud para determinados usos...) y la irrupción de la conformidad jurídica en la Directiva 2019/771 (véanse Cdo 35 y art. 9); nótese que, en esta, la definición de “compraventa” recoge la obligación de transmitir la propiedad y, en cambio, elude toda referencia a la de garantizar la conformidad del bien al contrato (art. 2.1 y Cdo 23).

⁴⁰ A propósito de la esencia de la representación, acerca del tránsito de la actuación *en nombre* del representado a (solo) la actuación *por su cuenta*, B. FERNÁNDEZ GREGORACI, “Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL”, *Indret*, 4/2008, p.5.

⁴¹ Véase *supra* 2.3.A).

⁴² Resulta incluso ocioso añadir que, si se actúa frente a terceros en nombre de otro, no cabe apariencia razonable de estar haciéndolo en nombre propio y es que, propiamente, solo es actuación en nombre ajeno aquella que trasluce, revela o exterioriza esta manera de hacer y no la que se realiza *queriendo* actuar en nombre de otro pero *sin declararlo*. Cuestión distinta es qué implica realmente actuar en nombre de otro; más allá del conocimiento por el tercero de la existencia de un *negotio domini*, la eficacia de esta manera de actuar debería abarcar un acuerdo de heteroeficacia negocial y en virtud del cual dicho tercero y el representante convengan en que los efectos del negocio vincularán a aquel *domini* y no al representante (véase B. FERNÁNDEZ GREGORACI, “Representación directa...”, cit, pp. 6-7).

de otro sin que, *además*, se realice por su cuenta (“en nombre y por cuenta”) en los art. 1.2 Directiva 86/653⁴³, art. 18, letra *a*, apart. v Directiva 2016/97 y art. 2, letra *e* Directiva 2008/122⁴⁴. Se constata, en fin, una disparidad de criterios en cuanto a cómo debe proceder aquél a través de quien actúa el vendedor o empresario a fin de, en estos casos, seguir considerando como tal a este último. En lo que aquí interesa, se observa que, en determinados contextos (en concreto, allí donde se completa un actuar “en nombre o por cuenta del comerciante”), basta la actuación *por cuenta de* alguien, pese a no actuar en *su nombre*, a fin de que quien se sirve de otro quepa en la definición de vendedor, comerciante o proveedor⁴⁵.

29. ¿Qué más sugiere la sucesión en las definiciones de “vendedor”? La STJUE *Wathelet*, que aplica el art. 2 Directiva 99/44, solo indirectamente coincide con lo que, después, explicita el art. 2.3 Directiva 2019/771. Y decimos indirectamente porque de la resolución se deduce que si el establecimiento hubiese actuado por cuenta del titular del bien (se entiende, a sabiendas de la compradora), el establecimiento no hubiese recibido el trato de “vendedor” y, de ahí, que tal condición hubiese recaído (solo) en el propietario⁴⁶. En la Directiva 2019/771, también es “vendedor” quien se sirve de otro que actúa por cuenta de aquél. Ni en una ni en otra directiva se exige que este *otro* actúe profesionalmente: ni el art. 2.3 Directiva 2019/771 lo impone ni la STJUE *Wathelet* apostó por este requisito a la luz del art. 2, letra *c* Directiva 99/44; cuestión distinta es que, a fin de generar la apariencia de estar vendiendo por cuenta propia a un *consumidor*, sea precisa una actuación profesional como vendedor. Sea como fuere, conocida la naturaleza de la Directiva 99/44 como de protección mínima (art. 8) y la armonización plena de la Directiva 2019/771, lo que en cualquier caso hubiese resultado o sería no conforme al derecho europeo sería descartar la condición de vendedor de quien se sirve de otro que actúa *por cuenta de* dicho vendedor pero *en nombre propio*; es decir, no es posible (dado que ello determinaría aquella falta de conformidad) que el régimen interno de la representación implique atribuir la condición de “vendedor” a quien *vende en nombre propio* (precisamente porque actúa así) y negarla a aquél por *cuenta de quien* actúa este *representante indirecto*; desconocer a este “vendedor” implicaría claramente proteger menos y estaría por ver si considerar “vendedor” a ambos (a uno porque actúa *en nombre propio* [y tal es el efecto según el derecho interno] y al otro porque se contrata *por su cuenta* [tal como contempla la Directiva 2019/771]) podría implicar vulneración de la protección plena de este último texto.

30. Pero, más allá de si mantiene la condición de “vendedor” quien recurre a otro para actuar, interesa aquí incidir en la apariencia generada por el intermediario de estar vendiendo, como mínimo, por su propia cuenta. ¿*Quid* si actúa *simpliciter*, es decir, aludiendo solo a su condición de *intermediario* pero sin expresar, además, estar actuando en nombre y por cuenta de nadie? De hecho, ¿revelar tal condición bastaría para desvelar, como mínimo, que se está actuando *por cuenta de* alguien (una cosa

⁴³ El precepto sugiere preguntarse por qué no se contempla, además de la conclusión, la negociación *a nombre de otro*. La sola negociación (que, según la norma, el agente realiza “por cuenta de otro”) puede acarrear también efectos jurídicos (*vgr.* a propósito de su ruptura, a propósito de alguna actuación realizada en esta fase precontractual que, después, pueda hacerse valer como acto propio...) y, desde esta perspectiva, también podría tener cabida en ella la actuación *en nombre de otro* a fin de desviar hacia él los efectos de lo realizado en esta etapa.

⁴⁴ En el art. 3, letra *f* Reglamento 2022/2065, la razón última o significado de la alternativa “en su nombre o representación” es poco claro; la expresión suscita la duda de si los términos se emplean como sinónimos o equivalentes o de si cabe representación más allá de la actuación en nombre del representado (así, *vgr.*, solo por su cuenta).

⁴⁵ No se cree, sin embargo, que de la expresión se colija que, en el derecho europeo, quepa actuar *en nombre de alguien* sin que, a la vez, se actúe también *por cuenta* suya. Lo segundo acompañará a lo primero. Cuestión distinta es si la actuación *por cuenta de* alguien puede coexistir o implicar actuación *en interés de* alguien distinto (como si, *vgr.*, un intermediario cumple con su encargo no sólo porque ello interesa a quien se lo ha encomendado [y, por tanto, intermedia *en interés de* su principal], sino también porque, cumpliendo, resulta exigible la remuneración pactada a su favor; el intermediario estará actuando también en *interés suyo*). Y también es cuestión distinta la de valorar si cabe actuar *en interés de alguien* pero *sin seguir sus instrucciones*, bien porque no las haya, bien porque no se atiendan; nótese, en este sentido, que a los efectos de las definiciones de los art. 2.2 Directiva 2011/83 y 3.7 Directiva 2015/2302, no basta con la actuación *por cuenta de* sino que, en concreto, se exige o bien la actuación *en nombre* del empresario, o bien la actuación *siguiendo sus instrucciones* (que es tanto como decir que no cabe *actuar de cualquier manera siempre que sea por su cuenta*, sino que, en concreto, debe hacerse cumpliendo aquellas indicaciones).

⁴⁶ Lo que la STJUE tampoco aborda (sencillamente porque las circunstancias del caso no dan pie a ello) es si, dada la apariencia de vendedor del establecimiento, el propietario del vehículo había asumido o no en algún momento esta misma condición contractual. Véase, acerca de si la compradora habría podido elegir a quien reclamar, F. OLIVIERO, “Intermediary...”, cit, p. 236.

llevaría necesariamente a la otra) y que es a ese alguien a quien debe considerársele “vendedor” y no al propio intermediario? No parece descabellado concluir que, si según la STJUE *Wathelet* hubiese bastado, para levantar el velo de una aparente contratación por cuenta propia, con informar a la compradora que el bien era de otro, también debería tener ese mismo efecto enervante la actuación en concepto o a título de intermediario; no habría, como mínimo, apariencia *suficiente* de contratación por cuenta propia. En este esquema, sin embargo, no puede descuidarse de qué manera ha evolucionado el particular, precisamente, a fin de evitar situaciones solo aparentes que deban protegerse⁴⁷.

C) *Más vale prevenir...: los deberes de información acerca de cómo se actúa*

31. Revelar que se actúa solo como intermediario o por cuenta de otro (luego, *no* como vendedor) puede estimarse como suficiente para quebrar la apariencia de actuación por cuenta propia, pero sin duda no basta ni equivale a indicar *quien vende*⁴⁸; esto significa que, a pesar de destruirse toda apariencia, la situación puede ser o devenir igualmente *confusa, por falta de claridad acerca de con quién se contrata*. En la STJUE *Wathelet* ya se esboza, al menos, la idea según la cual tan relevante es conocer que se actúa por cuenta de otro como la condición (profesional o no) de este último (§ 37). La sentencia, sin embargo, no explicita si informar de lo primero omitiendo lo segundo acarrea también considerar “vendedor” al intermediario, es decir, a alguien que, a fin de cuentas, sí ha revelado que no actúa por cuenta propia; una respuesta positiva deberá basarse en algo distinto a la apariencia; en la sentencia, se alude al llamado efecto útil de la Dir. 99/44 (§39).

32. En la línea apuntada, un fundamento legal incontestable lo hubiese proporcionado el art. 7.1 de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁴⁹. Imponía al intermediario “antes de la celebración del contrato”, el deber de informar a la contraparte acerca de la condición no profesional de aquél en cuyo nombre y por cuya cuenta se estaba actuando y, por tanto, acerca de la no sujeción del negocio finalmente otorgado a las reglas dimanantes del texto europeo⁵⁰. Pero si por algo era especialmente aplaudible del precepto era porque anudaba una consecuencia al incumplimiento del deber informativo⁵¹, que pasaba por *considerar* que el intermediario había celebrado el contrato en nombre propio⁵². Esto último *implícitamente* permitía deducir que el precepto contemplaba la intervención de un intermediario *profesional* y, de ahí (y de su actuación *considerada* hecha en nombre propio), la sujeción del contrato a las reglas de la directiva por tratarse de un contrato celebrado entre profesional

⁴⁷ Si se cotejan las enseñanzas que resultan de la STJUE *Wathelet* con las de la STJUE *Tiketa* resulta que: primero, a los efectos de la Directiva 2011/83, *también* es “comerciante” el intermediario, aun cuando no exprese que actúa como tal, en nombre o por cuenta de otro; segundo, que esta manera de actuar erradica el riesgo de apariencia de contratación en nombre o por cuenta propia y, de ahí, que dicho intermediario no sea vendedor, ni a la luz del art. 2 Directiva 99/44, ni a la del art. 2.3 Directiva 2019/771.

⁴⁸ DODSWORTH, T.J., “Intermediaries as sellers- a Commentary on *Wathelet*”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2/2017, p. 214.

⁴⁹ COM (2008) 614 final. Nótese que el documento, de fecha 8.10.2008, es claramente posterior a la Dir. 99/44, pero anterior tanto a los hechos de los que deriva la STJUE *Wathelet* como a la propia sentencia.

⁵⁰ A propósito de la categoría de “intermediario” del art. 7.3 de la Propuesta, el Cdo 20 del texto dejaba al margen “las plataformas en línea que no celebran el contrato en nombre o por cuenta de cualquier otra parte”. El precepto, por tanto, solo aspiraba a imponer aquel deber informativo específico al intermediario que llegaba a intervenir en la conclusión del negocio, luego dejaba al margen a las plataformas (y, cabe entender, a cualquier otro intermediario) cuya función intermediadora no alcanzaba dicho momento.

⁵¹ Previsión inexistente para el caso de omitirse otras informaciones, salvo en lo relativo a gastos adicionales (que, de no ser informados, devenían inexigibles [art. 6.2 Propuesta]), a la facultad de desistir (cuyo plazo de ejercicio se ampliaba [art. 6.2 y 13 Propuesta]) y a la tipificación del incumplimiento como infracción administrativa (art. 6.2 y 42 Propuesta)

⁵² Véase BUSCH, C, SCHULTE-NÖLKE, H., WIEWIÓROWSKA- DOMAGALSKA, A., ZOLL, F., “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2016, p.6. Los autores recelaban hacer depender la determinación de una de las partes contratantes *solo* de la infracción, por su parte, de un deber de información precontractual como el contemplado en el art. 7.1 de la Propuesta y apostaban, desde la prudencia, por tener en cuenta, *además*, otros criterios o circunstancias; sí admitían abiertamente la posibilidad de exigir al intermediario, si no informó, una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento.

y consumidor. En aquella propuesta, nótese: primero, que la imposición al intermediario, a raíz y por causa de su infracción, de la condición de parte contractual se expresaba de forma *indirecta* por la vía de considerar, ficticiamente, que había actuado *en nombre propio* (y no solo, por cierto, *por cuenta propia*); segundo, que el precepto no contemplaba ninguna salvedad al estilo del art. 5 del mismo texto, relativo a los deberes *generales* de información precontractual (“salvo que resulte evidente por el contexto”); tercero, que se trataba de un deber informativo cualificado, en el sentido que no solo debía informarse de la condición no profesional de aquél por cuya cuenta y nombre se actuaba sino, también, de la consecuencia más inmediata anudada a su condición de “particular”, a saber: la no aplicación de la directiva al contrato celebrado⁵³. Por lo demás, el art. 7.3 de la Propuesta podía dar a entender que considerar que la actuación del intermediario se había realizado en nombre propio solo procedía si no se había facilitado la información relativa a la condición de “particular” de la contraparte y a su más inmediato efecto. Sin embargo, según el art. 5.1, letra *b*, al final, de la Propuesta, también debía informarse al consumidor, antes de contratar, acerca de “la identidad del comerciante por cuya cuenta” se estaba actuando. Es cierto que, en este caso, no se contemplaba ningún efecto específico para el caso de omitirse esta información (que concernía, nótese, no solo a la actuación por cuenta de otro, sino también a su identidad), pero tal ausencia no se cree que hubiera impedido acabar concluyendo, al menos, que la actuación *aparentemente* realizada por cuenta propia (aunque lo fuera, en realidad, por cuenta de otro comerciante) debería considerarse, a todos los efectos, como realizada de este modo: por cuenta propia del intermediario.

33. El art. 5 Directiva 2011/83, relativo a los requisitos de información de los contratos que no son ni a distancia ni fuera de establecimiento mercantil, omite toda referencia a la contratación por cuenta de otro; el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83 sí alude, pero solo a propósito de aquellas maneras de contratar, a la “identidad del comerciante por cuya cuenta se actúa”⁵⁴. A raíz de la reforma de 2019⁵⁵, el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83, en lo que aquí interesa, sigue diciendo lo mismo y el art. 6 bis Directiva 2011/83, que rige *solo* (¿por qué?) para los “mercados en línea” (art. 3.17 Directiva 2011/83), impone a su proveedor el deber precontractual de informar al consumidor: primero, “b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea”; segundo, cuando no lo sea, “que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato” (art. 6 bis, letra *c*); tercero, “cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose dicha información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero comerciante tenga en relación con el contrato” (art. 6 bis letra *d*). Más allá de la (injustificada) limitación subjetiva de tales deberes informativos (que se imponen

⁵³ El efecto de la infracción del deber informativo, sin embargo, no se desarrollaba tanto como el contenido del propio deber, es decir, afectaba solo al modo en que se consideraría que el intermediario había actuado (“en nombre propio”), pero sin añadir que el contrato celebrado se sujetaría, entonces, a las reglas del texto europeo.

⁵⁴ Nótese, en este sentido, la distinta perspectiva de los art. 2.2 y 6.1, letra *c* Directiva 2011/83; según el primero, literalmente, es “comerciante” (luego, el obligado a informar [art. 6.1 Directiva 2011/83]) aquél que se sirve de otro a fin de actuar; a raíz de la STJUE *Tiketa*, también lo es el intermediario profesional. En el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83, el “comerciante” que debe informar es el intermediario; solo así tiene sentido que se imponga el deber de informar acerca de “la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa”. Véase C. WENDEHORST, “Platform Intermediary Services and Duties under the E- Commerce Directive and the Consumer Rights Directive”, *EuCML*, 1/2016, p.33.

⁵⁵ Véase art. 4.5 Directiva 2016/2019, del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores en la Unión. Nótese que el punto de partida del legislador europeo, no es tanto evitar situaciones de *clara apariencia* de contratación con la plataforma (es decir, situaciones en las que clarísimamente un consumidor razonable habría pensado que se estaba contratando directamente con la plataforma), sino situaciones de *confusión*, es decir, situaciones en las que no aparece de forma clara (aparente o no) con quien sea está contratando (véase Cdo 24 Directiva 2016/2019 “los consumidores...no entiendan claramente quienes son sus contrapartes contractuales y como se ven a afectados sus derechos y obligaciones”).

sólo a los proveedores profesionales de aquel tipo de mercados⁵⁶), nada se contempla, en concreto, a propósito de su infracción^{57 58}.

34. Nótese que las letras *b* y *c* del art. 6. bis Directiva 2011/83 no imponen informar acerca de si la contratación se realiza por cuenta o/y nombre propios o por cuenta/nombre de tercero. La manera o modo de actuar no es una mención informativa. Puede pensarse que las letras *d* y *e* del art. 6. bis Directiva 2011/83 se sitúan, por decirlo de algún modo, *antes* y *después* del momento de la conclusión del contrato porque la situación que se contempla es la de un intermediario que *no participa* en tal conclusión; de ahí que, en vistas del contrato futuro a celebrar *entre* oferente y destinatario, se imponga a la plataforma la obligación de informar al consumidor de la condición profesional o no de aquél con quien contratará y, a resultas de ello, del régimen jurídico del contrato principal subsiguiente. La participación de un intermediario en la conclusión queda embebida en el art. 6.1, letra *c* Directiva 2011/83 pero solo para el caso de actuación *por cuenta de un comerciante*. En cuanto al reparto de las “obligaciones derivadas del contrato” (art. 6 bis, letra *d* Directiva 2011/83), ¿se puede repartir como se quiera y, ello, hasta el punto (que sería extremo) de asumir el intermediario todas las obligaciones contractuales pese a que el contrato se concluyó entre el consumidor y el proveedor, comerciante o particular?⁵⁹ O, a la inversa: pese a que sea la propia plataforma la que ha contratado (así, actuando en nombre propio), ¿puede ser el proveedor aquél a cuyo cargo *queden repartidas* las obligaciones contractuales? El reparto a cargo de quien no es parte contractual ¿excluye toda responsabilidad de quien sí lo es? Y, en fin, más allá de aquel reparto (que, debe insistirse, se proyecta sobre las obligaciones *repartibles* entre tercero oferente y plataforma), ¿no debería informarse también al consumidor acerca de *con quien*, exactamente, *va a celebrarse el contrato*, luego, frente a quien asume, *vgr.*, la obligación de pago del precio? Y es que, en el fondo, la cuestión principal que se suscita es si basta con proporcionar los datos del art. 6 bis Dir. 2011/83 a fin de que el consumidor

⁵⁶ En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, se entiende que, en tales preceptos, la referencia a los “servicios” (“bienes, servicios o contenido digital”) no se limita a los digitales.

⁵⁷ Hay quien, a la luz de la Propuesta de la que trae causa la Directiva 2161/2019 (véase art. 2.4 de aquel texto [COM/2018/185 final]), se consolaba afirmando que, en cualquier caso, aun a falta de despliegue de los términos y extensión de la responsabilidad de la plataforma que no informa debidamente, “the immunity veil” is pierced” (véase, P. IAICELI, “Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) veil of digital Immunity”, *European Review of Contract Law*, 4/2015, p. 418). El incumplimiento de deberes informativos impuestos a la plataforma sí acarrea responsabilidad en las ELI Model Rules on Online Platforms (véase en EUROPEAN LAW INSTITUT, *Model Rules on Online Platforms*, Viena, 2019). El art. 13 impone a la plataforma el deber de informar al cliente (sea o no consumidor) que el contrato se celebra con el proveedor, y no con ella; según el art.15 del mismo texto, el incumplimiento de tal deber conlleva poder interponer, *también contra la plataforma*, los derechos y acciones derivados del contrato celebrado entre el proveedor y el cliente. Nótese que la omisión informativa no impide que el contrato acabe celebrándose entre estos últimos. Las ELI Model Rules resultan, sin duda, al menos más explícitas que el art. 16 Discussion Draft of a directive on online intermediary platforms que, a la luz del art. 11 del mismo borrador (que obligaba a la plataforma a informar al consumidor que el contrato se celebraría con el proveedor), declaraba la *no responsabilidad* de la plataforma por la falta de cumplimiento del contrato celebrado siempre que se hubiera mostrado “as intermediary in a prominent way” (véase el texto de la propuesta en C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, “Discussion Draft of a directive on online intermediary platforms”, *EcCML*, 4/2006, p.5; acerca del significado [dudoso] de la responsabilidad de la plataforma que no había actuado claramente como intermediaria, véase F. MAULTZSCH, “Contractual liability...”, cit, p. 6).

⁵⁸ Según el art. 7, letra *f* Directiva 2005/29 (introducida en virtud del art. 3.4 Directiva 2161/2019), no informar acerca de la condición de comerciante o no de quien ofrece el producto, constituye una omisión engañosa. Estaría por ver qué medidas correctoras “proporcionadas y eficaces” (art. 11 bis Directiva 2005/29) casan bien con este tipo de práctica comercial desleal. No parece que lo hagan ni la reparación, ni la sustitución (Cdo 16 Directiva 2161/2019), más adecuadas para corregir una falta de conformidad del producto. ¿Reducir el precio? Tampoco encaja dado que la omisión informativa no desmerece el valor del producto contratado. ¿Resolver el contrato por incumplimiento de una obligación legal impuesta a quien no interviene como parte contratante? Ciertamente, el art. 11 bis Directiva 2005/29 no atribuye directamente tal facultad al consumidor en todo caso, sino que lo hace: primero, “cuando proceda”; segundo, remitiendo al derecho interno la fijación de las condiciones de aplicación; sea como fuere, el legislador europeo *allana* el camino a fin de que una opción interna sea ésta (véase, *supra* nota 27). No plantea tantos reparos la indemnización de daños y perjuicios, también aludida en el art. 11 bis Directiva 2005/29.

⁵⁹ Véase Cdo 27, al final, Directiva 2161/2019, aludiendo a la asunción, por parte de la plataforma, *vgr.*, de la obligación de entregar el bien; también lo hace a la posibilidad de ejercerse, frente o ante ella, la facultad de desistimiento, si bien, como es sabido, no se trata en este caso de una *obligación* a repartir entre la plataforma y el proveedor, sino de una facultad del consumidor. En el texto de la Propuesta de Directiva (véase art. 2.4 [COM/2018/185 final]) esta mención informativa se imponía solo en caso de contratación entre consumidor y un proveedor comerciante.

siempre sepa con quien va a contratar⁶⁰; si aquellas informaciones le son efectivamente proporcionadas, difícilmente podrá servirse del argumento de la *apariencia* a fin de considerar que fue la plataforma quien contrató; cosa distinta es que ello erradique todo riesgo de confusión.

2. La actuación del proveedor bajo el “control” o “autoridad” del intermediario

35. En los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065 las ideas de “control” o “autoridad” aparecen, *en cierto modo*, vinculadas a la responsabilidad del intermediario por razón del contenido ilícito facilitado o proporcionado por el destinatario del servicio de intermediación. Esta vinculación ya aparece, y de forma más clara y concreta, en el *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y, después, en las *ELI Model Rules on Online Platforms*⁶¹. En ambos textos: primero, la responsabilidad de la plataforma se proclama a propósito de la falta de cumplimiento del contrato celebrado entre el cliente y el proveedor; segundo, aquello que determina tal consecuencia es la posibilidad de creer, de forma razonable y desde la perspectiva del cliente, que el proveedor actúa bajo la influencia predominante de la plataforma; *a fortiori*, si para tal efecto basta aquella creencia, en el marco de ambos textos es lógico derivar la misma consecuencia (en términos de responsabilidad) en caso de influencia predominante realmente ejercida⁶². Esta responsabilidad se describe en términos sensiblemente no coincidentes: mientras que el art. 18 *Discussion Draft* proclama la responsabilidad solidaria de la plataforma y el proveedor (“the platform operator is jointly liable with the supplier”), el art. 20 *ELI Model Rules* legitima pasivamente a la plataforma a fin de que los derechos y remedios que, para el caso de incumplimiento, resulten del contrato celebrado entre proveedor y cliente, puedan ejercerse o interponerse *también* contra aquella. A fin de valorar aquella apariencia razonable, ambos textos casi coinciden al tiempo de facilitar elementos, criterios o indicios en los que basar aquella percepción⁶³; se trata, en fin, de circunstancias apreciables en fase precontractual (art. 18.2, letra *f* *Discussion Draft* y

⁶⁰ A propósito de la necesidad de imponer a la plataforma el deber de informar, sin ambages, acerca de su *rol* en el proceso contractual, C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?”, *EuCML*, 1/2006, p.5.

⁶¹ Véase *supra* nota 57. La “autoridad o control” también aparecen en el art. 14.2 Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Igualmente, antes de publicarse el *Discussion Draft*, en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, la Comisión también hizo aflorar el “control e influencia” ejercido por las plataformas de economía colaborativa a modo de elemento determinante del ejercicio, por ellas, del servicio subyacente (COM [2016] 356 final). Alude al usuario profesional que está “bajo el control” de la plataforma, el Cdo 30 Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Desde otra perspectiva, para una definición de “control”, puede consultarse el art. 2.9 Reglamento 2019/1150, que alude a la titularidad de una empresa o a la capacidad de influir en ella según el art. 3.2 Reglamento 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, de concentraciones; este precepto se refiere a la “influencia decisiva” que puede ejercer una empresa sobre otra a fin de valorar el control que se tiene sobre ella. En otro contexto, pero en este mismo sentido, se hace uso del concepto “influencia dominante” en el art. 2, letra *b*, Directiva 2006/111/CE, de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. El precepto define la “empresa pública” como aquella en la que los poderes públicos puedan ejercer, de manera directa o indirecta, una influencia dominante por razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

⁶² La idea de *control* de algún modo también está presente, *vgr.*, en las definiciones de “comerciante” (o similar) que califican como tal a quien se sirve de otros que actúan siguiendo sus instrucciones o por su cuenta. Nótese, sin embargo, que en estos casos *parece* que en el derecho europeo no es preciso recurrir a la noción de “control” y argumentar, a partir de ella, la responsabilidad exigible a quien actúa a través de otro, sino que la propia *manera de actuar* de la persona intermedia (así, por cuenta o siguiendo las instrucciones del principal), ya acarrea un efecto representativo del que *directamente* deriva la vinculación de quien no llegó a actuar personalmente. Acerca del principio “liability follows control”, véase M. I. OLIVEIRA MARTINS, “Liability of Online Marketplace Providers for Non-conformity”, vol. 13, *EuCML*, 2024, p.73.

⁶³ No aparecen, sin embargo, en la lista de art. 18.2 *Discussion Draft*, los elementos descritos en las letras *b* y *e* de las *ELI Model Rules* (esto es: que el precio se determine por la plataforma y que la identidad del proveedor no se facilite hasta después de celebrado el contrato).

art. 20.2, letra *f* ELI Model Rules), relativas al momento/manera de celebrar el contrato y de determinar su contenido (art.18.2, letras *a* y *c* Discussion Draft; art. 20.2., letras *a*, *d* y *e* ELI Model Rules) o, en fin, concernientes o próximas a la fase postcontractual o ejecutiva (art. 18.2, letra *b* Discussion Draft y art. 20, letras *b* y *c* ELI Model Rules)⁶⁴. De estos criterios, que no son ni excluyentes ni exclusivos, se infiere que, de hecho, la influencia ejercida por la plataforma se proyecta *especial y directamente* sobre el contrato (así, sobre sus términos, su ejecución...), y no tanto sobre el proveedor, salvo que se entienda que, dado que es él quien, en el fondo, autoriza o consiente aquel control, también hay influencia ejercida (*indirectamente*) sobre él (“predominant influence over the supplier” [art. 18.1 Discussion Draft; art. 20 ELI Model Rules])⁶⁵ ⁶⁶.

36. La vinculación entre la influencia predominante (*rectius*, “control” y “autoridad”) ejercida por la plataforma y su responsabilidad es mucho más difusa e indirecta en los art. 6.1, 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065. A los efectos que aquí interesan (que son solo los de la posible responsabilidad del intermediario por incumplimiento del contrato intermediado), el punto de partida, en aquellos preceptos, es doble: es preciso, en primer lugar, que la información almacenada en la plataforma y facilitada por el destinatario del servicio sea una “actividad ilícita o ... contenido ilícito” (arg. art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065⁶⁷); en segundo lugar, se requiere que la plataforma no haya actuado *en nombre y/o por cuenta propia*, convirtiéndose *sin duda* (y no solo *aparentándolo*) en parte contratante y, por tanto, asumiendo la correspondiente responsabilidad por incumplimiento⁶⁸. A propósito de lo primero, el Cdo 12 y el art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 dan pie a pensar que la categoría incluye, en cualquier caso, “la venta de productos no conformes” (Cdo 12 Reglamento 2022/2065)⁶⁹; la expresión tiene como trasfondo una de las obligaciones del vendedor⁷⁰, en el bien entendido que garantizar la conformidad también se

⁶⁴ Véase, destacando la dificultad que puede entrañar la prueba de alguna de estas circunstancias, sea cual sea la fase a la que se refieran, P. TERESZKIEWICZ, “Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law”, *European Review of Private Law*, núm. 6, 2018, pp. 12 y 13.

⁶⁵ No hay, en cambio, *influencia* (en el sentido de implicación o participación) sobre el producto (como puede tenerla el organizador del viaje combinado o el fabricante del producto). Véase *supra* II. 3 acerca de los datos que proporciona el derecho europeo a propósito de la responsabilidad de uno y otro.

⁶⁶ Advierte que la idea de control o autoridad *sobre el proveedor* puede dar a entender, de entrada, que existe algún tipo de ensamblaje estructural, asociativo, entre aquél y la plataforma, J. CAMPOS, *Os contratos...*, cit, p. 321 (véase, desde una perspectiva similar, *supra* nota 61, al final)

⁶⁷ Véase M.R. GUIMARAES, *Contratação eletrônica...*, p. 112, que también induce aquel punto de partida a pesar de que el art. 6.1 Reglamento 2022/2065 se refiere, *tout court*, a “información” y el art. 3, letra *h* del mismo texto solo define los “contenidos” ilícitos.

⁶⁸ Es en este sentido que se discrepa de lo señalado en el Cdo 24 Reglamento 2022/2065 que, a modo de ejemplo de “prácticas” que puedan dar a entender al consumidor que la plataforma proporciona directamente al información o lo hace otro bajo su control (en alusión a los supuestos del art. 6.3 Reglamento 2022/2065) se alude al “de una plataforma en línea cuando comercialice el producto o servicio *en su propio nombre* en lugar de en nombre del comerciante que suministrará el producto o servicio” (la cursiva es nuestra). No se cree que en tal caso exista solo una apariencia que discrepe de la realidad: si la plataforma ha contratado en nombre propio, *es* parte contratante. Véase, excluyendo del art. 6 Reglamento 2022/2065, las plataformas que participan en el contrato subyacente como parte contratante, E. ARROYO AMAYUELAS, “La conclusió de contractes amb consumidors en la Digital Services Act”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 27, 2023, p.16.

⁶⁹ La definición del art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 solo de forma bienintencionada alcanza los supuestos de venta de productos no conformes. Así, se alude a la información que, “incluida la venta de productos o la prestación de servicios, *incumpla* el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión”. La venta de productos no conformes vulnera, en este sentido, el art. 5 Directiva 2019/771, que impone al vendedor la obligación de entregar bienes conformes. Pero nótese que una cosa es la información almacenada (esto es, la oferta contractual relativa a un bien con unas determinadas características, prestaciones...) y otra, distinta, las características que reporte el bien, concreto, que llegue a entregarse al consumidor; la falta de conformidad, estrictamente, no puede valorarse *antes* de la entrega porque la conformidad se proyecta, precisamente, sobre lo entregado. Por ello, solo cabría hablar de contenido ilícito si el bien ofertado, ya tal y como se ofrece en la plataforma, aboca necesariamente a la falta de conformidad del que será después entregado porque se trata de bienes que no cumplen con los requisitos, prestaciones o utilidades anunciadas.

⁷⁰ Curiosamente no aludida *en toda su amplitud* en el art. 2.1 Directiva 2019/771 que, al tipificar el contrato, sólo se refiere a la obligación de transmitir “la propiedad de los bienes”, que es una manifestación de la *conformidad jurídica* del bien. Queda al margen de esta definición la conformidad *material* y la obligación de entrega (pasa lo mismo a la luz de la definición de “compraventa” que también recoge el art. 2.5 Directiva 2011/83).

impone a quien a través de un contrato, sea o no de compraventa, se obliga a suministrar contenidos y/o servicios digitales⁷¹ y, también, al organizador de un viaje combinado, que responde por la falta de conformidad del servicio (arg. art. 13.2 Directiva 2015/2302). Con todo, una interpretación amplia y generosa del art. 3, letra *h* Reglamento 2022/2065 (alusivo, no solo al contenido -o, estrictamente, a la información almacenada- sino también a su relación con “una actividad”), acaso permita sostener que la responsabilidad *solo presupuesta* en el art. 6 Reglamento 2022/2065, puede ser de cualquier tipo⁷² y, siendo contractual, puede alcanzar a *cualquier incumplimiento* o al incumplimiento de cualquier obligación (*vgr.*, la de entregar la cosa vendida [art. 18 Directiva 2011/83])⁷³.

A) Desde el conocimiento efectivo del contenido ilícito (¿qué lo es?) ... hasta el control o autoridad, reales o aparentes, sobre el destinatario del servicio

37. El art. 6 Reglamento 2022/2065 no impone, ni declara, ni de él solo cabe inferir la responsabilidad de las plataformas por causa de los contenidos ilícitos almacenados (Cdo 17)⁷⁴. Sin embargo, la norma *pende* o cobra sentido en el marco de la responsabilidad del intermediario, sea tal responsabilidad del tipo que sea, la imponga quien la imponga (sea el Derecho europeo, sea el nacional [Cdo 17º Reglamento 2022/2065]). Ciertamente, no llega a declararse ninguna responsabilidad pero el precepto, *contemplándola como posible*, desencadena, a partir de ella, un circuito de ida (hasta la exención del art. 6.1 Reglamento 2022/2065), y vuelta (hasta, de nuevo, aquella responsabilidad *presupuesta*, si el supuesto encaja en las situaciones descritas en los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065, en las que no rige la exención del art. 6.1)⁷⁵. En cuanto a tal exención, nótese que del art. 6.1 Reglamento 2022/2065 se desprenden, de hecho, dos reglas: la primera, directa, es la de la no responsabilidad, basada en la falta de “conocimiento efectivo” de la ilicitud por parte de la plataforma y en su proactivismo al conocerla o ser consciente de ella (art. 6.1, letras *a* y *b* Reglamento 2022/2065); la segunda, indirecta, es que la plataforma que *sí* “tenga conocimiento efectivo” de la *ilicitud* (art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065), no es que necesariamente se convierta en responsable por el simple hecho de conocer pero, si tal res-

⁷¹ Acerca de la tipificación como compraventa del contrato por el que se transmiten contenidos digitales con licencia permanente de uso, véase STJUE, de 16 de septiembre de 2021, *Usedsoft*, as. C410/19 (ECLI:EU:C:2021:742).

⁷² C. POLAT, S. BARIS ÖZÇELİK, “Locating Online Platforms in the right place: between the Digital Services Act and the Liability Law”, *EuCML*, núm. 4, 2023, p. 169. Véase, también, Cdo 17 Reglamento 2022/2065 (“...las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento deben aplicarse a cualquier tipo de responsabilidad respecto de cualquier tipo de contenido ilícito...”). Véase Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM [2022] 492 final); según el texto, “[C]uando las plataformas en línea desempeñan un mero papel de intermediaria en la venta de productos entre comerciantes y consumidores, están cubiertas por una exención de responsabilidad condicional en virtud del Reglamento sobre servicios digitales. *Ninguna de estas medidas se refiere a responsabilidad por productos defectuosos*” (EM, 1.2; la cursiva es nuestra).

⁷³ En cambio, se refieren solo a la responsabilidad por “Unsafe Products”, C. BUSCH; V. MAK, “Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation”, *EuCML*, vol. 10, 2021, p. 111.

⁷⁴ Véase, sin embargo, recomendando que el (entonces) futuro Reglamento en materia de servicios digitales sancionase con la responsabilidad contractual de la plataforma (“thus making the marketplace contractually liable vis-à-vis de consumer”) la infracción del deber de informar al adquirente acerca de entre quienes iba a celebrarse el contrato (así, entre el propio consumidor y el proveedor de los bienes y servicios), EUROPEAN PARLIAMENT, *Recommendations to the Commission on the Digital Services Act: Improving the functioning of the Single Market* (2020/2018 (INL)) (véase Anexo apart. VI).

⁷⁵ Contrastando modelos, la responsabilidad tampoco se impone en el art. 14 Directiva 2000/31. Coherentemente con la naturaleza del instrumento normativo empleado, el art. 14 Directiva 2000/31 se limita a imponer a “[L]os Estados miembros” el deber de establecer las medidas necesarias a fin de que, en determinadas circunstancias, el prestador del servicio de almacenamiento de datos “no pueda ser considerado responsable”. Por el contrario, a fin de dar cumplimiento al art. 6.1 Reglamento 2022/2065, *no hay que hacer nada*: las plataformas pueden derivar directamente de él su irresponsabilidad a fin de neutralizar, si la hay, una norma que sí las declare responsables. Afirmando, en relación a la propuesta de Reglamento, que el art. 5.1 (correspondiente al art. 6.1 Reglamento 2022/2065)) “contains more or less a verbatim copy of the Article 14(1) E-Commerce Directive”, C. BUSCH; V. MAK, “Putting the Digital Services Act in Context...”, *cit.*, p. 111; en parecidos términos, P. VAN CLEYNENBREUGEL, “The Commission’s digital services and Markets act proposals: First step towards tougher and more directly enforce EU rules?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 28, 2021, pp. 672-673.

ponsabilidad llega a imponérsele, entonces no puede recurrir al art. 6.1 Reglamento 2022/2065 a fi de exonerarse⁷⁶ 77.

38. El art. 6.2 Reglamento 2022/2065 impide aplicar el art. 6.1 “cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios”⁷⁸. No se explicita en qué casos debe estimarse que, efectivamente, se ha actuado de esta manera o qué criterios o elementos deben concurrir a fin de apreciar una actividad realizada bajo el control o autoridad de otro. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 tampoco permite, en la práctica, rebajar la importancia de la cuestión por la vía de señalar, *vgr.*, que, a los mismos fines de exoneración, basta la apariencia de control; es posible que, ciertamente, sea más sencillo acreditar que aparentemente se ha ejercido un determinado control que aportar prueba sobre su ejercicio efectivo; sin embargo, sucede que el ámbito del art. 6.3 Reglamento 2022/2065 no coincide con el del art. 6.2 del mismo texto, de forma que si el adquirente no es consumidor o lo es pero no ha acabado contratando a distancia, entonces la no exención de responsabilidad exigirá probar la realidad de aquel control o autoridad, sin que baste facilitar prueba de su simple apariencia. Siendo, en este sentido, clara la relación entre los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065, no parece que lo sea tanto la que deba colegirse entre los art. 6.1 y 6.2; y es que la cuestión que queda abierta es en qué casos podrá alegarse y acreditarse desconocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos facilitados por el destinatario del servicio (art. 6.1) si, de hecho, este está o estaba actuando bajo el control o autoridad de la plataforma⁷⁹.

39. El art. 6.3 Reglamento 2022/2065 tampoco permite hacer uso de la exención de responsabilidad si, tratándose de un consumidor que ha celebrado el contrato a distancia con un proveedor a través de la plataforma, la actuación de la plataforma “pueda inducir a un consumidor medio a creer” que la información facilitada por la plataforma “o el producto o servicio de la transacción se proporcione por el propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”. Vaya por delante que aquella responsabilidad *presupuesta* debe derivarse del “[D]erecho en materia de

⁷⁶ No deja de detectarse una cierta *cautela*, favorecedora de la aplicación de la exención de responsabilidad, en la descripción de las circunstancias del art. 6.1, letras *a* y *b* Reglamento 2022/2065; así, la plataforma puede recurrir a ella mientras albergue solo una sospecha o indicio de la ilicitud...pero no tenga, aún, un conocimiento efectivo (art. 6.1, letra *a* Reglamento 2022/2065); igualmente, *parece* que puede tenerse aquel conocimiento efectivo pero aún no ser realmente consciente de él (“en cuanto tenga conocimiento *o sea consciente de ello*”), a efectos de poder seguir beneficiándose de la exención, pese a no haber tomado, por falta de aquella consciencia, medidas dirigidas a retirar o a bloquear el contenido ilícito. Acerca de la pérdida de la exención de responsabilidad en los supuestos en los que la falta de conocimiento efectivo obedece al incumplimiento del deber de diligencia de la plataforma, véase, abogando por ello, E. ARROYO AMAYUELAS, “La conclusión...”, cit, p. 19.

⁷⁷ Más claro: en la determinación o fijación de la responsabilidad de la plataforma sencillamente no entrará en juego el art. 6 Reglamento 2022/2065. La plataforma deberá lidiar entonces con el resto del ordenamiento a fin de salvarse de la responsabilidad que, en su caso, se le exija. Por el contrario, cuando sí rige el art. 6 Reglamento 2022/2065, no cabe recurrir al resto del ordenamiento jurídico a fin enervar, neutralizar o desplazar la exención de responsabilidad ni, tampoco, hacer lo propio a fin de que sí rija en las circunstancias de los art. 6.2 y 6.3 Reglamento 2022/2065

⁷⁸ Señala su coincidencia con el art. 14.2 Directiva 2000/31, J.M. BECH SERRAT, “La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes”, *Indret*, 2/2024, p. 56.

⁷⁹ La lectura de los Cdos 18 y 23 Reglamento 2022/2065 ayuda algo, pero sin llegar a convencer. Mientras el primero excluye del supuesto de hecho del art. 6.1 (porque no habría información proporcionada *por* el destinatario del servicio) los casos en los que la plataforma tiene “control” sobre dicha información, el segundo, a efectos del art. 6.2, alude al ejemplo de fijación del precio por la propia plataforma a fin de ilustrar qué significa control o autoridad. Al margen de poner en duda la lógica de esto último (nótese que, *vgr.*, en el *Discussion Draft* y en las *ELI Model Rules* la fijación del precio es solo un criterio, entre otros, a fin de valorar la *apariencia* de estar ejerciendo control), da la sensación que el control aludido en el Cdo 18 es mucho más intenso y amplio que el mencionado en el Cdo 23. Sea como fuere, el resultado acabará siendo el mismo: supuesta la responsabilidad de la plataforma, el control, si no impide directamente aplicar la exención (art. 6.1 Reglamento 2022/2065), impedirá hacerla valer (art. 6.2 Reglamento 2022/2065).

protección de los consumidores” (art. 6.3, al principio, Reglamento 2022/2065)^{80 81}. La expresión “esa información, o el producto o servicio de la transacción, *se proporcione por*” se ha interpretado en el sentido de aludir a aquél con quien se contrata; a partir de aquí, sin embargo, la apariencia se bifurca en el sentido que la excepción alcanza dos supuestos: el primero es el de *aparente contratación* con la propia plataforma; el segundo es el caso de (indudable y cierta) contratación con el proveedor de los bienes y servicios y de *aparente actuación de éste bajo el control y autoridad de la plataforma*. En su caso, podría apuntarse que la *creencia* prevista en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 sencillamente no existe en aquellos casos en los que, para ese consumidor medio, lo que hay es confusión acerca de con quien contrata, sin que exista una clara apariencia de hacerlo con el intermediario, el proveedor o con ambos^{82 83}.

40. A propósito aún de la *aparente contratación* con la propia plataforma, nótese que mientras que en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 funciona a modo de enervante de su exención de responsabilidad, en la sentencia *Wathelet* resultó ser el argumento que propició la consideración del intermediario como “vendedor”. La apariencia, pues, fue vista en este último caso como algo *suficiente* para, en principio, atribuir al intermediario la responsabilidad propia del vendedor, mientras que en el primero solo sirve para que rija plenamente (sin exención), la norma (si la hay) que le imponga alguna responsabilidad. De lo anterior puede colegirse que el derecho europeo da un paso atrás (o, si se quiere, al lado), pero sin avanzar, esto es: relega a una función *doblemente no autónoma* (dado que la aplicación del art. 6.3 requiere: primero, que la plataforma sea declarada responsable; segundo, que pretenda escudarse de su responsabilidad acreditando las circunstancias del art. 6.1), aquello que, en *Wathelet*, sirvió, *directamente*, para atribuir la condición de vendedor al intermediario.

B) El parámetro subjetivo de la apariencia jurídicamente relevante: el consumidor medio (art. 6.3 Reglamento 2022/2065). Confusión, que no apariencia, y vulnerabilidad

41. La apariencia del art. 6.3 Reglamento 2022/2065 debe juzgarse desde la perspectiva del “consumidor medio”, expresión que deja atrás la de “consumidor medio y razonablemente bien informado” del art. 5.3 de la Propuesta de Reglamento⁸⁴, probablemente redundante⁸⁵. En el art. 6.3 Regla-

⁸⁰ Véase M. I. OLIVEIRA MARTINS, “Liability of Online Marketplace...”, cit, pp. 72 y 77. La autora advierte que el precepto deja incólume la legitimación que el Cdo 23 Directiva 2029/771 reconoce a los Estados a fin de ampliar (se entiende, *cuando y como* quieran) la aplicación de las reglas procedentes de dicho texto a las plataformas que no sean “vendedoras”. A resultados de ello, puede concluirse que si el precepto nacional declara la responsabilidad de la plataforma *sin* que concurra la apariencia contemplada en el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 (ni, *a fortiori*, el control o autoridad reales del art. 6.2 Reglamento 2022/2065), entonces la plataforma podrá hacer uso de la exención de responsabilidad del art. 6.1 Reglamento 2022/2065, aun cuando el contrato se haya celebrado a distancia.

⁸¹ La responsabilidad *presupuesta* puede derivar, según el Cdo 17º Reglamento 2022/2065, tanto del “Derecho de la Unión” como del “nacional”; no se matiza más. La expresión “Derecho en materia de protección de los consumidores” (art. 6.3 Reglamento 2022/2065) no debería impedir la aplicación de la excepción prevista en este texto en aquellos supuestos en los que la responsabilidad de la plataforma deriva de normas internas generales aplicables, también, a personas consumidoras.

⁸² Véase B. DUIVENROORDE, “The Liability of Online Market places under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-Commerce Directive and the Digital Service Act”, vol. 11, *EuCML*, 2022, p.50. El autor destaca que el consumidor debe confiar en contratar con la plataforma o con un profesional bajo su control y sin que, a estos efectos, sea suficiente con que la intermediaria asuma un papel relevante en la ejecución del contrato (p. 50, nota 89). Concluye señalando que no rige la exención “if it is unclear to the consumer” quien es su contraparte. *Confusión y confianza*, sin embargo, se nos antojan situaciones diferentes.

⁸³ Véase, aludiendo a la posibilidad de que lo que resulte *aparente*, a los ojos del consumidor, sea una suerte de “partnership” entre plataforma y proveedor de los bienes y servicios, C. POLAT, S. BARIS ÖZÇELİK, “Locating Online...”, cit, p.170.

⁸⁴ Véase Enmienda número 135 del Parlamento Europeo al texto de la Propuesta de Reglamento (P9 TA (2022) 0014). La enmienda, que no llegó al texto final, abogaba por suprimir el añadido “medio y razonablemente bien informado”

⁸⁵ El consumidor “medio” como consumidor “de referencia” es el “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (véanse § 54 y 55 STJUE de 11 de septiembre de 2019, *Romano*, as. 143/18, ECLI:EU:C:2019:701). En la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Verbrancherzentrale*, as. C/485/17 (ECLI:EU:C:2018:642), la categoría de consumidor *medio* se utiliza también para valorar si un stand en una feria revestía, frente a él, la *apariencia* de establecimiento mercantil a los efectos del art. 2.9 Directiva 2011/83 y si, en consecuencia, el consumidor podía razonablemente confiar en que el profesional ejercía allí su actividad empresarial y si podía recibir, desde dicho stand, ofertas contractuales. En la STJUE de 20 de abril de 2014, *Kásler*, as.

mento 2022/2065, la categoría ni se define, ni se matiza al estilo, *vgr.* del art. 5.3 Directiva 2005/29/CE que, en determinados supuestos⁸⁶, ordena estar al consumidor medio *vulnerable*⁸⁷. De hecho, es a propósito de este último texto que, especialmente en entornos digitales, se aboga por reenfocar la idea de vulnerabilidad en el sentido de atender, no sólo a las circunstancias estáticas del grupo de consumidores considerados vulnerables (*vgr.* el sexo, la edad...), sino a las circunstancias en las que se desenvuelve la actuación del consumidor en el mercado; así, se señala, es el propio entorno digital el que propicia y genera vulnerabilidades⁸⁸; la idea de grupo identificable, desde esta perspectiva, se desvanece

42. El art. 6.3 Reglamento 2022/2265 no distingue *entre consumidores medios* y solo a efectos dialécticos cabe plantear si tendría sentido utilizar (varios) raseros distintos a la hora de apreciar *las apariencias* del art. 6.3 Reglamento 2019/2265 (léase, el del consumidor medio *tout court* y el del consumidor medio vulnerable). De hecho, este planteamiento podría suscitarse a raíz de *cualquier otra apariencia* (es decir, a propósito de la apariencia *de cualquier otra circunstancia* distinta a la que concierne a la identidad de aquél con quien se contrata o a la que se proyecta sobre la relación que media entre plataforma y proveedor) o de *la apariencia* de todo ello pero *en un entorno no digital*. Sea como sea, no parece, de entrada, que aquellas apariencias dependan de la mayor o menor pericia digital del consumidor⁸⁹ sino de la capacidad de identificar, valorar y procesar todos aquellos datos conducentes a la determinación del *otro contratante* o a la existencia y ejercicio, por parte de la plataforma, de un determinado *control o autoridad* sobre el contrato. Dada la contundencia del art. 6.3 Reglamento 2022/2265 (que, insistimos: no distingue), basten dos reflexiones. La primera es que, ciertamente, quizás es más sencillo que para determinados grupos o para un determinado consumidor⁹⁰ las cosas *aparenten ser* de una determinada manera, siendo así que, en esas mismas circunstancias, para un consumidor medio no vulnerable: o bien no hay tal apariencia o, sencillamente, lo que hay es *confusión* acerca de con quien se está realmente contratando. Nótese que, en este último escenario, el art. 6.3 Reglamento 2022/2065 no regirá en ningún caso: tratándose del consumidor medio, el precepto no regirá por falta de apariencia frente a él; tratándose del consumidor vulnerable, tampoco podrá operar la excepción por falta de apariencia para un consumidor medio no vulnerable. La norma se nos antoja insuficiente porque, con-

C26/13, § 74 (ECLI:EU:C:2014:282), se valora si una cláusula relativa a la conversión en divisa extranjera, inserta en un contrato de préstamo, era lo suficientemente transparente para el consumidor medio (en el mismo sentido, pero a propósito del coste del préstamo, véase STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, as. C186/16, §47 [ECLI:EU:C:2017:703]). El TJUE precisa, en la sentencia de 26 de octubre de 2016 (*Canal Digital Danmark*, as. 611/14, § 29 [ECLI:EU:2016:800]), que la referencia al consumidor medio “no es una referencia estadística y para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto, los tribunales y autoridades deben aplicar su propio criterio” y, sin acabar de desarrollar la idea, añade que a fin de valorar si una práctica es desleal frente a un consumidor medio deben considerarse los “factores sociales, culturales y lingüísticos”.

⁸⁶ Véanse Cdo 19º y art. 5.3 Directiva 2005/29. El Cdo 19 argumenta desde la *especial sensibilidad* que a una práctica comercial o a un producto pueden mostrar ciertos grupos de consumidores, de tal manera que “*únicamente* el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente”; en estos casos, la capacidad de distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio deberá valorarse atendiendo al consumidor medio de aquel grupo (la cursiva es nuestra). En el art. 5.3 Directiva 2005/29 aquella idea: primero, se matiza en el sentido de exigir que la práctica del comerciante pueda distorsionar de manera “sustancial” el comportamiento económico únicamente de un grupo “claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas...”; segundo, se alude a algunos ejemplos (“por padecer estos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credibilidad...”).

⁸⁷ Destacan la ausencia, ya en la Propuesta de Reglamento (COM [2020] 825 final, 15.12.2020), de una norma similar al art. 5.3 Directiva 2005/29/CE, relativa al consumidor vulnerable, C. CAUFFEMAN; C. GOANTA, “A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 758, 2021, nota 38, p. 767.

⁸⁸ Véase COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE* ..., cit., p. 35 (“[E]l concepto de vulnerabilidad no se limita a las características enumeradas en el artículo 5, apartado 3, sino que engloba asimismo las vulnerabilidades dependientes del contexto”) y p.100. Véase, sobre este reenfoque, EUROPEAN COMMISSION, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, Final Report, 2016, pp. 45-47.

⁸⁹ Lo que llevaría a pensar que las personas mayores son vulnerables porque, *por lo común*, tienen menor pericia que otros grupos de la población (véase, desmintiéndolo, E. KAPROU, “Aggressive commercial practices 2.0: Is the UCPD fit for the digital age?”, *EuCML*, 2/2023, p. 78).

⁹⁰ Acerca de la apreciación de la vulnerabilidad *caso por caso*, L. WADDINGTON, “Vulnerable and confused: the protection of “vulnerable” consumers under EU law”, *European Law Review*, núm. 38, 2013, p. 9.

sabidos los deberes informativos impuestos por la Directiva 2011/83⁹¹, la exención de responsabilidad *no* debería regir, en ningún caso, *si no se ha dejado claro* que el contrato se entabla con el proveedor y no con la propia plataforma y, ello, al margen de la percepción que resulte, para el consumidor, de esta falta de claridad (ya sea la de *creer* que está contratando con la plataforma, ya sea la de experimentar *confusión* y duda acerca de con quién se contrata). La segunda observación se formula en términos de interrogante, abierto: si la apariencia debe generarse *al contratar*, ¿en qué datos, accesibles y perceptibles *en este momento* para el consumidor medio, puede uno basarse para especular acerca de si la plataforma ejerce control sobre el proveedor?

IV. La responsabilidad

43. ¿Qué pretende significarse al tratar de la responsabilidad del intermediario por razón del contrato intermediado? El interrogante omite, conscientemente, una cuestión técnica: la general relativa a la viabilidad dogmática de la eficacia que, en sus distintas vertientes (en especial, vinculante y obligatoria), pueda desplegar un contrato frente a quien no interviene *concentradamente* en él como *parte contratante* (aunque sí lo ha haya hecho, como intermediario, en el proceso negocial previo). No se desconocen, pero tampoco quieren situarse en primer plano, las dificultades de igual encaje dogmático que pueda arrastrar el ejercicio, por quien es *parte contratante* frente a quien *no* lo es (*vgr.*, el consumidor o adquirente frente al intermediario), de facultades o acciones contractuales (y cuya *contractualidad* se explica, no solo porque derivan de un negocio de este tipo, sino también porque se dirigen a alterar la eficacia contractual *ordinaria* [como si, *vgr.*, se resuelve, rescinde o desiste de un contrato] o porque inciden en alguno de sus elementos esenciales [como se pretende, *vgr.*, con la acción de reducción del precio]). Las razones de esta falta de protagonismo inmediato son dos. La primera, y principal, es porque el derecho europeo carece de un sistema jurídico contractual general y completo que haga preciso indagar en qué términos se contempla en él, *vgr.*, el principio de relatividad contractual y sus eventuales desviaciones⁹². La segunda, y colateral, es porque, situados ya en un ámbito doméstico, aquella dificultad dogmática fácilmente deja de serlo, desaparece, tan pronto una norma interna jerárquicamente adecuada para ello excepciona la eficacia relativa del contrato, convirtiendo en técnicamente posible algo que, de entrada, sin duda chirriaría a la luz de aquel principio. Baste citar, en el ámbito interno, el art. 44 Decreto-Lei núm. 85/2021, de 18 de octubre⁹³ (por el que se incorporan al derecho portugués las Directivas 2019/770 y 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativas a determinados aspectos del contrato del suministro de contenidos y servicios digitales y a determinados aspectos del contrato de compraventa de bienes); el precepto proclama, frente al consumidor, la responsabilidad solidaria de la plataforma intermediaria por la falta de conformidad de los bienes o productos digitales adquiridos. Eficacia contractual, por tanto, frente a quien no ha intervenido como parte contratante; eficacia que se resuelve en términos de “responsabilidad” contractual y objetiva de la plataforma⁹⁴, no directa y general, sino solo para el caso de entrega de bienes no conformes o suministro de producto digital aquejado, también, de falta de conformidad⁹⁵.

44. Desde una perspectiva amplia, la responsabilidad puede seguirse de la consideración del intermediario como parte contratante (que, como tal, debe y responde) o puede igualmente exigirse (con un alcance u otro) pero sin llegar a comportar ni presuponer aquella posición⁹⁶. En la STJUE *Wathelet*,

⁹¹ Véase *supra* III, C.

⁹² El efecto vinculante del contrato se predica solo a propósito de “the parties” en el art. II.-1:103 (1) DCFR. Acerca de la estipulación a favor de tercero, véase II.-9:301 DCFR.

⁹³ *Diário da República*, nº 202/2021, Série I, 18.10.2021, pp. 4-29.

⁹⁴ J. CAMPOS CARVALHO, *Os Contratos...*, cit, p. 313.

⁹⁵ El precepto irrumpe en el derecho luso excepcionando el principio de relatividad contractual, pero lo hace con el camino ya algo aderezado por el art. 406.2 Código civil portugués que, tras proclamar la eficacia vinculante del contrato para los contratantes, admite también efectos frente a terceros en los casos “previstos na lei”.

⁹⁶ Véase, con carácter general, F. MAULTZSCH, “Contractual liability...”, pp. 5 y 10.

la consideración del establecimiento como “vendedor” se alinea con lo primero; también facilita la hipótesis los Cdo 18 y 23 Directivas 2019/770 y 2019/771, respectivamente. En la sentencia *Wathelet*, el TJUE no aclara si, en el caso *a quo*, el contrato también debía entenderse celebrado con la vendedora no profesional⁹⁷; se trata de un silencio lógico dado que lo que interesaba esclarecer era, en particular, la posición y responsabilidad del establecimiento; sobre la vinculación contractual de quien encomendó la venta al establecimiento, debe razonablemente entenderse que es cuestión dejada al derecho interno y que, en tales supuestos, debe ser éste el que determine si, vinculando la compraventa también al vendedor no profesional, el comprador puede elegir contra quien reclamar y cómo hacerlo. En aquella sentencia, la consideración del intermediario como “vendedor” avala, en cualquier caso, su legitimación pasiva en los remedios que, por falta de conformidad, contemplaba la Directiva 1999/44; aquella misma consideración debería haber bastado, en su caso, para reclamar la entrega del bien y hacer valer, eventualmente, toda posible responsabilidad por incumplimiento de tal obligación, inclusive por la falta de transmisión de la propiedad (art. 2.5 y 18 Directiva 2011/83). La STJUE *Wathelet* tampoco discrimina entre remedios⁹⁸.

45. Tampoco hay discriminación entre remedios, sino todo lo contrario (“the rights and remedies”), en el art. 20 ELI *Model Rules on Online Platforms*. En este caso, sin embargo, el precepto se sitúa en el marco de una suerte de responsabilidad *conjunta* (sin definir, ni concretar [“also against”]) de intermediario y proveedor para el caso de *falta de cumplimiento contractual* de este último; la responsabilidad del primero no es inmediata, sino que se supedita al incumplimiento previo del deudor; se trata, además, de una responsabilidad que se concreta en la oponibilidad, frente al intermediario, de cuantos remedios y acciones deriven de aquel previo incumplimiento, sea cual sea la obligación incumplida⁹⁹. La falta de cumplimiento del proveedor también se erige en el presupuesto de los art. 16 y 18 *Discussion Draft*; este último aclara que la responsabilidad entre plataforma y proveedor será solidaria (“the platform operator is jointly liable with the supplier”). No hay tal precisión en el art. 16 *Discussion Draft*¹⁰⁰, ni en el art. 13.1, II Directiva 2015/2302, que se limita a establecer que, en caso de responsabilidad interna también del minorista, le serán aplicables “*mutatis mutandis*” las reglas previstas para el organizador en el art. 7 y Capítulos III y IV del texto.

V. Reflexión final

46. No deberían sorprender las dificultades halladas a la hora de *intentar* siquiera esbozar una aproximación a la figura del intermediario en el derecho europeo. La regulación es sectorial y parcial, y ello dificulta y entorpece la extrapolación de categorías o su generalización. Nada de ello debería sorprender porque no es función, finalidad ni cometido de aquel derecho conseguir que el *todo* sea coherente; basta con que las reglas contenidas en cada texto normativo sean idóneas a fin de alcanzar los objetivos que perseguidos con cada instrumento. En determinados casos, sin embargo, ello puede situar al legislador interno en una encrucijada jurídica, técnicamente compleja; resolverla, ni siquiera pensar en ella, tampoco es función del legislador europeo pero, quizás, tampoco debería escapársele que son precisamente estas dificultades últimas las que pueden ensombrecer la aplicación de un derecho inter-

⁹⁷ Véase *supra* nota 46.

⁹⁸ Véase F. OLIVEIRO, “Intermediary...”, cit, p. 236. El autor pone de relieve las dificultades (internas) de compaginar los remedios de la sustitución y la resolución del contrato con la devolución de la titularidad del bien sustituido o restituido. Enlaza ello con lo dicho en el texto a propósito de la obligación del establecimiento, en tanto que vendedor, de transmitir la propiedad (art. 2.5 Directiva 2011/83).

⁹⁹ En general, a propósito de la legitimación pasiva de las plataformas y dudando de la *eficiencia* de las acciones que, frente a ella, pueda interponerse a fin de reparar o sustituir el bien y dudando también de la viabilidad *técnica* de las acciones resolutoria y de rebaja del precio, J. CAMPOS CARVALHO, *Os Contratos...*, cit, p. 327; también desde la eficiencia, apostando, frente a cualesquiera otros, por los llamados “financiamiento o economic remedies” (léase, indemnización de daños y perjuicios y rebaja del precio), K. OSTERGAARD; S. SANDFELD, “Platform Intermediaries in the Sharing Economy: Questions of Liability and Remedy”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 2019, pp. 38-39.

¹⁰⁰ P. TERESZKIEWICZ, “Digital Platforms”, en L. A., DIMATTEO; M. CANNARSA; C. PONGIBÒ, *Smarts contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press, 2019, p. 155.

no conforme al europeo y, a raíz de ello, entorpecer la consecución de aquellos objetivos. Desde esta perspectiva, aclarar *al menos* de qué modo, *en el derecho europeo*, debe actuar el intermediario a fin de vincular al principal (¿basta hacerlo *por su cuenta*?) sin duda facilitaría las cosas al legislador interno a fin de, si procede, modificar su propio derecho a efectos de garantizar aquella conformidad. La oportunidad y conveniencia jurídicas de esclarecer la cuestión se nos antoja tan clara como evidente es que, hoy por hoy, el legislador europeo se resiste a imputar responsabilidades por incumplimiento contractual del principal a quien *solo intermedió*.

La descarbonización del transporte marítimo y la problemática relativa a la prueba de las emisiones de efecto invernadero en la UE

Decarbonization of maritime transport and the problem related to proofing greenhouse emissions in the E

SILVIA BADIOLA COCA

*Profesora Ayudante Doctor Derecho Procesal UPNA
Magistrada Suplente Audiencia Provincial de Navarra*

Recibido: 15.12.2024 / Aceptado: 117.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9328

Resumen: El cambio climático, esto es, los cambios a largo plazo de las temperaturas y patrones climáticos provocado por la acción humana relacionada con la quema de combustibles fósiles como el petróleo es una preocupación global cuyas consecuencias van desde la escasez de agua, graves incendios, al aumento y calentamiento de la temperatura de nuestros océanos. El transporte marítimo representa en la actualidad el 3% de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, estimándose que en caso de inacción internacional dicho porcentaje aumentara hasta el 17% en 2050. Desde distintos organismos internacionales, se han adoptado distintas medidas en aras de paliar los efectos negativos de dichas emisiones. En el presente trabajo, nos centraremos en Directiva Europea Fuel 55 que plantea numerosos interrogantes en cuanto a su aplicación, entre los que destaca la prueba de emisiones (GEI) emitidas por cada buque.

Palabras clave: emisiones, CO₂, puertos, transporte, marítimo, prueba.

Abstract: Climate change, that is, long-term changes in temperatures and weather patterns caused by human action related to the burning of fossil fuels, such as oil is a global concern whose consequences range from water scarcity, The rise in temperature of our oceans. Maritime transport currently accounts for 3 per cent of global greenhouse gas emissions, and it is estimated that if international action is not taken, this will increase to 17 per cent by 2050. Various international organizations have taken several measures to mitigate the negative effects of such emissions. In this paper, we will focus on the European Fuel 55 Directive which raises many questions as to its application, among which the test of emissions (GHG) emitted by each ship stands out.

Keywords: emissions, CO₂, ports, transport, maritime, evidence.

Sumario: I. Premisas de partida. II. La descarbonización del transporte marítimo 1. Introducción. 2. Normativa internacional para la descarbonización del transporte marítimo. III. El impacto del proceso de descarbonización en el transporte marítimo: el problema de la prueba de las emisiones en la UE. 1. El impacto en la industria marítima. 2. El problema de la prueba de las emisiones de efecto invernadero en la UE. IV. Conclusiones.

I. Premisas de partida

1. El transporte marítimo es uno de los modos más antiguos y seguros por el que las mercancías han sido transportadas a nivel mundial. En la actualidad se configura como la columna vertebral del comercio internacional y de la economía global. Tanto es así que alrededor de un 90 por ciento del comercio mundial en volumen, y más del 80 por ciento del comercio mundial por valor, se transportan por vía marítima en alrededor de 55.000 buques mercantes, y toneladas de mercancías son manipuladas por los puertos de todo el mundo. El comercio marítimo mundial creció un 2,4% en 2023, recuperándose de la contracción sufrida en 2022, pero la recuperación sigue siendo tímida.

2. A diferencia de otros modos de transporte, como son el aéreo, el transporte por carretera o ferroviario, el transporte marítimo presenta una notable superioridad en cuanto a volumen y capacidad de almacenaje de mercancías, variedad de materias y género transportable, seguridad y estabilidad en el transporte, cobertura y seguro y la gran economicidad de los fletes

3. El transporte marítimo representa en la actualidad el 3% de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, estimándose que en caso de inacción internacional dicho porcentaje aumentara hasta el 17% en 2050. A pesar de la creciente presión en pro de la descarbonización, la envejecida flota mundial se está renovando lentamente debido a los altos costos, la incertidumbre sobre los combustibles futuros y las bajas tasas de desguace de barcos. Parafraseando a la Secretaria General de Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas (UNCTAD), REBECA GRYNSPAN: “*Construir un transporte marítimo sostenible y resiliente y cadenas de suministro globales preparadas para el futuro no es solo una opción: es una necesidad estratégica*”¹.

4. La Asamblea General de la ONU, adoptó en 2015 la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible, agenda que se configura como un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia. La Agenda 2030 plantea 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental².

5. En concreto, por ser objeto de nuestro estudio, nos detendremos en el ODS 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos³. En ese sentido, las Naciones Unidas estiman, que: “*El cambio climático afectará a todas las personas de todos los países de todos los continentes de alguna forma. Se avecina un cataclismo climático y no estamos preparados para las posibles consecuencias. El cambio climático se debe a las actividades humanas y amenaza la vida en la Tierra tal como la conocemos. Con el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, el cambio climático evoluciona a un ritmo mucho más rápido de lo previsto. Sus efectos pueden ser devastadores y pueden provocar fenómenos meteorológicos extremos y cambiantes, así como la subida del nivel del mar. De no controlarse, el cambio climático echará por tierra muchos de los avances logrados en materia de desarrollo en los últimos años. También provocará migraciones masivas que derivarán en inestabilidad y guerras. Para limitar el calentamiento global a 1,5 °C por encima de los niveles preindustriales, las emisiones ya deberían estar disminuyendo y necesitan reducirse casi a la*

¹ Con relación a las circunstancias que afectan al comercio internacional por vía marítima (el transporte, flota mundial, puertos, mercados de carga y regulación legal) con carácter anual UNCTAD publica un completo informe. *Vid.* UNCTAD, *Review of maritime transport 2024*, Disponible en: <https://unctad.org/publication/review-maritime-transport-2024>, (Consultado el 28 de noviembre de 2024).

² Puede consultarse la información relativa a la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la siguiente dirección web: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/#> Consultado el 28 de noviembre de 2024).

³ *Vid.* P. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, “La Agenda 2030 ante la contaminación del medio marino”,

⁴n A. OLIVARES GALLARDO (Coord.), *Nuevo Derecho de los océanos: la protección del medio marino ante el cambio global*, Valencia, Tirant lo Blanch 2022, pp. 67-93.

mitad para 2030, dentro de solo siete años. Sin embargo, estamos muy lejos de lograr este objetivo. Es crucial tomar medidas urgentes y transformadoras que vayan más allá de meros planes y promesas. Esto exige aumentar las ambiciones, abarcar economías enteras y avanzar hacia un desarrollo resiliente al clima, al tiempo que se traza una trayectoria clara para lograr cero emisiones netas. El tiempo se acaba y es necesario tomar medidas inmediatas para evitar consecuencias catastróficas y garantizar un futuro sostenible a las generaciones venideras”⁴.

6. Conforme a los datos ofrecidos en junio de 2024, por el Observatorio de Izaña, gestionado por AEMET (sito en Tenerife) se registró un nuevo máximo mensual histórico de concentración de CO₂ de 419.7 partes por millón, valor similar al obtenido en el observatorio internacional de Mauna Loa (sito en Hawái) de 419.1 partículas por millón. En ese sentido, se concluye que, el ritmo de crecimiento de los gases de efecto invernadero sigue acelerándose, alcanzando récords históricos y no muestran ningún signo de desaceleración. Así se confirm que las normativas aplicadas con el fin de mitigar las emisiones de gases con efecto invernadero no presentan efectos inmediatos y deben mantenerse en el tiempo⁵.

7. En la siguiente tabla se puede analizar la diferencia en distintos periodos, entre los niveles máximos de concentración media mensual de CO₂ en el Observatorio de Izaña y en el Observatorio de Mauna Loa.

Periodo	Observatorio de Izaña (ppm/año)	Observatorio de Mauna Loa (ppm/año)
1985 – 2024	+2,01	+1,99
1994 – 2024	+2,22	+2,17
2004 – 2024	+2,32	+2,31
2014 – 2024	+2,55	+2,49
2020 – 2024	+2,54	+2,41
2022 – 2024	+2,75	+2,96

Fuente: Observatorio de Izaña⁶

8. De la lectura de la anterior tabla, se puede concluir que los niveles de CO₂ -el gas de efecto invernadero más peligroso para el medio ambiente- son los más elevados de la historia y no paran de crecer. Los efectos de las altas concentraciones de gases de invernadero son los principales responsables del calentamiento global y en consecuencia de fenómenos como: los cambios meteorológicos extremos, la subida del nivel del mar o los cambios en los hábitats de la flora y fauna. En otras palabras, del temido cambio climático.

II. La descarbonización del transporte marítimo

1. Introducción

1. El transporte marítimo se configura como el medio de transporte de mercancías más eficiente en términos de consumo de energía y emisiones de gases de efecto invernadero por tonelada transportada por kilómetro. Si bien, citada eficiencia encuentra su talón de Aquiles en las enormes cantidades

⁴ Respecto al ODS 13: Acción por el clima, se puede consultar la siguiente dirección web: <https://www.un.org/sustainable-development/es/climate-change-2/> (Consultado el 28 de noviembre de 2024).

⁵ Los datos de monitorización relativos a los gases de efecto invernadero obtenidos por el Observatorio de referencia global, NOAA, Mauna Loa, se pueden consultar en la web: <https://gml.noaa.gov/ccgg/trends/> (Consultado el 2 de diciembre de 2024).

⁶ Puede consultarse la información en la web de Centro de Investigación Atmosférica de Izaña en la siguiente dirección web: <https://izana.aemet.es/el-observatorio-de-izana-confirma-que-el-ritmo-de-crecimiento-de-los-principales-gases-de-efecto-invernadero-sigue-acelerandose-la-concentracion-atmosferica-de-co2-alcanza-un-nuevo-record-historico/> (Consultado el 1 de diciembre de 2024).

de mercancías transportadas por mar que hacen que su impacto global sea significativo. De facto, como vimos anteriormente, el transporte marítimo contribuye alrededor del 3% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero.

2. Por ello, en la actualidad, el transporte marítimo atraviesa una etapa de cambio y necesidad de modernización sin precedentes, condicionada por la necesidad global de reducir su impacto en el medio ambiente. El transporte marítimo debe inexorablemente reducir sus emisiones de gas de efecto invernadero transformándose paulatinamente hacia una economía baja en carbono, esto es, debe lograr su descarbonización.

3. Por descarbonización del transporte marítimo entendemos el proceso progresivo por el cual se sustituyen los combustibles fósiles usados en la actualidad por los buques por otros combustibles bajos en carbono o sin ningún átomo de carbono. De ese modo, logrando la reducción de emisiones de carbono a la atmosfera se pretende dar un paso firme en la lucha contra el calentamiento global

4. El objetivo de lograr la descarbonización eficiente del transporte marítimo es sin duda alguna, un objetivo ambicioso y complejo de lograr⁷. En aras de lograr el mismo, son tres las claves que deben tenerse en cuenta por la comunidad internacional: en primer lugar, los desafíos en la implementación de las políticas y regulaciones adoptadas al efecto⁸. En segundo lugar, el acceso a capital e inversores que pueda tener la industria del sector del transporte marítimo. Y, en tercer lugar, las expectativas que al respecto puedan tener clientes y armadores.

2. Normativa internacional para la descarbonización del transporte marítimo

5. Actualmente, las emisiones de GEI (gases de efecto invernadero) se regulan desde dos niveles distintos: a nivel internacional, la Organización Marítima Internacional (OMI), a través del Anexo VI del Convenio MARPOL, ha establecido medidas a corto plazo, para mejorar la eficiencia energética de los buques con el objetivo de reducir las emisiones de GEI por unidad de trabajo de transporte.

6. Y, de otro lado, a nivel europeo, se prevé una regulación completa a través del “Objetivo 55”, que presenta una doble perspectiva: de un lado, a través del sistema regido por el principio de “*quien contamina paga*”, en el que se establece un sistema de derechos de emisión por tonelada de gases de efecto invernadero emitida. Y, de otro lado otro, conforme al combustible utilizado en el transporte de mercancías, para lo que se fijan límites más restrictivos en el tiempo a la cantidad de las emisiones de gases efecto invernadero por unidad de energía, esto es, el “Reglamento *FuelEU Maritime*”.

A) La Organización Marítima Internacional

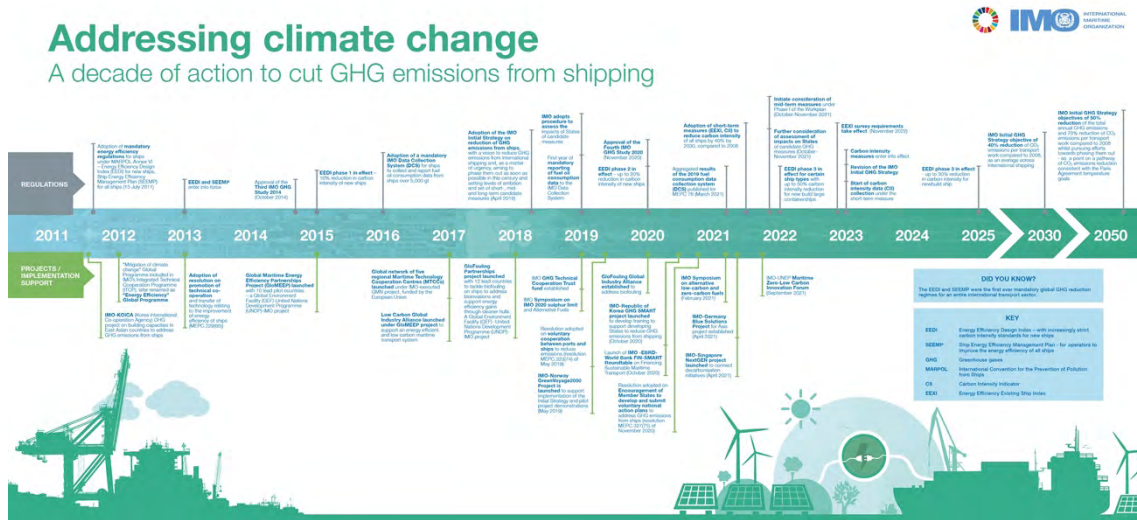
7. La Organización Marítima Internacional, en su objetivo de apoyar la Agenda 2030 y en concreto el ODS 13, ha adoptado distintas medidas para reducir las emisiones de gases efecto invernadero

⁷ Vid. M.J. NUÑEZ SÁNCHEZ, “El camino para la descarbonización en el sector marítimo”, *Mitma: Revista del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda urbana*, nº 740, 2003, pp. 40-45.

⁸ En el presente trabajo, sin perjuicio de que estudiemos la propuesta de la OMI y de la normativa europea conviene conocer brevemente el planteamiento sobre la descarbonización planteado por los Estados Unidos de América y la República Popular de China. De un lado, EE. UU, teniendo como referencia el estudio ‘*Maritime Forecast to 2050*’, no cuenta con un objetivo climático concreto en su legislación nacional. Sin embargo, tras su reincorporación al Acuerdo de París en 2021, se entiende que existe un compromiso real de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en las próximas décadas. De otro lado, la República Popular de China, anunció en septiembre de 2020 su objetivo de alcanzar un máximo de emisiones de carbono para 2030 y lograr la neutralidad de carbono para 2060, lo que se conoce como los objetivos 30-60. En concreto, en el ámbito que a nosotros nos interesa, en aras de lograr dicho objetivo, se ha presentado la propuesta de desarrollar buques impulsados por energía eléctrica y gas natural licuado (GNL), entre otras iniciativas.

causantes del calentamiento global. La principal característica del transporte marítimo es por definición, su carácter internacional⁹. Por lo tanto, considerando el contexto concreto de nuestro trabajo, concretamente, en julio de 2023 los Estados Miembros de la OMI adoptaron la Resolución MEPC.377 (80) “Estrategia de Reducción de Emisiones GEI procedentes de los buques”¹⁰.

8. El compromiso adoptado en citada estrategia tiene como finalidad reducir la intensidad de las emisiones de carbono emitidas a la atmosfera en un 40% para el año 2030 y en un 70% para 2050 teniendo como referencia los niveles de 2008. En la infografía que se adjunta pueden consultarse los principales hitos fijados en la Estrategia 2023 de la OMI sobre la reducción de las emisiones GEI procedentes de los buques.



Fuente: OMI¹¹

9. Para garantizar que el transporte marítimo cumple los objetivos fijados, desde la OMI se aplicarán dos instrumentos: en primer lugar, se fijará un elemento técnico que regulará la reducción gradual de la intensidad de los gases de efecto invernadero del combustible, similar a la regulación Fuel Marítima prevista por la UE. Y, en segundo lugar, un mecanismo económico de fijación de precios de las emisiones de gases, que estará vinculado a modo de tasa al sistema de intensidad de gases de efecto invernaderos de los fueles, en línea también con el esquema de comercio de derechos de los Veintisiete (EU ETS) que ya está en funcionamiento. En principio, ambas medidas se adoptarán en 2025 y entrarán en vigor a mediados de 2027.

10. A su vez, se barajan como futuros posibles combustibles y propulsores para el transporte marítimo figuran el amoníaco, los biocombustibles, la energía eléctrica, las pilas de combustible, el hidrógeno, el metanol y la energía eólica¹².

⁹ Véase: G. POLO, D. DIAZ GUTIERREZ, “Sobre el cumplimiento de la normativa de la OMI para la descarbonización del transporte marítimo”, *Ingeniería*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.

¹⁰ Resolución MEPC.377 (80) , adoptada el 7 de julio de 2023, Estrategia de 2023 de la OMI sobre la Reducción de Emisiones GEI procedentes de los buques. Disponible en: <https://wwwcdn.imo.org/localresources/es/MediaCentre/Documents/ESTRATEGIA%20DE%202023%20DE%20LA%20OMI%20SOBRE%20LA%20REDUCCION%20DE%20LAS.pdf> (Consultado el 4 diciembre de 2024).

¹¹ Infografía disponible en la web de la OMI: <https://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Pages/Cutting-GHG-emissions.aspx> (Consultado el 3 de diciembre de 2024)

¹² La OMI publicó una web en la que se detallan los posibles combustibles marinos alternativos, con motivo de la Alianza industrial global GreenVoyage2050 para apoyar el transporte marítimo con bajas emisiones de carbono (GIA con bajas emisiones de carbono). En el mismo, se realiza un desarrollo regulatorio en el que se ha identificado que, si bien se ha trabajado para desarrollar pautas de seguridad para el uso de metanol y etanol como combustibles, actualmente existen lagunas en los requisitos de seguridad para combustibles tóxicos y de bajo punto de inflamación. Desde la OMI se está trabajando para abordar el amo-

B) La Unión Europea

11. La Unión Europea, por su parte presentó en 2019 “*El Pacto Verde Europeo*”¹³ (o, en sus siglas en inglés EGD), con el fin de convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro para 2050¹⁴. En dicho pacto, se establecía entre otras medidas, el compromiso de aumentar el objetivo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión Europea¹⁵ para 2030 como mínimo en un 55%, con relación a los niveles de 1990.

12. En esa dirección, con posterioridad, la Comisión Europea tras una amplia evaluación de los datos obtenidos con relación a dicho objetivo, entendió que era necesario modificar la legislación en materia de energía y clima de la UE, dando lugar a la Ley Europea del Clima y al “*Objetivo 55*”.

13. De un lado, la Ley Europea del Clima¹⁶, que entró en vigor en 2021, establece como objetivo intermedio la reducción de las emisiones netas de GEI en al menos un 55% en 2030, respecto a los niveles de 1990. Citada ley, presenta distintas medidas entre las que destacaremos dos por su relevancia: en primer lugar, la creación de un sistema para el seguimiento periódico del progreso hacia el objetivo de neutralidad climática con capacidad de tomar decisiones extra en el caso de que fuese necesario. Y, en segundo lugar, la creación de un Consejo Científico Consultivo europeo sobre Cambio Climático formado por quince científicos expertos en la materia en aras de garantizar que, los datos usados para la elaboración de leyes están contrastados y ofrezcan un asesoramiento científico técnico adecuado a los responsables políticos que deban tomar decisiones políticas relativas a los compromisos de la Unión Europea.

14. Y, de otro lado, el paquete de medidas “*Objetivo 55*” o “*Fit for 55*” se configura como un conjunto de propuestas encaminadas a revisar y actualizar la legislación de la Unión Europea con el fin de asegurar que los objetivos climáticos por el Consejo y el Parlamento Europeo se cumplen. Entre las nuevas disposiciones, se incluyen: la ampliación de las emisiones procedentes del transporte marítimo; una reducción más rápida de los derechos de emisión en el sistema y eliminación gradual de los derechos gratuitos de algunos sectores; la aplicación del Plan de Compensación y Reducción del Carbono para la

niaco, el hidrógeno y el diésel de bajo punto de inflamación. Es necesario considerar el riesgo de derrames para los combustibles alternativos que actualmente no están cubiertos por los Anexos I o II de MARPOL. La certificación de las emisiones de metano (CH₄) y óxidos nitrosos (N₂O) de los motores puede ser necesaria para regulaciones futuras, pero no está cubierta por el actual Anexo VI del MARPOL y el Código Técnico NOX. Con respecto a la calidad del combustible marino, actualmente sólo existen unas pocas normas de calidad para combustibles marinos alternativos. Sin embargo, puede que no haya necesidad de normas específicas para aplicaciones marinas, si se pueden utilizar las normas disponibles para combustibles terrestres. En extenso, véase: <https://greenvoyage2050.imo.org/alternative-marine-fuels-regulatory-mapping/> (Consultado el 3 de diciembre de 2024)

¹³ En extenso, sobre “*El Pacto Verde Europeo*”: M. DAHL, “El Pacto Verde Europeo y el desarrollo de la innovación en la UE”, *La Unión Europea en movimiento. Dimensiones de la gobernanza económica*, Valencia, Tirant lo Blanch 2024, pp. 119-130; P. L’HOTELLERIE FALLOIS, M. MANRIQUE SIMON D. BIANCO, “Las políticas de la UE para la transición verde, 2019-2024”, *Documentos ocasionales-Bando de España*, 2024; B. PEREZ DE LAS HERAS, “Hacia una Unión Europea ecológica y climáticamente neutra la apuesta por el Pacto Verde Europeo”, en Eurobasque (Coord.), *El futuro de la Unión Europea: una visión desde Euskadi*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2024, pp. 346-352.

¹⁴ Puede consultarse la información oficial de la Comisión Europea sobre “*El Pacto Verde Europeo*”, en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es (Consultado el 1 de diciembre de 2024).

¹⁵ Resulta de interés el análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, realizado por VELÁZQUEZ VIOQUE en relación con la jurisprudencia del TS español, sobre el control por parte del Estado de los objetivos medioambientales. En ese sentido, debe señalarse que: “*el TS ha establecido que: España posee un marco regulatorio interno pertinente en lo que a la reducción de sus niveles de emisión de GEI se refiere; que dicho marco jurídico es el configurado por la Unión Europea en cumplimiento del artículo 20 del Convenio de París; que no infringe o vulnera la normativa internacional aplicable y que, no consta acreditado que España haya incumplido hasta el momento los objetivos fijados en el referido marco jurídico*”. Vid. S. VELÁZQUEZ VIOQUE, “La litigación medioambiental y el control del cumplimiento de los objetivos medioambientales del Estado”, *Diario La Ley*, nº 10584, 2024, pp. 1-11.

¹⁶ El Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) nº. 401/ 2009 y (UE) 2018/1999 “*Legislación europea sobre el clima*”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32021R1119> (Consultado el 2 de diciembre de 2024).

Aviación Internacional (CORSIA) a través del RCDE UE; el incremento para el Fondo de Modernización y el Fondo de Innovación y la revisión de la reserva de estabilidad del mercado¹⁷.

15. El paquete u objetivo “*Fit for 55*”, se compone de trece propuestas interrelacionadas que revisan la legislación de la Unión Europea en materia climática, energética y de transporte junto con seis nuevas propuestas legislativas. En breve, podemos identificar tres bloques de medidas legislativas: en primer lugar, las medidas relacionadas con la reducción de emisiones de carbono y su tarificación. Destacando en ese ámbito, la modificación y extensión del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE cuya finalidad es reducir los derechos de emisión de GEI¹⁸. En segundo lugar, las medidas adoptadas en el ámbito de la inversión en el transporte limpio, en las que se incluye la revisión del reglamento en el que se determinan normas más estrictas en materia de emisiones de CO₂ para los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos¹⁹. Con esa misma finalidad, se han ampliado las medidas en aras de minimizar las emisiones en el sector de la aviación (“*ReFuelEU Aviation*”) y el transporte marítimo (“*FuelEU Maritime*”) - sobre el que nos detendremos más adelante-. Y, en tercer lugar, las medidas relacionadas con el sector energético encaminadas a la aceleración del sector hacia las energías limpias y el incremento del ahorro energético.

16. Lamentablemente, la propia Comisión Europea en su “*Informe sobre el futuro de la competitividad de Europa*” -también conocido como “*Informe Draghi*”- prevé que, en el supuesto en el que no se tomen medidas adecuadas, se espera que la brecha de competitividad de la UE persista o aumente, impulsada por la falta de combustibles nacionales baratos y recursos fiscales limitados. Si bien, se entiende que el proceso de descarbonización del sistema energético (en general) es una oportunidad para que la UE reduzca su dependencia de los combustibles fósiles y garantice su competitividad, la asequibilidad y la seguridad del suministro en los años venideros. Empero, no se puede perder de vista que llevará un largo y numerosos esfuerzos económicos cosechar todos los beneficios de la transición energética²⁰.

17. En este contexto, de lograr una Unión Europea verde sostenible, desde el plano económico, la CEOE estima que: “el reto de lograr una Unión Europea climáticamente neutra en 2050 implica una transformación económica y social muy importante que requiere del compromiso de toda la sociedad. Necesita una revolución tecnológica y empresarial pero también un cambio de hábitos y comportamiento de los consumidores que sólo podrá producirse si se sienten implicados en el proyecto. No solo hay que tener en cuenta la necesidad de mitigar los impactos sociales que podrían provocar la inclusión de sectores como el transporte y edificios en el comercio de derechos de emisión, sino que sólo si somos capaces de involucrar a toda la sociedad, seremos capaces de conseguirlo”²¹.

18. La Unión Europea, ha tomado una postura activa y decidida a nivel internacional con el fin de lograr la descarbonización del sector marítimo a través del paquete de medidas “*Fit for 55*”, entre las que destacan: el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE; el Reglamento FuelEU Marítimo (“*Fuel UE*”); la Directiva de comercio de emisiones (ETS);; el Reglamento de de-

¹⁷ Puede consultarse toda la información en la web del Consejo de la Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fit-fo-55/>

¹⁸ El sistema de derechos de emisión se creó bajo el “*principio de quien contamina paga*”. De ese modo, se establece que las empresas que desarrollan su actividad en tal sistema deben comprar un permiso de emisión por cada tonelada de CO₂ que se arroje a la atmósfera. En consecuencia, la empresa que causa daños medioambientales es responsable de los mismos.

¹⁹ Reglamento (UE) 2023/851 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de abril de 2023 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/631 en lo que respecta al refuerzo de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y vehículos comerciales nuevos, en consonancia con la mayor ambición climática de la Unión.

²⁰ CEOE, *Claves del paquete Fitfor55*, p.22. Disponible en: https://www.ceoe.es/sites/ceoeorporativo/files/content/file/2022/04/05/104/2203_ceoe_claves-paquete-fit-f-55.pdf

²¹ Vid. CEOE, *Claves del paquete Fitfor55*, p.22. Disponible en: https://www.ceoe.es/sites/ceoeorporativo/files/content/file/2022/04/05/104/2203_ceoe_claves-paquete-fit-f-55.pdf (Consultado el 29 de noviembre de 2024).

sarrollo de infraestructuras alternativas (AFIR) que promueve la instalación de estaciones de recarga y repostaje de combustibles alternativos y la Propuesta de Directiva sobre fiscalidad de combustibles. A continuación, nos referiremos a todos ellos:

a) El Reglamento relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo

19. El Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE²², en vigor desde 2018, establece las normas de un sistema de la (UE) para un seguimiento, notificación y verificación (SNV) precisos de las emisiones de gases de efecto invernadero, metano y óxido nítrico y de otra información pertinente de los grandes buques que utilizan los puertos de la Unión.

20. La aplicación de este se establece para todos los buques de carga y de pasaje con un arqueo bruto (GT) igual o superior a 5.000 que visiten puertos de la UE. En ese sentido, antes del 31 de diciembre de 2024, la Comisión Europea evaluará si deben incluirse buques adicionales de menos de 5 000 GT, pero no menos de 400 GT. En cualquier caso, a partir de 2025, también será de aplicación para: los buques de carga general de menos de 5 000 GT, pero no de menos de 400 GT y los buques de alta mar de 400 GT o más.

21. En virtud de citada regulación, cada año, las empresas marítimas deben seguir las emisiones y otros datos pertinentes de cada uno de sus buques cubiertos por el Reglamento. Para ello, deberán aplicar un plan de seguimiento²³ sobre cada uno de ellos, en el que se debe contener la documentación completa y transparente sobre cuestiones como: las distintas fuentes de emisiones en el buque, los procedimientos utilizados para determinar los datos de actividad por viaje (es decir, la distancia recorrida, el número de pasajeros, los detalles de las mercancías transportadas, el tiempo que ha pasado en el mar, etc.).

22. Para la determinación de las emisiones concretas de cada buque se utilizará el consumo real de combustible en cada viaje, que se calculará aplicando, a elegir por la empresa, uno de los métodos siguientes (4): Primer método, a través de notas de entrega de combustible y comprobaciones periódicas de los tanques de combustible. Segundo método, mediante el seguimiento del tanque de combustible a bordo. Tercer método, a través de los medidores de caudal para los procesos de combustión aplicables. Y, el cuarto método, mediante la medición directa de las emisiones de GEI.

23. Las empresas navieras deben con carácter anual presentar un informe de las emisiones verificadas externamente a la Comisión y a las autoridades de los Estados de abanderamiento en cuestión.

24. De cara al próximo año, en concreto antes del 31 de marzo de 2025, y con posterioridad antes de dicha fecha, cada año, las compañías deben presentar, por cada buque bajo su responsabilidad, un informe verificado correspondiente a todo el período de notificación del año anterior a: la autoridad administradora responsable; las autoridades de los Estados de abanderamiento interesados, en el caso de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la UE y la Comisión.

25. Junto con citada obligación, las empresas deberán presentar a la autoridad administrativa responsable los datos agregados sobre emisiones a escala de la empresa, cubriendo las emisiones de to-

²² Citado Reglamento, obliga desde 2018 a los operadores marítimos a realizar un seguimiento y a notificar las emisiones de sus viajes que tengan origen o destino un puerto de la Unión.

²³ Los métodos de seguimiento de las emisiones de GEI y otra información pertinente se establecen en los anexos I y II del Reglamento (UE) 2015/757.

dos los buques bajo su responsabilidad en el período de notificación del año anterior y deben notificarse con arreglo a la Directiva sobre el régimen de comercio de derechos de emisión (RCDE) de la UE.

b) El Reglamento “*FuelEU Maritime*”

26. El Reglamento (UE) 2023/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo²⁴, es una de las normas clave del paquete de medidas “*Objetivo 55*” y tiene como objetivo principal aumentar la demanda y la utilización coherente de combustibles renovables e hipocarbónicos en el sector marítimo. Citada norma fue adoptada de manera conjunta con el Reglamento sobre la implantación de infraestructuras para los combustibles alternativos²⁵.

27. Citada normativa, tiene como finalidad reducir la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero de la energía utilizada a bordo de los buques hasta un 80 % de aquí a 2050. De ese modo, se busca que, el sector marítimo que, depende en la actualidad, casi de manera exclusiva de los combustibles fósiles, siendo estos una fuente importante de gases de efecto invernadero y otras emisiones contaminantes perjudiciales pase a utilizar combustibles renovables e hipocarbónicos y de la mano garantizar el buen funcionamiento del sector y evitar distorsiones en el mercado²⁶.

28. El régimen “*FuelUE Maritime*” que, entrará en vigor el 1 de enero de 2025²⁷ (hay dos artículos que están en vigor desde el pasado 21 de agosto de 2024) prevé garantizar que la intensidad de los combustibles utilizados por el sector del transporte marítimo disminuya gradualmente con el paso del tiempo en un 2 % en 2025 hasta alcanzar el 80 % para 2050.

29. En citada regulación, se establecen principios comunes para el seguimiento y la notificación de la cantidad, el tipo y el factor de emisión de la energía utilizada a bordo de los buques, así como los procedimientos de verificación y acreditación. A su vez, el reglamento especifica también las normas para la certificación de combustibles y factores de emisión. Para ello se basa en la reglamentación sobre actos jurídicos de la UE existentes en el ámbito de la energía, como, por ejemplo, la Directiva (UE) 2018/2001[13] relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (biocombustibles)²⁸. En ese sentido, debe puntualizarse que el “*FuelEU Maritime*” no permite el uso de combustibles basados en cultivos alimentarios y forrajeros, que tienen menores beneficios ambientales y plantean preocupaciones más amplias en materia de sostenibilidad.

30. Si bien, a partir de 2030, será necesario que los buques de pasajeros y portacontenedores utilicen el suministro de electricidad desde tierra para todas las necesidades de electricidad mientras se desplaza en grandes puertos de la UE para mitigar la contaminación atmosférica.

31. Para facilitar su aplicación y el cumplimiento de las medidas se prevé un mecanismo de agrupaciones voluntarias permite que los buques pongan en común su balance de la conformidad con

²⁴ Reglamento (UE) 2023/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-81311> (Consultado el 6 de diciembre de 2024)

²⁵ Información completa disponible en la web de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/renewable-and-low-carbon-fuels-in-maritime-transport.html> (Consultado el 5 de diciembre de 2024).

²⁶ Sobre la iniciativa “*FuelUE Maritime*”, esto es, el Reglamento para descarbonizar el sector del marítimo, sobre el aumento de los combustibles renovables y los combustibles hipocarbónicos, véase: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/07/25/fueleu-maritime-initiative-council-adopts-new-law-to-decarbonise-the-maritime-sector/> (Consultado el 29 de noviembre de 2024).

²⁷ Los artículos 8 y 9 del régimen “*FuelUE Maritime55*” entraron en vigor el 31 de agosto de 2024.

²⁸ En el caso de los biocombustibles, los combustibles con cero emisiones de carbono y los combustibles con bajas emisiones de carbono, será necesario certificar ese valor

uno o varios buques, es decir, la agrupación, en su conjunto, debe cumplir, por término medio, los límites de intensidad de gases de efecto invernadero.

32. En ese sentido, conviene señalar que todos los ingresos generados por las sanciones por incumplimiento del Reglamento deberán ser utilizadas para proyectos de apoyo a la descarbonización del sector marítimo con un mecanismo de transparencia mejorado.

c) El Comercio de Emisiones ETS

33. En las próximas líneas nos centraremos en la Directiva (UE) 2003/87/CE del Parlamento y del Consejo de Europa, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de emisión de gases de efecto invernadero, cuyo objetivo es alcanzar las cero emisiones netas en el año 2050. Para ello, se obligará a todos los buques a pagar por la cantidad de toneladas de CO₂ que emitan durante sus trayectos por mar.

34. El comercio de derechos de emisiones²⁹ de la Unión Europea se extiende desde enero del presente año a las emisiones de los buques dedicados al transporte marítimo con independencia de la bandera del buque. Las compañías navieras que conectan puertos europeos estarán obligadas a compensar las emisiones producidas con la compra, en el mercado regulado de los *European Trading System* (EU ETS) de derechos de emisión de CO₂.

35. Su implantación progresiva presenta tres hitos: en enero 2025, entrega del 40% de las emisiones de 2024 afectadas por el comercio de derechos de emisión; en enero de 2026 entrega del 70% de las emisiones afectadas por el comercio de emisión en 2025 y, finalmente en 2027 entrega del 100% de las emisiones de 2026 afectadas por el comercio de derechos de emisión. Además, en el año 2026 entrarán también en el comercio de emisiones otros dos gases de efecto invernadero: CH₄, N₂O.

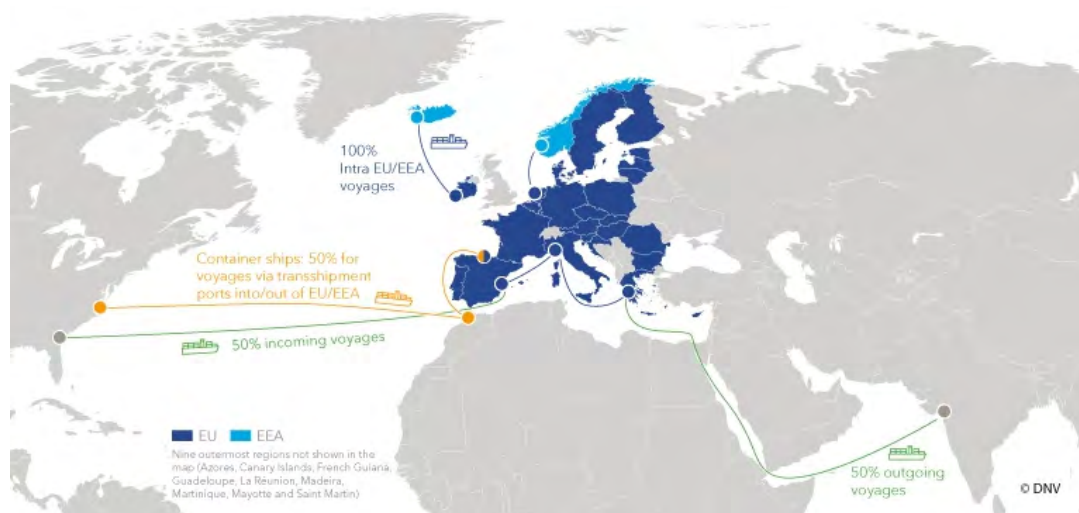
36. Los armadores deberán entregar derechos de emisión por cada tonelada de CO₂ emitida por sus buques antes del 30 de septiembre de cada año, por las emisiones emitidas el año anterior. El problema, como analizaremos más adelante será determinar la cantidad de CO₂ realmente emitida.

37. La mayoría de los buques grandes están incluidos en el ámbito del EU ETS desde el principio, 5.000 toneladas brutas, y los buques de carga general y los buques de tipo off-shore de arqueo bruto comprendido entre 400 y 5000 toneladas se incluirán en el reglamento MRV a partir de 2025 y su inclusión en la UE. El RCDE se revisará a más tardar el 31 de diciembre de 2026. Antes de esa fecha, la Comisión debería presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que debería examinar la viabilidad y los impactos económicos, ambientales y sociales de la inclusión en la Directiva.

38. Debe señalarse que, hasta el 31 de diciembre de 2030, se prevé la exención de determinadas travesías marítimas, en concreto: los viajes nacionales hacia o desde las regiones ultraperiféricas (incluyendo los viajes entre puertos de una región ultraperiférica); los viajes nacionales de buques de pasaje y ro-pax hacia o desde islas con una población inferior a 200.000 residentes permanentes y sin conexión por carretera o ferrocarril con el continente y los viajes de buques de pasaje o ro-pax sometidos a obligaciones de servicio público en rutas entre dos estados de la UE.

39. El requisito de intensidad de GEI se aplica al 100 % de la energía utilizada en viajes y escalas en puertos dentro de la UE o el EEE, y al 50 % de la energía utilizada en viajes hacia o desde la UE o el EEE.

²⁹ Se entiende por “derecho de emisión” conforme a la Directiva de comercio de emisiones ETS: “el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva”.



Fuente: DNV³⁰

40. En la actualidad, los ingresos obtenidos por la venta de derechos de emisión se asignan al presupuesto del país comunitario que efectúa la venta. En consecuencia, los países más contaminantes son los que más beneficios económicos obtienen siendo la situación generada contradictoria con la finalidad última de la regulación. Por ello, resulta necesario enmendar citada circunstancia con carácter urgente destinando tales fondos a la financiación de políticas comunitarias ³¹.

41. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, y el Reglamento (UE) 2015/757, en su artículo 10, establece que, se creará un Fondo de Modernización al que se destinará el 2% de la cantidad total de derechos de emisión entre 2021 y 2030 siendo su destino será la mejora de la eficiencia energética y la modernización de los sistemas de energía de los Estados miembros más necesitados. Y, paralelamente, parte de la recaudación de la subasta se destinará a nutrir el nuevo Fondo Social para el Clima, que tendrá como finalidad proteger a los hogares, microempresas y usuarios del transporte más vulnerables.

d) El Reglamento de Desarrollo de Infraestructuras Alternativas (AFIR)

42. El Reglamento (UE) 2023/1804 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos³², tiene como

³⁰ El mapa adjunto, confeccionado por DNV, se ha obtenido de la siguiente dirección web: <https://www.dnv.com/maritime/insights/topics/fueleu-maritime/> (Consultado el 4 de diciembre de 2024)

³¹ Véase: J.F., SEDENO LOPEZ), *Hacia una verdadera "Unión" Europea en materia Fiscal, Pasado, presente y futuro de los recursos propios comunitarios en el contexto de la transición ecológica*, Fundación Alternativas Málaga, 2023, p. 64.

³² En este contexto, y tomando como referencia el Puerto de Bilbao -uno de los 46 puertos de interés general gestionado por 28 Autoridades Portuarias y coordinados por el Organismo Público de Puertos del Estado-

debemos señalar que en 2022 el "*Plan de Transición Energética del Puerto de Bilbao*", donde se establecen objetivos de descarbonización de la actividad portuaria alineados con los objetivos marcados por el Pacto Verde Europeo y el paquete de medidas Fit for 55. En el Plan de Transición Energética además de estos objetivos, se establece la hoja de ruta para alcanzarlos. En el desarrollo del Plan de Transición Energética se tuvo en cuenta la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativo. Si bien el nuevo reglamento 2023/1804 deroga la Directiva anterior, ambos hacen referencia al paquete de medidas "*Objetivo 55*", acorde al Plan de Transición Energética del Puerto de Bilbao. Entre las medidas de descarbonización propias adoptadas por la Autoridad Portuaria de Bilbao, tales como: la sustitución de la flota de vehículos propulsados por combustibles convencionales (gasolina, diésel) por eléctricos, híbridos enchufables, híbridos convencionales y vehículos de GLP. Instalación de 24 puntos de recarga

objetivo ampliar el despliegue de estaciones de recarga y repostaje de combustibles alternativos en toda Europa destinados a vehículos de carreteras, trenes, buques y aeronaves estacionada.

43. En el ámbito concreto, objeto de nuestro interés, debemos señalar que bajo citada regulación y con relación a los puertos marítimos³³, se prevé que, a más tardar el 31 de diciembre de 2029, deberá haber un suministro suficiente de electricidad en puerto para los buques amarrados en el muelle en la red básica de la RTE-T y en los puertos marítimos de la red global de la RTE-T para abastecer al menos el 90 % de todos los buques de contenedores y de pasaje con un arqueo bruto de 5 000 toneladas³⁴.

e) La Propuesta de Directiva sobre Fiscalidad de Combustibles

44 Además, en julio de 2021 se adoptó una propuesta para revisar la Directiva sobre fiscalidad energética, cuyo objetivo principal alinear la fiscalidad de los productos energéticos con las políticas energéticas y climáticas de la Unión Europea, en el contexto del “Objetivo 55”. Nos referimos a la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el régimen de la Unión de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (refundición). COM (2021) 563 final

45. A través de Propuesta de Directiva, se pretende promover el uso de tecnologías limpias y eliminando exenciones y tipos reducidos que actualmente fomentan el uso de combustibles fósiles. Para ello, se prevé una manera distinta de gravar los combustibles, basándose en su contenido energético y su desempeño ambiental en lugar de su volumen. En ese contexto, los productos energéticos y la electricidad estarán agrupados en diferentes categorías de forma que los combustibles más contaminantes sean los más gravados, con un tipo de referencia para cada categoría.

III. El impacto del proceso de descarbonización del transporte marítimo: el problema de la prueba de las emisiones en la UE

1. Impacto en la industria marítima

A) Introducción

46. En los últimos años, la industria del transporte marítimo se enfrenta a un aumento significativo en las regulaciones medioambientales dictadas tanto por la Unión Europea como por la Organización Marítima Internacional. Por consiguiente, el sector debe hacer frente a dos grandes retos: de un lado, debe adaptar su industria a los impactos del cambio climático. Y, de otro lado, debe incorporar acciones de mitigación - principalmente inversión en innovación tecnológica- sobre sus emisiones con el fin de contener el calentamiento global.

dentro de las instalaciones de la APB y 3 puntos de recarga públicos en diferentes ubicaciones del Puerto; la sustitución de las calderas convencionales de las instalaciones de la APB por equipos más eficientes, como son las bombas de calor eléctricas o la renovación de luminarias convencionales por tecnología LED más eficiente. Sin embargo, hay otra serie de proyectos y medidas que buscan reducir las emisiones de las diferentes actividades relacionadas con la actividad portuaria de manera global. Se trata de medidas más ambiciosas, que implican a diferentes agentes y que tienen un mayor impacto, destaca la red Onshore Power Supply del Puerto de Bilbao (proyecto BilbOPS), que ha sido recientemente aprobado en Consejo de ministros y estará operativo en 2027. El proyecto tendrá un coste total de 51,8 millones de euros, de los cuales el 30% están cofinanciados por la Comisión Europea con fondos CEF-T. Fuente: Autoridad Portuaria de Bilbao a solicitud de la autora.

³³ Sobre la descarbonización y los puertos, véase: M.R., ZAMORA ROSELLO, “La gobernanza de la descarbonización marítima: iniciativas desde los puertos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 9, nº1, 2018 pp. 1-43; M. LARREA BASTERRA, “El papel de los puertos en la transición energética”, *Cuadernos Orkestra*, 02/2022, Disponible en: https://www.orkestra.deusto.es/images/investigacion/publicaciones/informes/cuadernos-orkestra/220022_Papel_puertos_transicion_energetica_ES.pdf (Consultado el 7 de diciembre de 2024), idem, “Los puertos ante la transición energética: de nodos clave en el transporte internacional a actores de la descarbonización de la economía”, *Cuadernos de energía*, nº68, 2022 pp. 96-106.

³⁴ En extenso, se puede consultar la siguiente información disponible en la web de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/deployment-of-alternative-fuels-infrastructure.html> (Consultado el 8 de diciembre de 2024).

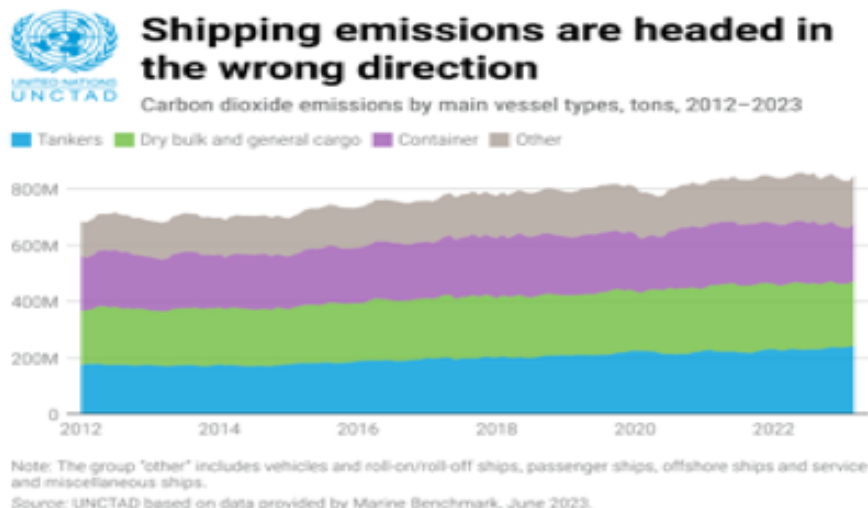
47. Los efectos directos que la aplicación de la normativa internacional y europea que tiene como finalidad una reducción de los gases de efecto invernadero, se configura como una medida que afecta tanto a los clientes como a los inversores del sector ya que en este contexto el negocio marítimo debe hacer frente a grandes inversiones para adaptar el negocio a la nueva realidad del proceso de descarbonización del sector.

48. Conforme a los datos ofrecidos por UNCTAD (en castellano, la Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y desarrollo) en su informe *“An equitable and just transition to low-carbon shipping”* se afirma que: *“la incertidumbre sobre las regulaciones y las alternativas a los combustibles fósiles está retrasando las inversiones necesarias. Las estimaciones muestran que descarbonizar la flota mundial para 2050 podría costar entre 8 mil millones y 28.000 millones de dólares anuales, con otros 28.000 millones a 90.000 millones de dólares adicionales necesarios cada año para la infraestructura de combustibles neutrales en carbono”*³⁵.

49. La transición a combustibles más limpios en el contexto del proceso de descarbonización de la industria marítima resultará más costosa y aumentará los costos del transporte. Así, dependiendo de variables como: el tamaño del buque, la eficiencia y la distancia recorrida durante la travesía, los costos del combustible utilizado pueden representar hasta dos tercios de los gastos generales. Por lo tanto, el cambio hacia combustibles más limpios generará costos adicionales y hará que el combustible sea un componente cada vez más complejo en la estructura de costos de las operaciones de transporte marítimo³⁶.

50. Además, se estima que el elevado coste de las inversiones que debe realizar la industria marítima para adecuar el sector a la necesidad de descarbonizar el transporte se traducirá en el aumento directo de los precios de la navegación afectado directamente a la economía global. El impacto del aumento de los costes tendrá un efecto más acusado en las economías menos desarrolladas y con menos recursos.

51. El elevado costo que debe asumir la industria marítima supondrá de manera inevitable un aumento de los precios de la navegación, que se materializará en un impacto directo en la economía global. Si bien, todas las economías internacionales sufrirán los efectos de los mayores costos de envío de las mercancías, el impacto será más pronunciado en los países menos desarrollados, geográficamente peor posicionados o insulares, debido a los mayores costos de envío, unido a sus recursos limitados para hacer frente al aumento de los costes del transporte.



Fuente: UNCTAD³⁷

³⁵ Véase: UNCTAD, *“An equitable and just transition to low-carbon shipping”*, UNCTAD Policy Brief, n°112, 2023.

³⁶ Véase: UNCTAD, “Chapter 3. Decarbonizing Shipping”, *UNCTAD Review of Maritime Transport 2023*, p. 67. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2023ch3_en.p (Consultado el 8 de diciembre de 2024).

³⁷ La imagen -interactiva en su formato original- de UNCTAD se puede consultar en la siguiente página web: <https://unctad.org>.

52. A su vez, la manera en la que se concibe actualmente el ETS Maritime genera serias preocupaciones en numerosas asociaciones de operadores de terminales, propietarios de remolcadores, prácticos marítimos, agentes, transportistas y transitarios de la UE (entre ellas: FEPORT, ETA, EMPA, ECASBA, ESC y CLECAT) debido al grave riesgo de fuga de carbono y fuga comercial a expensas de los puertos de la Unión Europea. Para evitar conductas evasivas, se fija desde la Comisión que, los buques portacontenedores que hagan escala en puertos de transbordo fuera de la UE, pero a menos de 300 millas náuticas de un puerto de la UE deben incluir también el 50% de las emisiones del viaje hasta ese puerto, en lugar de solo el tramo corto desde el puerto de transbordo.

53 Si bien, citadas asociaciones estiman que, a pesar de los esfuerzos de la Comisión para abordar los riesgos del carbono y fuga de negocios al incluir una definición de “puerto de escala”, la Directiva ETS revisada tan solo incorpora puertos donde los barcos se detienen para cargar o descargar carga, o embarcar o desembarcar pasajeros. Si bien, se excluyen las escalas en “puertos vecinos de transbordo de contenedores” que están ubicados a menos de a 300 millas náuticas de la UE y tienen una incidencia de transbordo superior al 65%³⁸.

54. Por lo tanto, a pesar de que el 100% de las emisiones de los viajes y escalas en puertos dentro de la Unión Europea, y el 50% de las emisiones de los viajes con entrada o salida de la Unión están sujetos al RCDE UE; los costos consecuencia de la aplicación del RCDE relacionados con los viajes fuera de la UE se pueden evitar o reducir fácilmente haciendo escala en puertos fuera de la UE o mediante transbordo³⁹.

55. En ese sentido, se prevé que las compañías navieras puedan evadir el sistema de RCDE EU, de distintos modos (3): de un lado, cambiando el orden de sus escalas en los puertos y hacer escala en un puerto fuera de la UE antes de hacer escala en la UE. Por ejemplo, un barco que navega entre el este de Asia y el noroeste de Europa puede optar por agregar otra escala en un país africano. De otro lado, optando por dejar la carga en un puerto de transbordo fuera de la UE y luego distribuirla a través de buques más pequeños (alimentadores) a puertos de la UE. En este escenario, la carga seguirá llegando a la UE, pero el tráfico de transbordo se reducirá reubicados en puertos no pertenecientes a la UE. Citada opción de evasión sería posible y perjudicaría especialmente a los puertos españoles (especialmente al Puerto de Algeciras) por dos razones: en primer lugar, sería posible de ejecutar a través del puerto (P.e) de Tánger Med. Y, en segundo lugar, porque citada regulación se basa en la travesía marítima y no en la travesía que realiza la carga, por lo que puede desincentivar de la mano el transporte marítimo. En consecuencia, lo esperable es que se aumente el transporte por carretera siendo la fuga de carbono igualmente perjudicial para el medioambiente. Y finalmente, en el “tráfico de retransmisión”, las navieras podrán evadir los puertos de trasbordo europeos en aquellos viajes en los que el destino final del buque y/o de contenedor está fuera de la UE.

B) Recomendaciones para equilibrar los intereses de la industria marítima en el proceso de descarbonización del sector

56. Desde las asociaciones de operadores de terminales, propietarios de remolcadores, prácticos marítimos, agentes, transportistas y transitarios de la UE (entre ellas: FEPORT, ETA, EMPA, ECASBA,

org/es/news/descarbonizacion-del-transporte-maritimo-como-acelerar-la-transicion-y-asegurar-que-sea-justa (Consultado el 3 de diciembre de 2024).

³⁸ Tal y como se puede observar en la misiva dirigida por citadas asociaciones a la Directora de DG CLIMA- DIRECTORATE FOR CLIMATE ACTION y publicada en la página web del Consejo Europeo de Transportistas Marítimos (“*European Shippers Council*”), publicada el 15 de enero de 2024 en la siguiente web: <https://europeanshippers.eu/download/joint-letter-to-dg-clima-regarding-ets-maritime-december-2023/> (Consultado el 2 de diciembre de 2024).

³⁹ La Directiva RCDE revisada presenta una cláusula de revisión que exige que la Comisión supervisé los cambios en el tráfico portuario, como los desplazamientos a puertos no pertenecientes a la UE como consecuencia de la aplicación extracomunitaria del RCDE marítimo e informar sobre ello cada dos años, obligando al mismo tiempo a la Comisión propondrá medidas para abordar este problema si efectivamente se demuestra que hubo evasión.

ESC y CLECAT), se dan tres recomendaciones para mejorar y equilibrar la aplicación del ETS Maritime: en primer lugar, se aconseja ajustar los criterios para la lista de puertos no pertenecientes a la UE que están excluidos de la definición de “puerto de escala”. En la actualidad, sólo los puertos de contenedores con una incidencia de transbordo del 65% o anteriores se pueden incluir en esta lista. Este requisito debe evaluarse críticamente a medida que los estudios han indicado que también se pueden evitar los costos del ETS cambiando la “primera” o la “última” escala en el puerto. Europa a puertos del Reino Unido a expensas de los puertos de Northern Range, como el Puerto de Róterdam. En segundo lugar, se propone aplicar una solución basada en la carga, por ejemplo, cobrar los costos del ETS a los buques no sólo en función de sus emisiones de los viajes, sino también en función de la proporción de contenedores destinados a la UE que transportan junta. Y, en tercer lugar, se sugiere la aplicación al comercio de emisiones a una tasa inferior al 50% de las emisiones extracomunitarias como ocurre actualmente establecido en la Directiva RCDE, para viajes que incluyan una escala en puertos de la UE que estén en riesgo de diversificación de carga⁴⁰.

57. Lamentablemente, los temores de citadas asociaciones se están materializando, causando un claro impacto en la actividad del Algeciras. Así, recientemente, la naviera Maersk comunicaba su decisión de sustituir la escala en el puerto de Algeciras por el puerto de Tánger Med en su servicio MECL, esto es, el servicio que conecta India, Pakistán y Oriente Medio con la costa este de Estados Unidos. La nueva secuencia del citado servicio elimina de facto cualquier escala en puertos europeos y pese a la ausencia de explicaciones de la naviera para justificar dicho cambio se especula que el motivo es evitar el régimen de derechos de emisión de la UE.

58. A nivel internacional, los expertos encargados del informe de la UNCTAD al que anteriormente hacíamos referencia, por su parte plantean cinco tipos de recomendaciones para facilitar que la industria marítima pueda equilibrar sus objetivos y preocupaciones económicos, ambientales y regulatorios: en primer lugar, se estima que debe establecerse un marco regulatorio universal aplicable a todos los barcos, independientemente de su bandera de registro, país de propiedad o área de operación. De ese modo, se evitaría un proceso de descarbonización desigual a nivel internacional, de modo que no existirían soluciones y exenciones fragmentadas que distorsionan el campo de juego nivelado para la navegación y el comercio. En segundo lugar, la implementación de regulaciones que ofrezcan certidumbre para facilitar la toma de decisiones de inversión de los propietarios de barcos, astilleros y puertos. En tercer lugar, fomentar que inversores y a las instituciones financieras aumenten sustancialmente los fondos para la investigación y el desarrollo en tecnologías de envío de combustibles limpios e infraestructura. En cuarto lugar, la introducción de un impuesto sobre los combustibles tradicionales con el fin de que los combustibles alternativos sean más competitivos. Y, en quinto lugar, paralelamente, la crear fondos que pueden ayudar a las economías más pequeñas y vulnerables a alcanzar una transición⁴¹.

2. El problema de la prueba de las emisiones de efecto invernadero en la UE

A) La prueba de las emisiones de efecto invernadero

59. Los derechos de emisión de la UE (EUA) son un tipo de derechos de emisión de carbono que permiten a las empresas navieras cubiertas por el RCDE UE emitir una determinada cantidad de CO₂ a la atmósfera.

60. La normativa prevista en el marco RCDE UE presenta una compleja problemática en su aplicación relativa al cálculo que deben realizar las compañías navieras a la hora de comprar derechos

⁴⁰ Las recomendaciones se pueden consultar en la misiva a la que nos hemos referido con anterioridad en la nota a pie de página 34.

⁴¹ Véase: UNCTAD, “An equitable and just transition to low-carbon shipping”, *UNCTAD Policy Brief*, n°112, 2023.

de emisión y de la mano del modo en el que se puede probar de manera efectiva la realidad de citadas emisiones de gases de efecto invernadero al medio ambiente.

61. Tal y como, se ha expuesto con anterioridad, las compañías navieras con buques que realicen travesías marítimas desde o con destino puertos de la Unión Europea deberán poseer suficientes EUA para cubrir las emisiones de los buques que naveguen bajo su control y entregar los mismos a las autoridades correspondientes anualmente. Para ello, las navieras deben obligatoriamente, conforme a las previsiones del Reglamento MRV: monitorear, informar y verificar las emisiones de GEI.

62. Desde la UE, se creó el sistema THETIS-MRV⁴² para facilitar la tarea a la industria del transporte marítimo y apoyar la implementación del Reglamento. A través de sistema se apoya a los verificadores en la emisión del Documento de Cumplimiento y a los Estados de abanderamiento con una plataforma para la consulta de informes de emisiones, para que puedan cumplir con sus obligaciones de manera centralizada y armonizada.

63. Por ese motivo, es necesario que exista una base común y confiable de datos de desempeño de las emisiones emitidas para la verificación de los viajes, con el fin de que todas las partes puedan administrar flujos de efectivo fiscales sustanciales a lo largo de la cadena de valor. En ese sentido, es necesario que exista un alto grado de confianza en los datos relacionados con las emisiones o el rendimiento del buque. Si no se hace correctamente, podrían surgir numerosos conflictos, entre las que destacarían, por ejemplo: la determinación si los EUAS siguen al naviero o al barco, en el supuesto de que sigan al barco qué ocurre con los EUAS asignados al barco si se vende en la mitad del ejercicio o qué ocurre si cambia de bandera.

64. Los sistemas de monitorización continua de emisiones ayudaran a que la industria del transporte marítimo logre además de cumplir con los objetivos de descarbonización, conocer sus datos de emisiones globales para adquirir EUA. En ese sentido, las estimaciones de la incertidumbre se presentan como un elemento esencial de un inventario de emisiones completo. Debe señalarse que, la información sobre la incertidumbre no se orienta a cuestionar la validez de las estimaciones de inventarios, sino que se prevé que ayude a priorizar los esfuerzos por mejorar la exactitud de los inventarios en el futuro⁴³.

65. Los EUA, son por definición activos financieros que, pueden comprarse y venderse en el mercado, y el precio de mercado variable de los EUA reflej el coste de reducir las emisiones. La compra y entrega de derechos de emisión en el marco del RCDE UE puede resultar bastante costosa en términos económicos para las compañías navieras, por lo que deberán gestionar cuidadosamente sus tenencias de EUA para cumplir con sus límites de emisiones y minimizar el coste de reducción de emisiones.

66. El número de EUA emitidos anualmente disminuye en un factor de más del 4% por año. Así, el número y coste de adquisición de los EUA, tendrá una incidencia directa en los precios del transporte y en los términos de los acuerdos contractuales entre las partes a lo largo de la cadena de valor, incluidos los fletadores y los propietarios de la carga. En cualquier caso, las beneficiadas de este sistema siempre serán las grandes empresas naviera frente a las navieras más pequeñas.

⁴² Cualquier empresa naviera que haya asumido la responsabilidad por las operaciones con salida o llegada a puertos europeos, verificador conforme a la Regulación 765/2008 encargado de realizar las actividades de verificación para cualquier empresa naviera o Estado bajo el cual este abanderado un buque bajo la aplicación de la normativa de emisiones europea, puede acceder al sistema THETIS-MRV a través de la siguiente dirección web: <https://mrv.emsa.europa.eu/#public/eumrv> (Consultado el 8 de diciembre de 2024).

⁴³ Véase: IPCC, “La cuantificación de las incertidumbres en la práctica”, *Orientación del IPCC sobre las buenas prácticas y la gestión de la incertidumbre en los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero*, 2024. Disponible en: https://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/gp/spanish/gpgaum_es.html (Consultado el 8 de diciembre de 2024).

67. Por ese motivo, las compañías navieras deberán ser capaces de determinar con cierta antelación la cantidad de emisiones de GEI de las que será responsable su empresa durante el próximo año y cuántos derechos de emisión será necesario que adquiera para compensar esas emisiones. A tal fin, es vital para las navieras contar con una fuente confiable y verificada de datos de relativa a emisiones que les permita tener un sistema eficiente para gestionar e informar continuamente sobre las emisiones.

68. La compra de EUA puede realizarse de diversas maneras en las que destacan: la subastas en el mercado primario o mediante transacciones en el mercado secundario. De un lado, las compañías navieras registradas en la Comisión pueden comprar en el mercado primario, los EUAs a un precio fijo en la “*European Energy Exchange AG (EEX)*”. La Comisión, adoptó un Reglamento delegado el 17 de octubre de 2023⁴⁴ en el que se establecen los elementos técnicos necesarios para garantizar que las subastas se realicen de manera abierta, transparente, armonizada y no discriminatoria. Y, de otro lado, los EUA pueden comprarse y venderse en el mercado secundario a través plataformas de comercio en línea, si bien el precio en estos casos fluctuará según la oferta y la demand ⁴⁵.

69. Los EUA se pueden guardar para utilizarlas en el futuro⁴⁶. Por lo tanto, además de ser útil para las empresas navieras si prevén un aumento de las emisiones en el futuro y de ese modo quieren asegurarse de tener suficientes derechos de emisión para compensar dichas emisiones. Los EUA, pueden obtenerse como activos financieros especulativos de los que pueden abastecerse las compañías navieras cuando el precio en la subasta sea bajo y negociarlos con posterioridad para obtener ganancias.

Evolución del precio de los derechos de emisión de carbono de la UE (€/t)



Gráfico: ANAVE - Creado con Datawrapper

Fuente: ANAVE⁴⁷

B) Adecuación contractual para el reparto de responsabilidades y costes derivados de las emisiones de carbono

70. La normativa internacional (reglas del capítulo IV del anexo VI del Convenio MARPOL relativas a la eficiencia energética de los equipos de propulsión de los buques y a los indicadores de

⁴⁴ Reglamento que suplementa la Directiva 2003/87/EC del Parlamento y Consejo Europeo por el que se establecen normas sobre el calendario, la administración y otros aspectos de la subasta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

⁴⁵ Sobre los problemas que plantea la compra de EUA, resulta de gran interés el informe de enero de 2023 publicado por: EUROPE ECONOMICS *Participation in the EU ETS markets. A Report for DG CLIMA*, Londres, 2023.

⁴⁶ Las EUA emitidas a partir del 1 de enero de 2013 siguen siendo válidas para cumplir con las obligaciones de entrega futuras y no vencen a menos que se entreguen.

⁴⁷ El gráfico relativo a la evolución del precio de los derechos de emisión de carbono de la UE se ha obtenido de la página web de ANAVE (Asociación de Navieros Españoles). Disponible en: <https://anave.es/precios-de-los-derechos-de-emision-de-la-ue/> (Consultado el 8 de diciembre de 2024).

intensidad del carbono, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 2022)⁴⁸ y el proceso de descarbonización orquestado por la UE, con su objetivo “*Fit For 55*”, presentan una incidencia directa en la distribución de obligaciones y responsabilidades del transporte marítimo se divide de manera consuetudinaria entre la gestión náutica y comercial del buque propia del contrato de fletamento por tiempo.

71. Debe señalarse que, los costes de las emisiones de carbono y otras responsabilidades deben gestionarse a lo largo de la cadena de valor dependiendo de distintos factores como pueden ser la travesía marítima o los acuerdos entre las partes contratantes (propietarios, gestores o fletadores).

72. En ese sentido, la complejidad de las relaciones comerciales propias del transporte marítimo implica que la claridad sobre las emisiones y, en consecuencia, quién las pagará se configure como una parte fundamental en el negocio marítimo. En aras de facilitar la distribución de costes entre los actores, desde BIMCO (Baltic and International Maritime Council) -representa al 60% de la flota marítima mundial- se han propuesto distintas medidas que señalaremos a continuación.

73. Las cláusulas de eficiencia energética: “*EEXI Transition Clause for Time Charter Parties 2021*” (EEXI); “*CII Operations Clause for Time Charter Parties 2022*” (CII)- en la que se determina la colaboración necesaria que debe darse entre armador y fletador para que el indicador de intensidad de carbono anual obtenido por un buque fletado por tiempo, con el fin de obtener al menos un índice moderado de rendimiento-; “*Emissions Trading System Allowances Clause for Time Charter Parties 2022*” (ETSA)⁴⁹.

74. La cláusula “*Emissions Trading System Allowances Clause for Time Charter Parties*”⁵⁰ (ETSA), cuya relevancia es notable a la luz del objeto del presente trabajo ya que conforme a la regulación europea del mercado de emisiones impone directamente al armador (o a su gestor naval) el cumplimiento de las obligaciones sobre seguimiento, notificación y verificación del consumo de combustible y sobre el pago de los correspondientes derechos de emisión. En ese sentido, con relación a los buques fletados por tiempo, la Directiva autoriza a las legislaciones nacionales de transposición para que establezcan un derecho de reembolso por el fletador de los pagos hechos por el armador en concepto de derechos de emisión. A través de esta cláusula, se traslada contractualmente la responsabilidad de pago de los derechos de emisión a quien incumbe el suministro y pago del combustible generador de las emisiones, esto es al fletador por tiempo. En caso de incumplimiento, el armador tiene derecho a suspender la actividad del buque sin incurrir en ninguna clase de responsabilidad, siendo naturalmente el responsable del pago el fletado. Si bien, de manera excepcional será el armador quien asuma el pago del combustible consumido y de los derechos de emisión durante los periodos en que el buque se encuentra “*off hire*”⁵¹.

75. El Comité Documental de BIMCO aprobó el 25 de noviembre una nueva cláusula, denominada: “*FuelEU Maritime Clause for Time Charter Parties 2024*”⁵² que busca facilitar la adaptación de la industria marítima al reglamento marítimo “*FuelEU*”, que entrará en vigor el 1 de enero de 2025.

⁴⁸ Véase: Resolución MEPC.328(76), publicada en el BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2023.

⁴⁹ Las cláusulas de eficiencia energética están disponibles en orden de citación los siguientes enlaces de BIMCO: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/2021_eexi_transition_clause ; <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/cii-operations-clause-2022> ; https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/etsa_clause#:~:text=The%20ETSA%20Clause%20follows%20the,party%20to%20cooperate%20and%20collaborate.

⁵⁰ La cláusula está disponible para ser consultada en: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/etsa_clause#:~:text=By%20including%20this%20clause%20in,pay%20for%20the%20emission%20allowances. (Consultado el 5 de diciembre de 2024).

⁵¹ El concepto “*off-hire*” es un concepto de carácter contractual cuya redacción es cambiante según la cláusula. Si bien, con carácter general se refiere al período en el que la parte que alquila o fleta el equipo queda liberada o eximida de su obligación de pagar las tarifas de alquiler.

⁵² El contenido completo de la cláusula se puede consultar en la web de BIMCO: <https://www.bimco.org/Contracts%20and%20clauses/BIMCO%20Clauses/Current/FuelEU%20Maritime%20Clause%20for%20Time%20Charter%20Parties%202024> (Consultado el 2 de diciembre de 2024).

76. Además, debe señalarse que desde BIMCO se está diseñando un contrato de fletamento por tiempo específicamente diseñado para el transporte marítimo de dióxido de carbono (CO₂): el contrato CO₂TIME, que se prevé que sea adoptado entre finales de 2025 y principios de 2026. La fecha de entrada en funcionamiento de este coincidirá con los primeros proyectos comerciales de captura y almacenamiento de carbono, que se espera inicien operaciones entre 2028 y 2030⁵³.

IV. Conclusiones

77. El transporte marítimo internacional es uno de los modos más seguros por el que las mercancías han sido transportadas a nivel mundial desde antaño. En la actualidad se configura como la columna vertebral del comercio internacional y desempeña un papel fundamental en el crecimiento y progreso económico de los países y las cadenas logísticas internacionales.

78. El aumento del tráfico en el comercio marítimo internacional, unido a la ausencia de mejoras en la eficiencia del combustible utilizado, así como la expansión y desarrollo de los puertos ha tenido y tiene un impacto negativo importante en el medio ambiente. Por ello, la descarbonización del transporte marítimo se configura como una prioridad urgente para la comunidad internacional preocupada por el cambio climático.

79. El proceso de descarbonización al que se ve sometido el transporte marítimo conlleva una gran presión sobre las infraestructuras y las inversiones relacionadas con el mismo. De facto, implica una transformación integral de la manera en que los buques son operados y propulsados, esto es, supone el uso de combustibles alternativos como son el hidrógeno, el amoníaco, los biocombustibles y el gas natural licuado que sustituyan a los combustibles fósiles tradicionales.

80. En ese contexto, el aumento del proteccionismo económico de las grandes potencias económicas mundiales y la labor de estas para asegurar su posición en las redes comerciales globales se materializarán en cambios notables con relación a las pautas comerciales tradicionales. Además, debido al aumento de la temperatura del mar, se espera que las rutas marítimas y la distribución de las mercancías varíe notablemente.

81. La transición hacia un transporte marítimo limpio afecta a todos los sectores de la sociedad: en primer lugar, dentro de la industria marítima impacta directamente en los armadores y operadores de buques, que deberán invertir en nuevas tecnologías y adaptaciones de sus flotas, así como en las navieras y los astilleros que deberán desarrollar nuevas embarcaciones más eficientes y menos contaminantes. En segundo lugar, las autoridades marítimas estatales y los puertos deben implementar de infraestructuras adecuadas y tecnológicamente suficientes para el suministro de combustibles alternativos. Y, en tercer lugar, las empresas y consumidores finales deberán asumir y hacer frente al aumento de los precios de los productos de consumo con motivo de los costos que se deriven de la transición hacia un transporte marítimo más sostenible.

82. Es una realidad que, la visión buenista y excesivamente positiva de la Unión Europea que rige las políticas instrumentadas por la Comisión para la transición climática y ecológica choca de bruces con la realidad y las necesidades económico-sociales de los ciudadanos europeos. Máxime, en un entorno político y económico incierto, en el que difícilmente los buenos deseos de los gobernantes son suficientes para involucrar de manera efectiva a la sociedad. No podemos perder de vista que las políticas de transición climática necesitan de grandes inversiones económicas público privadas que pueden

⁵³ Tal y como se adelanta desde la web oficial de BIMCO: <https://www.bimco.org/insights-and-information/contracts/20241202-co2time-update> (Consultado el 5 de diciembre de 2024).

generar asimetrías en los mercados internacionales y en consecuencia una clara pérdida de competitividad de la economía europea.

83. El transporte marítimo es por definición internacional. La implementación de normas que diferencien el proceso de descarbonización, según criterios geográficos como puede ser la ruta comercial seguida por la mercancía, el país de bandera del buque, el tipo de buque o las características de la mercancía presenta grandes problemas y desafíos tanto para la economía internacional como para el medioambiente.

84. La industria naviera requiere un panorama operativo claro, uniforme y predecible en el que prime la seguridad jurídica. Por todo ello, es vital que la comunidad internacional actúe con rapidez adoptando una normativa armonizada en materia de descarbonización del transporte marítimo. Sólo de ese modo, se logrará el ansiado objetivo de combatir el cambio climático y proteger nuestro medioambiente.

Translucent barriers that GAFTA award holders encounter when seeking to enforce them: the public policy exception as GAFTA's Achilles heel

Barreras translúcidas que se encuentra la parte vencedora de un laudo arbitral GAFTA cuando intenta ejecutarlo: la excepción de orden público como el talón de Aquiles de GAFTA

MÓNICA BENAVENTE NORZA*

*Lecturer on the Master's Degree in Lawyering and Procurement
Universitat Oberta de Catalunya
Legal Director at Keytrade AG*

Recibido: 09.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9329

Abstract: Compared to awards from other arbitration bodies, obtaining a GAFTA award offers the prevailing party added value by increasing commercial pressure on the defaulters via the publication of unpaid award references and defaulters' names on a defaulter list. However, in cases in which a defaulter still refuses to honour their obligations under an award, the winning party has no option but to enforce the award under the umbrella of the New York Convention. In these cases, defaulters frequently raise the public policy exception in an attempt to hamper the execution of the award or to make it very expensive and time-consuming. This paper seeks to better comprehend the reasons behind this situation and proposes alternatives for improving it.

Keywords: Arbitration, GAFTA, New York Convention, Enforcement, Public Policy.

Resumen: En comparación con los laudos de otros órganos de arbitraje, la obtención de un laudo GAFTA ofrece a la parte vencedora un valor añadido al aumentar la presión comercial sobre los incumplidores mediante la publicación de las referencias de los laudos impagados y los nombres de los morosos en una lista de morosos. Sin embargo, en los casos en que un incumplidor sigue negándose a cumplir sus obligaciones en virtud de un laudo, la parte vencedora no tiene otra opción que ejecutar el laudo al amparo de la Convención de Nueva York. En estos casos, los incumplidores suelen alegar la excepción de orden público para intentar obstaculizar la ejecución del laudo o hacerla muy costosa y lenta. Este artículo trata de comprender mejor las razones que explican esta situación y propone alternativas para mejorarla.

Palabras clave: Arbitraje, GAFTA, Convención de Nueva York, Ejecución, Orden Público.

Summary: I. Introduction. II. Comparative analysis of the dispute resolution services offered by the major grain associations in trade disputes: special reference to GAFTA. III. The public policy exception under the New York Convention as GAFTA's Achilles heel. IV. Conclusions.

*Lecturer on the Master's Degree in Lawyering and Procurement. Universitat Oberta de Catalunya, Spain.
mbenavente@uoc.edu. Legal Director at Keytrade AG.

I. Introduction

1. The world is facing increasingly turbulent times. The COVID-19 outbreak, climate shocks and conflict¹, including Russia's unjustified invasion of Ukraine, have aggravated the global food crisis,² creating a great deal of volatility in the grain market³ and a rise in the number of conflicts in this market.⁴

2. "The unrevised forecast for world grain trade in 2023-24 is around 466 million tonnes"⁵. The ratio of organizations whose aim is promoting and facilitating the performance of the supply chain for grain products is not high when compared to this amount. The most important are the Grain and Feed Trade Association ("GAFTA"), founded in 1896 and with over 1,900 members in 100 countries⁶; the National Grain and Feed Association ("NGFA"), also founded in 1896, with over 780 member companies⁷; the North American Export Grain Association ("NAEGA"), established in 1912⁸; the Corn Refiners Association (CRA), founded in 1913 and comprising seven member companies⁹; the South African Cereals and Oilseeds Trade Association ("SACOTA"), founded in 1930 and operating within South Africa and the SADC¹⁰ region¹¹; the National Corn Growers Association ("NCGA"), founded in 1957 and with 50 affiliated state organizations¹²; *Cámara de la Industria Aceitera de la República Argentina*, founded in 1980, and *Centro Exportador de Cereales*, founded in 1949 ("CIARA-CEC")¹³; *Comité du Commerce des céréales, aliments du bétail, oléagineux, huile d'olive, huiles et graisses et agrofournitures* ("COCERAL"), founded in 1958 and whose members represent some 3,000 companies¹⁴; the U.S. Grains Council ("USGC"), founded in 1960 and comprising over 140 organizations¹⁵; *Associação Nacional dos Exportadores de Cereais* ("ANEC"), formed in 1965 and with 40 associated companies¹⁶; the Canada Grains Council ("CGC"), formed in 1969¹⁷; Grain Trade Australia¹⁸ ("GTA"), formed in 1991

¹ See WORLD FOOD PROGRAMME, *A global food crisis*, accessed on 10 June 2024 (available at <http://www.wfp.org/global-hunger-crisis>).

² See EUROPEAN COUNCIL, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Food security and affordability*, accessed on 10 June 2024 (available at <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/food.security-and-affordability/>).

³ "Grains Price Index is at a current level of 116.05, down from 121.03 last month and down from 145.53 one year ago. This is a change of -4.12% from last month and -20.26% from one year ago." See YCHARTS, *Grains Price Index Monthly Insights: Commodity Markets Review*, accessed on 15 March 2024 (available at http://ycharts.com/indicators/grains_index_world_bank).

⁴ GAFTA recorded an average of 799 cases annually between 2014 and 2018. See 7KBW, *London leads in maritime arbitration*, accessed on 15 March 2024 (available at <http://7kbw.co.uk/london-leads-in-maritime-arbitration/>).

⁵ See C. LYDDON, "Global grain trade review" in *world-grain.com*, 11 July 2023, accessed on 24 May 2024 (available at <https://www.world-grain.com/articles/19242-global-grain-trade-review#:~:text=The%20unrevised%20forecast%20for%20world,foreseen%20for%20the%20Russian%20Federation%2C>).

⁶ See GAFTA, *Promoting international trade*, accessed on 26 May 2024 (available at <http://www.gafta.com/about>).

⁷ See NATIONAL GRAIN AND FEED ASSOCIATION (NGFA), accessed on 30 May 2024 (available at <http://www.ngfa.org>).

⁸ See NORTH AMERICAN EXPORT GRAIN ASSOCIATION (NAEGA), accessed on 30 May 2024 (available at <https://naega.org/>).

⁹ See CORN REFINERS ASSOCIATION (CRA), About CRA, accessed on 30 May 2024 (available at <http://corn.org/about-cra/>).

¹⁰ Southern African Development Community.

¹¹ See SOUTH AFRICAN CEREALS AND OILSEEDS TRADE ASSOCIATION (SACOTA), *About SACOTA*, accessed on 30 May 2024 (available at <http://www.sacota.co.za/about-us/>).

¹² See NATIONAL CORN GROWERS ASSOCIATION (NCGA), accessed on 30 May 2024 (available at <https://ncga.com/>).

¹³ See CÁMARA DE LA INDUSTRIA ACEITERA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, accessed on 30 May 2024 (available at <http://ciaracec.com.ar/ciara>).

¹⁴ See COMITÉ DU COMMERCE DES CÉRÉALES, ALIMENTS DU BÉTAIL, OLÉAGINEUX, HUILE D'OLIVE, HUILES ET GRAISSES ET AGROFOURNITURES (COCERAL), accessed on 30 May 2024 (available at <https://www.coceral.com>).

¹⁵ See U.S. GRAINS COUNCIL (USGC), *About USGC membership*, accessed on 2 June 2024 (available at <https://grains.org/membership/about-usgc-membership/>).

¹⁶ See ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EXPORTADORES DE CEREAIS (ANEC), *Anec history*, accessed on 2 June 2024 (available at <https://anec.com.br/articulo/historia-anec>).

¹⁷ See CANADA GRAINS COUNCIL (CGC), accessed on 2 June 2024 (<https://canadagrainscouncil.ca>).

¹⁸ Formerly known as NATIONAL AGRICULTURAL COMMODITIES MARKETING ASSOCIATION ("NACMA"). "GTA Members are drawn from all sectors of the grain value chain from production to domestic end users and exporters." See GRAIN TRADE AUSTRALIA, *GTA Membership*, accessed on 2 June 2024 (available at <https://www.graintrade.org.au/membership>).

and with over 280 member organisations¹⁹; the Agricultural Retailers Association (“ARA”)²⁰, formed in 1992 and with 234 companies listed as members²¹; the China Grain Business Association (“CGBA”), established in 1994²²; the China National Association of Grain Sector (“CNAGS”), founded in 1996 and with 2,582 members²³, the Eastern Africa Grain Council (“EAGC”), registered in 2006 and with over 600 members²⁴ and the U.S. Soybean Export Council (“USSEC”), which was formed in 2006²⁵.

3. GAFTA is a worldwide organization promoting international trade in agricultural commodities, spices and general produce. Its members are fairly diverse and fall within the general categories of importers, exporters, brokers, dealers, manufacturers, processors of raw materials for human and animal consumption, millers, brewers, distillers, analysts, superintendents, fumigation operators, forwarding agents, arbitrators, banks and solicitors. The annual membership fee ranges from GBP 1,700 for trading principals in agricultural commodities and general produce to GBP 50 for students.²⁶ With the aim of facilitating trading, GAFTA provides a vast array of standard contracts for the delivery and trading of grains and general feedingstuffs²⁷. GAFTA provides its members with many services but is chiefly active

¹⁹ See GRAIN TRADE AUSTRALIA (GTA), *Submission Grain Trade Australia to Review of the National Freight & Supply Chain Strategy*, 7 September 2023, accessed on 10 June 2024 (available at <https://www.infrastructure.gov.au/sites/default/files/documents/nfscs--grain-trade-australia.pdf>). See also GRAIN TRADE AUSTRALIA, *Membership List* at 30 June 2021. See also GRAIN TRADE AUSTRALIA, *Membership List for website 30 June 2021.xlsx*, accessed on 2 June 2024 (available at <https://www.graintrade.org.au/sites/default/files/Membership/Membership%20List%20for%20website%2030%20June%202021.pdf>).

²⁰ See AGRICULTURAL RETAILERS ASSOCIATION (ARA), accessed on 2 June 2024 (available at <https://www.aradc.org>).

²¹ Between retailers, suppliers and affiliates. See AGRICULTURAL RETAILERS ASSOCIATION, ARA member, accessed on 5 June 2024 (available at <https://www.aradc.org/members>).

²² See CHINA GRAIN BUSINESS ASSOCIATION (CGBA), accessed on 5 June 2024 (available at www.chinagrains.org.cn/wzfcms/html/chinese/index.html).

²³ “It is a national social organization comprised of pillar grain and oil enterprises, public institutions and social groups.” See CHINA NATIONAL ASSOCIATION OF GRAIN SECTOR (CNAGS), *About CNAGS*, 13-15 May 2024, accessed on 10 June 2024 (available at <http://www.cigoex.com/gtexpo/f/cms/tocontent?contentid=6c53c6871f2e4e58b70bd0b6f487b08f>).

²⁴ See EASTERN AFRICA GRAIN COUNCIL (EAGC), *Membership*, accessed on 10 June 2024 (available at <http://eagc.org/membership>).

²⁵ See U.S. SOYBEAN EXPORT COUNCIL (USSEC), accessed on 10 June 2024 (available at <https://ussec.org>).

²⁶ See GAFTA, *MEMBERSHIP APPLICATION FORMS AND FEES*, accessed on 10 June 2024 (available at <https://www.gafta.com/join-gafta>). The annual fee is GBP 600 for trading principals in spices and general produce; GBP 900 for brokers who do not trade as principals; GBP 1300 for members who are superintendents and surveyors; GBP 150 for individuals engaged or who have been engaged in the trade (other than Qualified Arbitrators and Qualified Mediator Members); GBP 650 for analyst laboratories; GBP 900 for professional firms, agro supply and service companies who provide services to the trade; GBP 300 for members of branches (whose parent company is in the same country); GBP 800 for fumigators and GBP 150 for individuals not engaged in the trade.

²⁷ For the shipment of feeding stuffs. See GAFTA: *GAFTA Contract No. 1*, for Chinese goods. *GAFTA Contract No. 2*, for UK produced cakes and/or meals. *GAFTA Contract No. 4*, for pet food raw materials. *GAFTA Contract No. 5*, for pet food raw materials. *GAFTA Contract No. 6*, for locust beans. *GAFTA Contract No. 8*, for imported feeding meat meal/meat & bone meal. *GAFTA Contract No. 9*, for fish meal. *GAFTA Contract No. 10*, for imported feeding stuffs. *GAFTA Contract No. 15*, for goods from Australia. *GAFTA Contract No. 18*, for good from Australia. *GAFTA Contract No. 19*, for intra-Asia feedings stuffs. *GAFTA Contract No. 21*, for intra-Asia supply terms for feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 23*, for pulses for human consumption. *GAFTA Contract No. 24*, for pulses for feed. *GAFTA Contract No. 25*, for Canadian & USA grain. *GAFTA Contract No. 27*, for Canadian and Unites States of America grain. *GAFTA Contract No. 30*, for Canadian and Unites States of America grain. *GAFTA Contract No. 31*, for grain from Argentina. *GAFTA Contract No. 38*, for feeding stuffs from Argentina. *GAFTA Contract No. 39*, for grain from Argentina/Uruguay. *GAFTA Contract No. 40*, for grain. *GAFTA Contract No. 41*, for South American offals. *GAFTA Contract No. 43*, for goods from Brazil. *GAFTA Contract No. 45*, for inland waterways terms. *GAFTA Contract No. 47*, for the shipment of goods from Central & Eastern Europe. *GAFTA Contract No. 48*, for delivery of goods Central and Eastern Europe. *GAFTA Contract No. 49*, for Baltic grain. *GAFTA Contract No. 54A*, for South African grain. *GAFTA Contract No. 59*, for South African grain. *GAFTA Contract No. 60*, for South African grain. *GAFTA Contract No. 61*, for the Mediterranean and Morocco cargoes. *GAFTA Contract No. 62*, for general grain. *GAFTA Contract No. 64*, insurance rules. *GAFTA Contract No. 72*, malting Barley terms. *GAFTA Contract No. 76*, goods by rail and/or road. *GAFTA Contract No. 78*, for goods by rail. *GAFTA Contract No. 78UA*, for UK and Ireland grain. *GAFTA Contract No. 79*, for United Kingdom and Ireland grain. *GAFTA Contract No. 79A*, EU grain. *GAFTA Contract No. 79B*, for EU grain. *GAFTA Contract No. 80*, for EU grain. *GAFTA Contract No. 80A*, for general goods. *GAFTA Contract No. 81*, general contract. *GAFTA Contract No. 82*, for transshipment/re-shipment of grain in bulk. *GAFTA Contract No. 83*, for transshipment. *GAFTA Contract No. 85*, for organic goods to the European Union. *GAFTA Contract No. 87*, for container terms. *GAFTA Contract No. 88*, for full container loads. *GAFTA Contract No. 89*, for full container loads. *GAFTA Contract No. 90*, for quality terms for feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 93*, for arrival terms for

in four main areas: contracts and dispute resolution; trade policy and legislation issues, quality assurance codes of practice and training and education.

4. The GAFTA dispute resolution mechanism through arbitration works effectively and is widely accepted in the grain commodity market, as Section II of this paper shows. However, if a GAFTA award is not honoured by the non-prevailing party and the prevailing party needs to execute it in the non-prevailing party's country under the umbrella of the New York Convention, the public policy exception appears to be its Achilles heel, as Section III shows. Section IV contains conclusions regarding this scenario.

II. Comparative analysis of the dispute resolution services offered by the major grain associations in trade disputes: special reference to GAFTA

5. Only three of the most important grain trade organizations listed above provide an in-house arbitration system to solve disputes between parties: these are GAFTA, the NGFA and the GTA.

6. While the NGFA is North America's oldest industry-based arbitration system²⁸, over 80% of the international trade in grain is believed to be carried out according to the terms of GAFTA contracts.²⁹ While the NGFA has reported 3,127 arbitration cases in its 127 years of existence, 2,727 have been since 1946³⁰; the GTA reported 75 new cases within a 4-year period (2019-2022)³¹ and GAFTA reported 4,829 new cases and 463 appeals within a period of only 13 years (2010-2023)³².

7. All three organizations are open to arbitrating on all kinds of disputes (member-to-member, member-to-non-member, non-members-to-non-members). At the NGFA, it is compulsory for the resolution of disputes between active members,³³ and at GAFTA and the GTA it is also mandatory for parties with GAFTA or GTA contracts.³⁴

grain. *GAFTA Contract No. 94*, for the arrival of grain in bulk. *GAFTA Contract No. 94A*, for arrival terms for feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 95*, for Tapioca, Manioc & Cassava. *GAFTA Contract No. 96*, for North American soybean meal/pellets. See *GAFTA Contract No. 97*, for shipment of North American soya bean meal and/or pellets. *GAFTA Contract No. 98*, for hipro soybean meal/pellets. *GAFTA Contract No. 99*, for feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 100*, for shipment of feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 100A*, for freeddingstuffs – transshipment to UK. *GAFTA Contract No. 101*, for shipment of feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 102*, for feedingstuffs to the UK. *GAFTA Contract No. 103*, for feeding fishmeal. *GAFTA Contract No. 104*, for transshipment FOB. *GAFTA Contract No. 106*, for feedingstuffs ex store/silo. *GAFTA Contract No. 109*, for grain ex store/silo. *GAFTA Contract No. 110*, for delivered at destination. *GAFTA Contract No. 111*, for feedingstuffs, free out alongside berth buyers, Denmark. *GAFTA Contract No. 112*, for UK produced marine & animal origin feedingstuffs. *GAFTA Contract No. 113*, for fertilizer. *GAFTA Contract No. 114*, for molasses. *GAFTA Contract No. 115*, for model computer. *GAFTA Contract No. 117*, for feeding fishmeal. *GAFTA Contract No. 118*, for Thai rice. *GAFTA Contract No. 119*, for feedingstuffs in full lash barges. *GAFTA Contract No. 120*, for rice. *GAFTA Contract No. 122*, for biomass products. *GAFTA Contract No. 202*, for biomass products. *GAFTA Contract No. 203*, for biomass products (available at <https://www.gafta.com/All-Contracts#:~:text=Gafta%20develops%20the%20standard%20forms,its%20contracts%20within%20the%20trade>).

²⁸ See NATIONAL GRAIN AND FEED ASSOCIATION (NGFA), *NGFA Arbitration*, accessed on 13 June 2024 (available at <https://www.ngfa.org/arbitration-overview/>).

²⁹ See GAFTA, *All contracts*, accessed on 13 June 2024 (available at <https://www.gafta.com/All-Contracts#:~:text=Gafta%20develops%20the%20standard%20forms,its%20contracts%20within%20the%20trade>).

³⁰ See NATIONAL GRAIN AND FEED ASSOCIATION, *Arbitration decisions*, accessed on 14 June 2024 (available at <https://www.ngfa.org/decisions/>).

³¹ See GRAIN TRADE AUSTRALIA, *Annual Report 2020-21*, accessed on 14 June 2024 (available at <https://www.graintrade.org.au/sites/default/files/Governance/GAFTA%20Report%202020-21%20Web%20version.pdf>).

³² See A. BUXO, GAFTA Arbitration statistics for 2022/2023 financial year, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Arbitration/GaftaArbitrationStatistics2023.pdf>).

³³ See NGFA, *NGFA Bylaws*, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.ngfa.org/wp-content/uploads/NGFA-By-laws-10-29-20.pdf>).

³⁴ Each Gafta standard form contract contains an arbitration clause. This clause stipulates that any disputes arising from the contract will be resolved through arbitration, following the Gafta Arbitration Rules and governed by English law. Each GTA standard form contract contains an arbitration clause which stipulates that any dispute arising out of such agreement will be referred to arbitration in accordance with the GTA Dispute Resolution Rules.

8. With regard to arbitration fees, while some trade associations charge a fixed filing fee, others charge a percentage of the amount involved in the dispute (usually with a floor and a cap), and while one imposes the same fee on members and non-members, others charge different (i.e., they are higher for non-members). At the NGFA, members and non-members are subject to the same fee schedule³⁵: the arbitration service fee is 1.5% of the amount of the plaintiff's claim, with the minimum arbitration fee being USD 1,500, and the maximum USD 25,000.³⁶ At the GTA, members and non-members are subject to different filing fees, which are fixed: if the claimant is a member/producer, the fee is USD 560, but if the claimant is a non-member the filing fee increases to USD 840³⁷. At GAFTA, members and non-members are also subject to different filing fees, and non-members have to pay a non-member fee of GBP 1,700, which varies between GBP 12,000 (when both parties are members) to GBP 15,000 when neither party is a member. In 2022-2023, the average GAFTA fee for obtaining an arbitration award under the 125 Rules was GBP 17,433, decreasing to GBP 8,463 under the 126 Rule and increasing to GBP 24,740 should there be an appeal.³⁸ These costs do not include lawyers' fees, which can vary widely depending on the law firm/lawyer representing a company and the seniority of the lawyer/solicitor, but the average fee is around GBP 546 per hour for a solicitor with eight years' experience³⁹. More specifically, in 2023 Hill Dickinson's hourly rates in London were GBP 600 plus VAT for a partner and USD 460 plus VAT for a legal director⁴⁰, while Freshfields Bruckhaus Deringers charged from GBP 315 to GBP 1,495 plus VAT⁴¹. Legal expenses in GAFTA arbitrations can only be recovered from the losing party if the contract between them expressly stipulates this.⁴²

9. The way of selecting and appointing arbitrators for specific cases also varies in these three organizations. While members of the NGFA Arbitration Committee are selected entirely by the NGFA Secretary from the Arbitration Appeals Panel, which is appointed following NGFA bylaws⁴³, at GAFTA and the GTA each party can appoint one arbitrator (in a tribunal of three) and the organization appoints the third⁴⁴.

10. The biggest difference among these three grain organizations is how they proceed, once an award is rendered, to try to protect the rights of the prevailing party, should the non-prevailing party decide not to honour the award and default. While the NGFA (beginning with case no. 1400 in 1946) and the GTA make arbitration decisions available without specifying whether the non-prevailing party defaulted on the award or not, and leaving party confidentiality and the subject of the dispute aside⁴⁵, GAFTA maintains complete confidentiality with regard to the parties in a dispute, the reason for the

³⁵ See Rule 5 NGFA Arbitration Rules, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.ngfa.org/wp-content/uploads/2023-Arbitration-Rules.pdf>).

³⁶ See Rule 2C NGFA Arbitration Rules, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.ngfa.org/wp-content/uploads/2023-Arbitration-Rules.pdf>).

³⁷ See GRAIN TRADE AUSTRALIA. *Schedule 1 – Grain Trade Australia Ltd (GTA) – Dispute Resolution Fees (exc. GST) – Effective 19th December 2022*, accessed on 3 July 2024 (available at https://www.graintrade.org.au/sites/default/files/DRS_GTA_Arbitration_Fees_Schedule_19Dec2022.pdf).

³⁸ See supra 29.

³⁹ See Gov.UK, *Solicitors' guideline hourly rates*, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.gov.uk/guidance/solicitors-guideline-hourly-rates>).

⁴⁰ See HILL DICKINSON, *Private client: Pricing and service information*, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.hilldickinson.com/private-client-pricing-and-service-information>).

⁴¹ See FRESHFIELDS, *UK price transparency disclosure*, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.freshfields.com/en-gb/capabilities/services/employment-incentives-and-pensions/employment-disputes/pricing/#:~:text=The%20basis%20of%20our%20charges,1495%20per%20hour%20plus%20VAT.>).

⁴² See Section 17 of Gafta 125, accessed on 3 July 2024 (available at https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2023/Sept2023/125_SEPT_2023.pdf).

⁴³ See Rule 5B NGFA Arbitration Rules, accessed on 3 July 2024 (available at <https://www.ngfa.org/wp-content/uploads/2023-Arbitration-Rules.pdf>).

⁴⁴ See Rule 3.2 GAFTA Arbitration Rules No. 125 (available at https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2023/Sept2023/125_SEPT_2023.pdf).

⁴⁵ See NATIONAL GRAIN AND FEED ASSOCIATION, *Arbitration decisions directory*, accessed on 7 July 2024 (available at <https://www.ngfa.org/decisions/>).

dispute and the content of the award, unless the non-prevailing party defaults. In such cases GAFTA attempts to aid the prevailing party via the GAFTA defaulter process, which closes with the publication of a “Defaulters on Award of Arbitration” list on GAFTA’s website.⁴⁶ The list is only available to members, but GAFTA also publishes the names of the latest defaulters in its Arbitration News section, providing the general public with the bodies’ names and some additional details.⁴⁷

11. As the last measure to force GAFTA defaulters to comply with the terms of their awards, the prevailing party can enforce a GAFTA award in any of the 172 signatory countries of the New York

⁴⁶ “The Gafta defaulter process comprises of two standard form letters which are sent to the party apparently in default with copy to the reporting party. If no settlement is informed to Gafta after the first letter has been sent then a second letter will be sent 3-6 weeks later. If no settlement is made after the second letter then Gafta will request confirmation from the reporting party to bring the name of the party in default to the Gafta Council to seek their approval. Once Council has approved the posting a circular will be sent to all Gafta members informing them of the name and address of the party in default and the Gafta website will be updated to reflect the default.” See GAFTA, *Defaulters on Awards of Arbitration* (available at <https://www.gafta.com/Defaulters-on-Awards-of-Arbitration>). See also GAFTA, *Arbitration news* (available at <https://www.gafta.com/arbitration-news>).

⁴⁷ See GAFTA, *Arbitration news* (available at <https://www.gafta.com/arbitration-news>): Tooley Property Company Limited Langdale House 11 (GA-2024-21, 25 September 2024); Ayhan Sezer Yag Ve Gida End Tic Ltd Sti Kultur Mah. Ahmet Adnan (GA-2024-19, 11 September 2024); Shri Mittal Agritech Pvt Ltd 211 Milinda Manor, RNT Marg. (GA-2024-18), 3 September 2024); Eko Turka Tekstil Tarim Hayvancilik Tasimacilik Sanayi. (GA-2024-17, 22 August 2024); Rufahia Trading And Logistics Limited Office No. (GA-2024-16, 12 August 2024); Prometey Agri Fzco Dubai Silicon Oasis, Ddp, Building A2. (GA-2024-14, 18 July 2024); Euro Comm Limited 19 St. Mark Street Valleta, VLT136. (GA-2024-12, 16 July 2024); SOACAM SA & NANA BOUBA GROUP SA (Societe Alimentaire Du C. (GA-2024-12, 12 June 2024); Jianguo Coolnaal Food Co. Ltd Room 1510, No.6 Jiaye Fortune. (GA-2024-11, 10 June 2024); La Comminter s.r.l.s Piazza U Giordano 37 71121 Foggia I. (GA-2024-10, 21 May 2024); KULBERG TRADING SA Switzerland, 1006, Lausanne Rue du Simpl. (GA-2024-09, 15 May 2024); Cosmopolitan Trade and Development (GA-2024-07, 10 April 2024); Erser Grup Tarim Urunleri San. Ve Tic. (GA-2024-06, 18 March 2024); Nabil Feed Mills Limited (GA-2024-05, 4 March 2024); CRIST-VALG S.R.L. (GA-2024-02, 13 February 2024); TIS-ZERNO SERVICES LIMITED (GA-2024-01, 25 January 2024); SARL Complexe Agro Alimentaire El Kseur (GA-2023-23, 21 December 2023); Platinum Corporation FZE (GA-2023-22, 14 December 2023); Santa Siena Exports LLC (GA-2023-21, 22 November 2023); QAM7 DMCC (GA-2023-19, 26 October 2023); LLC ‘Rusich- Export’ (GA-2023-18, 6 October 2023); White Flour for Grain Grinding (GA-2023-17, 21 August 2023); LLC Concern Prometey (GA-2023-15, 26 July 2023); Sarl El Alf (GA-2023-12, 12 July 2023); Feedmix – Feed Industry Ltd (GA-2023-09, 15 May 2023); BELOR ROMANIA SA (GA-2023-07, 5 May 2023); Agrostudio Group Limited (GA-2023-06, 24 April 2023); Risoil Overseas LTD (GA-2023-05, 22 March 2023); Melike Unlu Gida Tekstil Ve Orman Urunleri Ith-Ihr (GA-2023-04, 21 February 2023); Prometey Swiss SA and / or LLC Concern Prometey (GA-2023-03, 23 January 2023); Moinho Canueis S.A (GA-2023-02, 4 January 2023); Dalian Shengfang Organic Food Co. Ltd (GA-2022-25, 16 December 2022); IDI Trading AG 5 (GA-2022-23, 4 November 2022); Saam International FZE (GA-2022-21, 1 November 2022); Asia & Africa General Trading LLC (GA-2022-20, 8 September 2022); Sugó-Gabona Kft (GA-2022-19, 1 September 2022); Ozalp Toros Gida San. Ve Tic Ltd. (GA-2022-18, 18 August 2022); Agrotex S.R.L. (GA-2022-17, 29 July 2022); Van Sanh Investment Development Corporation (GA-2022-15, 1 June 2022); Societe Difezi & Fils SARL - Import Export (GA-2022-13, 27 April 2022); Maxgrain International Limited (GA-2022-12, 11 April 2022); Sailor Exports Limited (GA-2022-10, 23 March 2022); Agrozan Tarim Gida Urunleri Ithlat Ihracat Sanayi Ve Ticaret Ltd. (GA-2022-09, 21 March 2022); Agritera OU (GA-2022-08, 16 February 2022); Semillas Y Productos De Mexico SA DE CV (GA-2022-07, 11 February 2022); Agrozan Tarim Gida Urunleri Ithlat Ihracat Sanayi Ve Ticaret Ltd (GA-2022-05, 7 February 2022); Maxgrain International Limited (GA-2022-04, 21 January 2022); Agrofeed Ltd (GA-2022-02, 14 January 2022); Nortrop Ventspils LDT SIA (GA-2022-02, 12 January 2022); AST Global Trading Limited (GA-2021-29, 24 December 2021); Aman Feed (GA-2021-27, 9 December 2021); RAJ GROWIMPEX LLP (GA-2021-26, 7 December 2021); AGROKHEM-PARTNER LLC (GA-2021-24, 30 September 2021); TB Fruit Polska z Organizacjona Odpowiedzialnoscia SKA (GA-2021-23, 20 September 2021); Eestivili AS (GA-2021-22, 16 September 2021); Nikhil Pulses Pvt Ltd (GA-2021-19, 6 September 2021); Asia & Africa General Trading LLC (GA-2021-17, 3 August 2021); Regina Food Industries S.A.E (GA-2021-15, 6 July 2021); Alfoldgabona Kft (GA-2021-14, 18 June 2021); Vietnam Agricultural Joint Stock Company (GA-2021-13, 10 June 2021); Mergen Commodities Trade SA (GA-2021-11, 19 May 2021); Bashan Tarimsal Urn Paz San Ve Dis Tic A.S (GA-2021-10, 10 May 2021); Ilta Agribusiness DMCC (GA-2021-09, 29 April 2021); Daneh Gostar Meshkat Co (GA-2021-08, 20 April 2021); Mergen Commodities Trade SA (GA-2021-07, 13 April 2021); Flashtune Kft (GA-2021-06, 26 March 2021); GCC s.r.l (GA-2021-05, 16 March 2021); ALTYN-BIDAI 2000 Ltd (GA-2021-03, 21 January 2021); Mahmut Yarim Gida Ith. Ihr. San. Ve Tic. (GA-2021-02, 14 January 2021); Nexus Trading Group (GA-2021-01, 8 January 2021); Tan Long Chemical (GA-2020-21, 8 December 2020); Nutrisud Sarl and Medimix Sarl (GA-2020-20, 10 November 2020); Aman Group Ltd (GA-2020-16, 10 September 2020); Sino state Farms Cereals and Oils Co Limited (GA-2020-15, 14 August 2020); Elsofy For Trade and Supplies (GA-2020-14, 5 August 2020); Spike Trade AG (GA-2020-13, 29 July 2020); Sherif Salem Ibrahim and Partners “Arabian Company for Export &... (GA-2020-12, 28 July 2020); Trading S.r.l (GA-2020-10, 22 July 2020); Eastmarket Grain LLP (GA-2020-09, 14 July 2020); OLEOS Trading Limited (GA-2020-07, 12 June 2020); Société de Distribution Nouvelle d’Afrique (Sodinaf) Sarl (FA-2019-15, 21 October 2019); Regina Food Industries SA (GA-2019-08, 28 May 2019).

Convention⁴⁸, which is also known as the “New York Arbitration Convention” and the “New York Convention” (NYC from now on).

12. To be more specific, from 28 May 2019 to 2 October 2024, GAFTA partially published available details of defaulters on GAFTA arbitrations, when the winning party requested this, in their online “News on Gafta arbitration” section. 100% of the defaulters are based in four continents - 47.13% in Asia⁴⁹, 40.23% in Europe⁵⁰, 8.04% in Africa⁵¹ and 4.6% in America⁵² - 100% are based in a country which is a signatory of the NYC and 6.9% are recidivists⁵³ (50% are based in Asia⁵⁴ and 50% in Europe⁵⁵). In the period from 1 October 2022 to 30 September 2023, GAFTA heard 337 cases and posted the names of 33 defaulters, which means that defaults occur in at least⁵⁶ 9.79% of cases.⁵⁷ These percentages show that the issue is a problem at global level and negatively impacts the winners’ efforts and the executing countries’ economies.

13. GAFTA also publishes the names of defaulters who finally settle their cases,⁵⁸ supplying the general public with the names and additional details about these bodies: between 28 February 2018 and 2 October 2024, 33 defaulters settled their disputes in an average of 1.72 years.⁵⁹

⁴⁸ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (adopted 10 June 1958, entry into force 7 June 1959) 330 UNTS 38.

⁴⁹ In Bangladesh, China, Egypt, India, Iran, Kazakhstan, Malaysia, Tunisia, Turkey, UAE and Vietnam.

⁵⁰ In Cyprus, Estonia, Greece, Hungary, Italy, Lithuania, Malta, Moldova, Poland, Rumania, Switzerland, Ukraine and the United Kingdom.

⁵¹ In Algeria, Benin, Cameroon and Zimbabwe.

⁵² In Argentina, California, the British Virgin Islands, Mexico and Miami.

⁵³ Agrozan Tarim Gida Urunleri Ithlat Ihracat Sanayi Ve Ticaret Ltd., Asia & Africa General Trading LLC; Regina Food Industries S.A.E.; Mergen Commodities Trade SA; Maxgrain International Limited and Concern Prometey LLC.

⁵⁴ In Dubai, Egypt and Turkey.

⁵⁵ In Switzerland and Ukraine.

⁵⁶ Not all defaulters in a GAFTA award are posted in their defaulters list.

⁵⁷ See supra 29.

⁵⁸ See GAFTA, *Arbitration news* (available at <https://www.gafta.com/arbitration-news>): Richfields Commodities Ltd (GA-2024-15, 23 July 2024, following the circular no. GA/2019/02); ITC Limited (GA-2024-08, 18 April 2024, following circular no. GA/2024/07), Pavlovi Trading Ltd. (GA-2024-04, 1 March 2024, following circular GA/2024/02); Unio Co. for Trade, Import &a. (GA-2024-03, 22 February 2024, following circular no. GA/2024/02); LLC “Rusisch-Export” House (GA-2023-20, 16 November 2023, following circular GA/2023/18); Petek Degirmencilik Sanayi Ve Ticar (GA-2023-14, 18 July 2023, following circular no. GA/2023/06); Belor Romania SA. (GA-2023-13, 14 July 2023, following circular no. GA/2023/07); Five Star Flour Mills SAE (GA-2023-10, 8 June 2023, following circular no. GA/2022/02); Prometey Swiss SA (GA-2023-08, 10 May 2023, following circular no. GA/2023/03); Sailor Exports Limited (GA-2022-11, 8 April 2022, following circular no. GA/2022/10); Bashan Tarimsal Urn Paz San Ve Dis Ti. (GA-2022-06, 10 February 2022, following notice no. GA/2021/10); Victoria Foods (Private) Limited (GA-2021-20, 6 September 2021, following notice GA/2016/05); Alfoldgabona Kft (GA-2021-18, 18 August 2021, following circular no. GA/2021/4); Altin Ates Kimya AS (GA-2021-12, 7 June 2021, following notice circular no. GA/2019/11); Sherif Salem Ibrahim and Partner (GA-2020-19, 28 October 2020, following circular no. GA/2020/12); Agrobland RR (GA-2020-18, 21 September 2020, following circular no. GA/2017/06); Graneles Switzerland SA (GA-2020-17, 15 September 2020, following circular no. GA/2019/15); Zar Macaron Industrial Group Co. (GA-2020-11, 27 July 2020, following circular no. GA/2017/13); Anhui BBKA International Freight Co. Ltd. (GA-2020-05, 13 May 2020, following circular no. GA/2016/05); Armada Gida Tic San A.S. (GA-2020-04, 21 April 2020, following circular GA/2020/01); Unknown (GA-2020-03, 13 March 2020, following circular no. GA/2017/06); Vietnam Livestock Corporation Joint Stock Company (VILICO) (GA-2019-16, 25 November 2019, following circular no. GA/2017/03); Hong Ha Nutrition Joint Stock Company (GA-2019-14, 15 August 2019, following circular no. GA/2016/05 and GA-2017-03); Xiamen C&D Agricultural Products Co. (GA-2019-13, 13 August 2019, following circular no. GA/2019/11); Unknown (GA-2019-12, 9 August 2019, following circular no. GA/2019/11); Unknown (GA-2019-10, 25 June 2019, following circular GA/2019/03); Unknown (GA-2019-07, 20 May 2019, following circular GA/2019/06); Alberta Corp (GA-2019-04, 3 April 2019, following circular no. GA/2019/03); Fedcominvest Europe Sarl (GA-2018-12, 14 June 2018, following notice GA/2018/10); Kusto Agro Trading LLC (GA-2018-09, 14 May 2018, following circular no. GA/2017/04); UkrFarm Funding Limited (GA-2018-04, 9 April 2018, following circular no. GA/2014/10); Mes Yag Sanayi Ve Ticaret Ltd (GA-2018-03, 27 March 2018, following circular no. GA/2017/014); Rossella Express Srl (GA-2018-02, 8 March 2018, following circular GA/2018/01).

⁵⁹ 70% (23) settled within a year; 6.06% (2) within 2 years, 12.12% (4) within 3 years, 6.06% (2) within 4 years and 6.06% (2) within 5 years.

III. The public policy exception under the New York Convention as GAFTA's Achilles heel

14. Enforcing a GAFTA award in any signatory country of the NYC involves overcoming several practical hurdles, the main ones being the following: the legal system and domestic legal framework of the defaulting party's country (which differs from that in the prevailing party's country and in England⁶⁰), including interpretation of the NYC articles (which may differ from country to country); the translating of all supporting documentation; the legal costs associated with the proceedings; cultural and language differences⁶¹; political and economic factors; potential court delays; delaying tactics (guerilla tactics) used by certain parties in court⁶², identifying the defaulting party's assets and the court's interpretation of the meaning of the public policy exception.

15. The analysis in this section is based on the public policy exception, which is referred to in Article V(2)(b) of the NYC and sets out that an arbitral award shall not be recognized or enforced if it could be contrary to public policy in the country where recognition and enforcement is sought⁶³. As academia has repeatedly highlighted, the question surrounding the application of this extremely controversial exception⁶⁴ is how to interpret it⁶⁵. The NYC provides no definition of what should be understood by public policy, but gives member states the freedom to define and apply this term.⁶⁶ As a result, public policy is not applied in the same way everywhere⁶⁷ and is a dynamic concept which varies in time and space depending on social and cultural values in each era.⁶⁸ While some well-established, arbitration-friendly jurisdictions adopt a stringent stance on public policy, in other countries it remains the last resort for dissatisfied parties that are challenging arbitral awards.⁶⁹ The public

⁶⁰ GAFTA contracts are governed by English law.

⁶¹ See S. I. STRONG, K. FACH GOMEZ and L.C. PIÑEIRO, *Comparative Law for Spanish-English Speaking Lawyers: Legal Cultures, Legal Terms and Legal Practices*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 17-19, 222, 449, 494-498.

⁶² See M. BENAVENTE NORZA (2023). "Translucent barriers that foreign award holders encounter when seeking to enforce the awards in India: navigating the Indian Judiciary", *Spanish Yearbook of International Law*, 27, 139 (available at <https://www.sybil.es/sybil/article/view/1943/2315>).

⁶³ "Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country." See Article V(2)(b) 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – "The New York Convention" (available at https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/2/12_english-text-of-the-new-york-convention.pdf)

⁶⁴ See A. RAM, *The Recommended and Accepted Interpretation of the Public Policy Exception in International Commercial Arbitration: Is the Indian Stance Really Divergent?*, 17 September 2012. (available at <https://ssrn.com/abstract=2151390>).

⁶⁵ See A.G. MAURER, *Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation, and Application-Revised Edition*. Juris Publishing, Inc. 2013, p. 53. See also N. C. SHENOY, "Public Policy under Article V (2)(b) of the New York Convention: Is there a Transnational Standard" in *Cardozo J. Conflict Resol.*, 2018, vol. 20, p. 77. See also J. D. FRY, "Désordre Public International under the New York Convention: wither truly international public policy" in *Chinese Journal of International Law*, 2009, vol. 8, no. 1, p. 81-134. See also R. A. COLE, "The public policy exception to the New York convention on the recognition and enforcement of arbitral awards" in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1985, vol. 1, p. 365. See also M. PAULSSON, *The 1958 New York convention in action*. Kluwer Law International BV. 2016. See also E. RAJAGUKGUK, "Implementation of the 1958 New York Convention in Several Asian Countries: The Refusal of Foreign Arbitral Awards Enforcement on the Grounds of Public Policy" in *Indonesian J. Int'l L.*, 2007, vol. 5, p. 186. See also A. J. VAN DEN BERG, "The New York Convention of 1958: An Overview" in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, London: Cameron May, 2008, pp. 39-68. See also G. B. BORN, "The New York Convention: A Self-Executing Treaty" in *Mich. J. int'l l.*, 2018, Vol. 40, p. 115.

⁶⁶ See R. WOLFF, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 19 June 1958 – Commentary*, Beck. Hart and Nomos, 2012, p. 494. See also A. Mogos, A, "A Reflection on Public Policy Exception in Private International Law under the New York Convention, European Union Instruments and Ethiopian Law" in *Bahir Dar UJL*, 2018, vol. 9, p.123.

⁶⁷ See P. HOLLANDER, "Report on the Public Policy Exception in the New York Convention" in *International Bar Association*, October 2015, p. 18. See B. HANOTIAU, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention Belgian and French Perspectives" in *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25, p.6.

⁶⁸ See J. DOLINGER, "Arbitragem interna e internacional" in *Questões de doutrina e de prática*, 2003, pp. 129-170.

⁶⁹ See M. GEARING, and A. WELSH, "The Public Policy Exception – Is the Unruly Horse Being Tamed in the Most Unlikely of Places?" in *Kluwer Arbitration Blog*, 17 March 2011 (available at <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/03/17/>)

policy exception is often described as an “unruly horse”⁷⁰ which may carry its rider to unpredictable destinations.⁷¹

16. Public policy objections arose in 44% of enforcement cases. While success rates were modest (19%), the significance of upheld public policy objections should not be overlooked.⁷² Independent arbitrator Dr ANTON G. MAURER analysed 850 arbitration enforcement decisions under the NYC and concluded that enforcement was refused in only 70 cases.⁷³ That is, the public policy exception is only upheld by the courts in 8.23% of the cases in which it is raised. In the other 91.76% of cases it was unduly raised, probably as a dilatory tactic to prevent award winners from obtaining what they are entitled to. This exception is said by practitioners to be “probably the most misused ground of all”.⁷⁴

17. Regardless of the fact that not all prevailing parties in GAFTA arbitrations opt for publishing the defaulting party’s details on the GAFTA defaulters list before deciding whether to enforce the GAFTA award in the defaulting party’s country⁷⁵, a consistent tendency on the part of the defaulting party can be observed in both cases, regardless of the country in which they are based. This is raising the public policy exception, which increases the costs of enforcing the award for the prevailing party and usually creates undue delays⁷⁶ with uncertain grounds. Below are some examples from different countries in which the public policy exception has been raised when the prevailing party in a GAFTA arbitration has resorted to the courts in the country in which the losing party is based in an effort to protect their rights by enforcing the award, and the amount of time that the courts needed to accept to or dismiss the petitions.

18. Brazil: *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecuaria (Argentina) v. Moinho Paulista Ltda.* (Brazil).⁷⁷ An Argentinian company requested the recognition and enforcement of a GAFTA award obtained against a Brazilian company in 2000. Six years later the Brazilian tribunal ruled that the GAFTA award had been rendered in violation of Brazilian public policy and dismissed the application.

the-public-policy-exception-is-the-unruly-horse-being-tamed-in-the-most-unlikely-of-places-4/). See also See A.G. MAURER, *Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation, and Application-Revised Edition*. Juris Publishing, Inc. 2013. See also K. M. CURTIN, “Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws” in *Def. Counsel J.*, 1997, vol. 64, p. 271.

⁷⁰ England and Wales, Court of Common Pleas, 24 November 1825, All ER 258, 266, *Richardson v Mellish*.

⁷¹ See Y. TANG, “Charting a New Legal Order: ASEAN’s Arbitration Reform in Taming the ‘Unruly Horse’ of Public Policy Exception” in *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 2024, vol. 41.

⁷² See R.P. ALFORD, C. BALTAG, M.E.K HALL, and M. SASSON, “Empirical Analysis of National Courts Vacatur and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards” in *Journal of International Arbitration (Wolters Kluwer)*, 2022, v. 39, Issue 3, pp. 299-330. See also M. SASSON, “Public Policy in International Commercial Arbitration” in *Journal of International Arbitration (Wolters Kluwer)*, 2022, v. 39, Issue 3, pp. 411 – 432.

⁷³ See A.G. MAURER, *The Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation, and Application*, Juris, 2022.

⁷⁴ See PAULSSON, *The New York Convention in International Practice – Problems of Assimilation*, in M. Blessing (ed.), *The New York Convention of 1958* 100, 113 (ASA Spec. Series No. 9, 1996). See also T. L. HARRIS, “The ‘Public Policy’ Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention—With Particular Reference to Construction Disputes” in *Journal of international arbitration*, 2007, vol. 24, n. 1. See also B. VAN ZELST and N. MASUMY, “The Concept of Arbitrability under the New York Convention: The Quest for Comprehensive Reform” in *Journal of International Arbitration*, 2024, vol. 41, no. 3.

⁷⁵ The prevailing party should conduct a cost-benefit analysis to weigh the costs of enforcement against the potential benefits, because the award creditor can incur not-insignificant costs during this process. See M. BAKER, and D. NICHOLS, “Recovering Costs of Enforcement and Interest” in *International Law Office (ILO)*, September 2021, issue 16.

⁷⁶ See T. S. WEI, “Why egregious errors of law may yet justify a refusal of enforcement under the new york convention” in *Sing. J. Legal Stud.*, 2009, p. 592. See also C. L. BANSAL, and S. AGGARWAL, “Public policy paradox in enforcement of Foreign Arbitral Awards in BRICS countries: a comparative analysis of legislative and judicial approach” in *International Journal of Law and Management*, 2017, vol. 59, n. 6, pp. 1279-1291.

⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça. SEC n.º 866 - EX (2005/0034926-5). DJ 17.05.2006, pp. 9-10.

19. France: *Denis Coakley Limited (Ireland) v. Société Michel Reverdy* case (France)⁷⁸ concerned a dispute between an Irish and a French company regarding a supply contract that was concluded in 1978. In 1980 the dispute was resolved in the appeal court as per GAFTA rules in favour of the Irish company, which was forced to demonstrate to the French court that the award was not contrary to French international public policy after the defaulting company raised this exception. The award was upheld two years later in 1982.

20. Turkey: *Çimento San. ve Tic. A.Ş. (Turkey) v a Swiss company*⁷⁹. A Swiss seller and a Turkish buyer concluded a supply agreement in 2012. After a payment default, the seller won a GAFTA arbitration and the Swiss company had to enforce the award in Turkey. Despite the non-prevailing party's arguments that the GAFTA Award was contrary to public policy in Turkey, execution of the award was granted in 2020.

21. Ukraine: *China National Complete Engineering Corporation (China) v. PJSC State Food and Grain Corporation of Ukraine (Ukraine)*⁸⁰. In 2018, a Chinese company requested the enforcement and execution of a 2017 GAFTA award in Ukraine, following the concluding of a contract for the period from 25 May 2012 to 30 November 2013. In 2019 the Kiev Court of Appeal granted its execution after dismissing the public policy exception raised by the defaulting party.

22. Vietnam: *Toepfer (Germany) v. Sao Mai (Vietnam)*⁸¹. After many years the Appellate Court of the Supreme People's Court of Vietnam in Hanoi ruled that the GAFTA award was contrary to Vietnamese public policy.

23. India: *Shri Lal Mahal Ltd (Shri Lal) (India) v. Progetto Grano Spa (Progetto) (Italy)*⁸². A dispute arose between an Indian supplier and an Italian buyer over a supply contract concluded in 1994. In 1997 the dispute was resolved by a GAFTA arbitral tribunal in London (UK) in favour of Progetto, which sought to enforce it before the Delhi High Court with Shri Lal's opposition. The Delhi High Court ruled in favour of Progetto in 2012 and Shri Lal filed an appeal under the Supreme Court of India, which again ruled in favour of Progetto after dismissing Shri Lal's appeal, which had been filed on the ground that the award was contrary to Indian public policy. It took the Indian courts 15 years to uphold the enforcement.

24. India: *LMJ International Ltd (India) v Sleepwell Industries Co. Ltd. (Thailand)*⁸³. This case concerned a dispute that began in 2011 between a Thai supplier and an Indian buyer over a contract dated the same year. The dispute was resolved by the GAFTA arbitral body in 2013 and in the same year the award-holder filed an application for the enforcement of a foreign award in India, which was challenged by the Indian company on the basis that it was contrary to public policy in India. The dispute was resolved first by the Calcutta High Court in 2017⁸⁴ and afterwards by the Supreme Court of India in 2019⁸⁵, which dismissed the Indian company's petition and declared the enforceability of the foreign award.

25. India: *Kandla Export Corporation (India) v OCI Corporation (Korea)*⁸⁶. A Korean buyer began a GAFTA arbitration against an Indian seller arising from a supply contract signed in 2013. A

⁷⁸ Court of Appeal of Reims, France, 23 July 1981, *Denis Coakley Limited v. Société Michel Reverdy*.

⁷⁹ Court of Cassation 19th Civil Chamber in Turkey, case number 2018/3424 E, 2020/568 K.

⁸⁰ Court of Appeal on Kiev, case number, 824/256/2018.

⁸¹ Decision of the Appellate Court of the Supreme People's Court of Vietnam in Hanoi, 2011, *Toepfer v. Sao Mai*.

⁸² Supreme Court of India, 3 July 2013 (Civil Appeal No. 5085/2013), *Shri Lal Mahal Ltd v Progetto Grano Spa*.

⁸³ Supreme Court of India, 20 February 2019 (Special leave petition (civil) no. 540 of 2018, *LMJ International Ltd. v Sleepwell Industries Co. Ltd.*

⁸⁴ Calcutta High Court, 22 August 2017 (G.A. 3306 of 2016, E.C. No. 487 of 2013), *Sleepwell Industries Co. v LMJ International Ltd.*

⁸⁵ See supra. 67.

⁸⁶ India, Supreme Court, 7 February 2018 (civil appeal no. 1661-1663 of 2018), *Kandla Export Corporation v OCI Corporation*.

GAFTA award was rendered on 28 April 2014 in favour of OCI Corporation, which filed an application for execution before the District Court at Gandhidham in India. The Indian company claimed that the award was contrary to public policy in India in a futile attempt to make the Indian court review the merits of the dispute. In 2017 the District Court at Gandhidham⁸⁷ determined that the award's execution could not be denied on that basis. The Supreme Court of India ratified the decision in 2018

26. Apart from the lengthy and costly process that the parties undergo during the execution of a GAFTA award when the defaulting party raises the public policy exception, they also need to navigate the uncertainty of the scope of the definition that a court will apply in their case. A clear example can be seen in India, where the evolution of the interpretation of public policy is notorious and has evolved from a narrow interpretation before the Arbitration and Conciliation Act was enacted in 1996 to a broader interpretation nowadays.⁸⁸

27. The above examples show that this is a generic problem, which creates uncertainty and affects all member states of the NYC equally when the winner in a GAFTA award has no other option has but to enforce the award in the country where the losing party is based or has assets.

Conclusions

28. In a comparative sense, GAFTA offers the winner of an award an extra tool with which to try to convince the defaulter to honour their obligations, which consists of including the defaulter's name and address on the GAFTA defaulters list. If the award holder does not achieve the desired result via this social pressure action, they have no option other than to attempt to enforce the award in the defaulter's country under the NYC umbrella.

29. While the provisions of Article V(2)(b) of the NYC protect state sovereignty when determining the definition and interpretation of what is to be understood as a public policy exception, they do not protect the arbitral sovereignty of the parties in conflict, but are instead an open door to the uncertainty and legal insecurity that arise from such situations. This creates an imbalance between public powers and private solutions in the event of a conflict which affects the proper functioning of international trade.

30. The lack of certainty as to whether a foreign award will be enforced on the basis of a public policy exception, linked to the fact that there is no unanimous definition of the concept, creates unease for award holders that are trying to enforce their awards. On this basis, the public policy exception is often abused by the losing party and is perceived as a negative factor which could hamper the winner's success, while at the same time sully arbitration's reputation as an effective dispute resolution system.

31. When the difficulties encountered by a prevailing party in a GAFTA award when trying to enforce the award in the other party's country under the NYC umbrella is compared with the hurdles encountered by a prevailing party when enforcing any foreign award not issued by GAFTA,⁸⁹ there are no appreciable differences. If *a priori* it is assumed that obtaining a GAFTA award (versus an award rendered by any other arbitral body) would allow the award holder a greater degree of success in enforcing it,⁹⁰ in practice there is no meaningful difference. The only added value that a GAFTA award gives the

⁸⁷ India, High Court of Gujarat, 8 August 2017, *OCI Corporation v. Kandla Export Corporation*.

⁸⁸ See M. Narayanan, "Arbitration and the public policy exception: necessary precaution or controversial impediment?" in *Centre for alternative dispute resolution*, 15 October 2023 (available at <https://www.rgnulcadr.in/post/arbitration-and-the-public-policy-exception-necessary-precaution-or-controversial-impediment>).

⁸⁹ See M. BENAVENTE NORZA, M., "Translucent barriers that foreign award holders encounter when seeking to enforce the awards in India: navigating the Indian Judiciary" in *Spanish Yearbook of International Law*, 2023, (27), 139 (available at <https://www.sybil.es/sybil/article/view/1943/2315>).

⁹⁰ See I. POLOVETS, M. SMITH, and B. Terry, "GAFTA Arbitration as the Most Appropriate Forum for Disputes Resolution in Grain Trade" in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2013-2014, Vol. 30, No. 3.

prevailing party is the opportunity to increase commercial pressure on the defaulters via the publication of the unpaid award references and the defaulter's name on the defaulters list, which is available to all GAFTA members and by reference only to the general public. This has proved to be a very useful instrument in certain cases: however it has also proved to be insufficient when the losing party decides not to honour the award.

32. In view of the repeated practice among non-prevailing parties (regardless of the award's nature and the rendering body in any kind of award and any NYC signatory country) of claiming the public policy exception in order to try to delay/avoid the award's execution, which increases uncertainty, costs and the time need for the award to be executed for the winner as well as for the country in which the award is executed, the question which arises is this: what additional system could be implemented to help award holders, the arbitral body and all the countries in which the execution of awards is requested to be effective, more efficient and less costly (time and money) in their enforcing/rejecting of foreign arbitration awards within an adequate timeframe?

33. The enforcing of GAFTA and other awards rendered by different arbitral bodies could be expedited and less costly for all parties if the arbitral body hearing the case could enable the parties to add a tool based on the blockchain technique in cooperation with the countries of the arbitration parties and which could ensure that an award is rendered not only in compliance with the law and jurisdiction clauses of the contract, but also that it is aligned with the law and not in breach of the public policy of any of the countries in which the parties are based.

34. Being able to offer arbitration parties - before an award is rendered - the assurance that the award will be safeguarded from public policy exceptions under the NYC would be a priceless step forward for the future of the arbitration world.

Contratación transfronteriza: necesidad e importancia de su armonización en un mundo globalizado

International legal contracting: the need for and importance of its harmonization in a globalized world

EMMANUEL GUILLERMO CARREÑO BERNAL

*Abogado y especialista en Derecho Comercial
Pontificia Universidad Javeriana*

*Master Universitario en Derecho Empresa y Justicia
y doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología
Universidad de Valencia*

Recibido: 23.08.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9330

Resumen: En los actuales contextos jurídicos derivados de la globalización, donde las transacciones comerciales internacionales se han convertido en una tendencia predominante, los participantes en el comercio internacional enfrentan importantes desafíos, en particular en lo que respecta al marco jurídico aplicable a las relaciones contractuales internacionales. En vista de ello, el presente artículo de investigación aborda el proceso de armonización del Derecho contractual transfronterizo y la utilización de los diversos instrumentos derivados de dicho proceso como medios idóneos y eficaces para resolver, o al menos reducir significativamente, dichas problemáticas y, en general, lograr una mayor seguridad jurídica en el comercio internacional.

Palabras clave: contratación Transfronteriza, Contratación Internacional, Armonización del Derecho, Derecho comercial internacional.

Abstract: In the current legal frameworks shaped by globalization, where international commercial transactions have become a prevailing trend, participants in international trade face significant challenges, particularly concerning the legal framework governing international contractual relationships. In response, this research article examines the process of harmonizing cross-border contract law and explores the use of various instruments derived from this process as effective and suitable mechanisms to address –or at least substantially mitigate– these challenges, thereby promoting greater legal certainty in international trade.

Keywords: cross-Border Contracting, International Contracting, Harmonization of Law, International Commercial Law.

Sumario: I. Introducción y acercamiento a la problemática II. Contratos nacionales e internacionales. 1. Contrato como fuente de obligaciones –breve introducción–. 2. Generalidades del contrato internacional. III. Tendencia a la armonización del Derecho de la contratación transfronteriza. IV. Distintos métodos para lograr la armonización del Derecho de la contratación internacional. 1. Técnicas legislativas. A) Convenciones o convenios. B) Leyes modelo. C) Guías o recomendaciones legislativas. D) Disposiciones legislativas modelo. 2. Técnicas contractuales A. Técnicas explicativas. B) Guías jurídicas. C) Declaraciones interpretativas. 3. Restatements. A) Restatements of the Law. B) Los Restatements internacionales. V. Conclusiones.

I. Introducción y acercamiento a la problemática

1. En nuestros tiempos ya es absolutamente común que las personas a diario y con total normalidad se interrelacionen más allá de las fronteras estatales, más aún en una época donde las tecnologías permiten la comunicación entre sujetos que se pueden encontrar en extremos opuestos del planeta.

2. Lo anterior conlleva a que las nociones de cercanía y distancia física o geográfica pierdan importancia, permitiendo ahora que muchas actividades se puedan realizar sin tener en cuenta las mismas gracias a los medios de comunicación, especialmente el internet, traduciéndose en irrelevantes no solo las distancias sino las fronteras¹.

3. De esta manera podemos evidenciar que la división del mundo en Estados en una modernidad globalizada es realmente artificial, al menos desde el punto de vista de los negocios, donde las personas se interrelacionan por encima de las fronteras estatales y entablan relaciones económicas no solo con personas de su mismo Estado sino que trascienden fronteras, existiendo en muchos casos un olvido de la conciencia de la distinción tradicional entre lo nacional y lo internacional, no siendo relevante para muchos a la hora de efectuar un contrato el lugar geográfico donde se encuentra su contrapart².

4. En este contexto, las relaciones contractuales internacionales pueden estar sujetas a diversos ordenamientos jurídicos encargados de regular los diferentes aspectos de la relación comercial, lo que genera un alto grado de incertidumbre para las partes sobre cuál será la normativa aplicable. Esta problemática no solo se presenta en caso de conflicto, sino a lo largo de toda la relación contractual, lo que constituye un factor que incrementa los costos de transacción y representa una barrera para el establecimiento de nuevos vínculos comerciales.

5. La incertidumbre se acentúa ante la inexistencia de una única legislación que regule los contratos internacionales, es decir, ante la inexistencia de la globalización del Derecho.

6. La globalización del Derecho, alude a un proceso en el cual todo el planeta podría llegar a regularse bajo un mismo grupo de reglas, adoptadas por alguna institución de carácter internacional o por algún mecanismo que logre un consenso global³, o lo que es lo mismo, un proceso que conduzca en principio a la uniformidad y en última instancia a la unificación del Derecho alrededor del globo⁴, sin embargo este tipo de proceso no ha llegado a tener el alcance universal en cuanto a la homogenización de los ordenamientos jurídicos.

7. Lo más que se podría afirmar es que nos encontramos en una fase embrionaria de creación de un ordenamiento jurídico supraestatal. En este sentido se ha venido concibiendo la globalización del Derecho como un conjunto no definido de órdenes jurídicos con tendencia universal, dirigidos hacia sectores específicos, como la contratación internacional que, desde instancias o actores diversos al Estado, regulan relaciones sociales que desborden el ámbito propio del Estado nación⁵.

8. Es así, que han tomado protagonismo mecanismos menos extremos como la armonización del Derecho. Este proceso tiene como objetivo crear disposiciones que reduzcan las divergencias entre los

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 22, 2004, p. 37.

² P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp.9-11.

³ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2016. pp. 96-98.

⁴ W. G. JIMÉNEZ, "Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y Derechos Humanos", *Novaet vetera Temas de derechos Humanos*, vol. 20, nº 64, 2011, p. 21.

⁵ *Ibidem*.

diferentes sistemas jurídicos, eliminen la incertidumbre sobre la ley aplicable y disminuyan los costos de transacción. Para ello, se han creado diversos organismos e instrumentos de armonización del Derecho comercial internacional, buscando una normativa que se aplique de manera armonizada, independientemente de la jurisdicción, con el fin de obtener un mayor grado de seguridad jurídica y rentabilidad en las operaciones mercantiles.

II. Contratos nacionales e internacionales

9. El efecto globalizador ha traído como consecuencia el auge y desarrollo del comercio internacional donde la actividad comercial desborda las fronteras nacionales, siendo corriente el flujo de bienes, servicios y capitales entre los países alrededor del globo.

10. Los flujos comerciales deben ser materializados en lo que la ciencia jurídica denomina “contratos”, los cuales representan el principal instrumento legal para la circulación de los valores patrimoniales y la riqueza en el ámbito transnacional. Estos instrumentos constituyen el vehículo jurídico más perfeccionado para el intercambio de bienes, derechos y servicios entre los agentes económicos en el contexto de la economía de mercado abierta a nivel global⁶.

11. Los contratos se celebran a diario entre las partes intervinientes en el comercio internacional, llámese acreedor y deudor, comprador y vendedor, importador y exportador, etc. El contrato es el instrumento jurídico principal al cual los participantes del comercio internacional acuden para regularizar el intercambio de bienes, servicios y derechos en busca de seguridad jurídica en sus transacciones.

12. Dicha seguridad jurídica a la que apuntan los participantes del comercio internacional se dificulta con la inexistencia de una única legislación que regule los contratos internacionales, puesto que, como se mencionó, aún no hemos llegado a una globalización del Derecho y estamos aún lejos de concretar un proceso de tal magnitud.

13. Es así, que el estudio del contrato subyace como una cuestión principal en una investigación de la contratación internacional, cuestión que adquiere un lugar privilegiado en el escenario de un mundo globalizado como el nuestro, máxime cuando día a día los vínculos entre los operadores comerciales internacionales se vuelven cada vez más complejos y complicados, a causa de diferentes factores como, por ejemplo, la contratación por medios tecnológicos y las complejidades propias del mundo de las divisas⁷.

14. Es por ello que se hace necesario hacer una pequeña introducción al contrato y más específicamente al contrato de naturaleza internacional.

1. Contrato como fuente de obligaciones - breve introducción

15. La teoría general de las obligaciones permite definir el concepto de “obligación” desde dos perspectivas posibles. Desde una perspectiva pasiva, en la cual se definiría como aquel vínculo jurídico que existe entre una persona denominada deudor en favor de una persona denominada acreedor, consistente en el cumplimiento de una prestación en la cual el deudor da en prenda su patrimonio presente y futuro; desde una perspectiva activa, como la facultad jurídica que tiene una persona llamada acreedor para exigir de otra persona llamada deudor el cumplimiento o la realización de una prestación, donde el deudor da en prenda su patrimonio presente y futuro⁸.

⁶ A. LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “La regulación de los contratos internacionales en la Unión Europea”, *Agenda Internacional*, n° 33, 2015, pp. 168-169.

⁷ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Contratación internacional práctica – Como evitar los “riesgos contractuales” en el comercio internacional*. ICEX España Exportación e Inversiones, Madrid, 2013, pp. 19-20.

⁸ A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil: Tomo III. De las Obligaciones*, Temis, Bogotá, 10ª ed., 2015, p. 3.

16. De la definición propuesta se pone de relieve, la diferencia lógica y práctica entre obligación o derecho personal y el derecho real, en donde el primero se ejerce sobre una persona determinada y el segundo sobre una cosa⁹. También se evidencia en esta definición los tres elementos esenciales de las obligaciones, en primer lugar, la prestación, en segundo lugar, los sujetos, es decir el acreedor y el deudor y por último la relación jurídica existente entre el deudor y el acreedor de una parte y la existente entre el acreedor y el patrimonio del deudor¹⁰.

17. Toda obligación supone una limitación a la libertad de aquellas personas entre las cuales se establece el vínculo jurídico. Esta limitación no nace por sí sola, sino que necesita un hecho o una causa idónea que tenga la capacidad para crearla, de aquí la importancia de precisar cuáles son las fuentes de las obligaciones, tópico sobre el cual ha discutido la doctrina desde tiempos inmemoriales¹¹.

18. En la doctrina moderna las fuentes de las obligaciones son el acto y el hecho jurídico. En este trabajo nos centraremos en los actos o negocios jurídicos, es decir aquellas situaciones jurídicas en las cuales el elemento principal es la voluntad. El profesor OSPINA FERNÁNDEZ, define “acto jurídico” como “la manifestación de la voluntad directa y reflexiva ente encaminada a tener efectos jurídicos”¹². En esta definición podemos evidenciar los dos elementos, de cuya integración se desprende la definición de acto o negocio jurídico, es decir la voluntad, y el objetivo de dicha voluntad, esto es, la producción de efectos jurídicos.

19. La manifestación de voluntad en los actos jurídicos puede ser unilateral o convencional, dependiendo del número de partes. Para este estudio solamente será relevante la manifestación bilateral o convencional de voluntad¹³. Para ser más precisos, se centrará específicamente en el “contrato” cuyo efecto principal es la creación de obligaciones. Existe la discusión frente a dos conceptos íntimamente relacionados, el contrato y la convención, los cuales frecuentemente son tratados como sinónimos cuando no lo son. Según la tradición francesa, la cual ha ejercido absoluta influencia sobre una buena parte de los ordenamientos jurídicos occidentales¹⁴, estos dos conceptos no son iguales, existiendo importantes diferencias entre contrato y convención, siendo la primera figura una especie y la segunda un género dentro de esta especie. En efecto, la convención es una manifestación bilateral de la voluntad cuyo objeto es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, mientras que por el contrario el contrato como especie de convención, tiene como objeto principal y exclusivo la creación de obligaciones¹⁵. Es decir que todo contrato es una convención al ser una especie de esta, pero no toda convención es un contrato¹⁶.

2. Generalidades del contrato internacional

20. La contratación, es decir, aquellos actos de naturaleza bilateral o convencional, puede producirse en el ámbito nacional o internacional. No obstante, no resulta fácil determinar y precisar el elemento internacional cuando nos referimos a un contrato, en la medida en que no existen definiciones precisas de contrato internacional¹⁷ y existen, además, posiciones encontradas sobre esta cuestión.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ídem.*, pp. 53-54.

¹² E. OSPINA ACOSTA y G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 7ª ed., 2015, p. 17.

¹³ *Ídem.*, pp. 42-43

¹⁴ R. MOMBERG URIBE, “La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. un análisis preliminar.”, *Revista Chilena de Derecho privado*, n° 24, 2015, pp. 122-123.

¹⁵ Esta doctrina ha sido acogida por diferentes altas cortes de países latinoamericanos. Un ejemplo de ello es la Sentencia de Casación dictada el 23 de octubre de 1970 por la Corte Suprema de Chile. Otro ejemplo es la Sentencia 11001-03-06-000-2015-00102-00, emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia.

¹⁶ E. OSPINA ACOSTA y G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, *op. cit.*, pp. 61-63.

¹⁷ H. NAVARRETE TAPIA, “Calificación subjetiva de un contrato como internacional, crítica a la Ley de Arbitraje Comercial

21. Los instrumentos de Derecho Internacional y la doctrina especializada han identificado los aspectos a considerar, tanto de tipo objetivo como subjetivo, para diferenciar los contratos internacionales de los nacionales; entre estos, se habla del domicilio de las partes, su nacionalidad, el lugar donde se encuentra ubicado su establecimiento comercial o el lugar de sus negocios, el lugar de ejecución del contrato, la afectación del comercio internacional entre otros elementos¹⁸, los cuales han sido señalados como posibles indicativos de la existencia de un elemento que pueda identificar a un contrato como internacional¹⁹.

22. No obstante, al no contar con una definición generalizada, además, al existir diferentes criterios que podrían indicar la existencia de un contrato de carácter internacional, es necesario buscar una definición o un criterio adecuado para distinguir este tipo de contratos.

23. La doctrina mayoritaria refiere, que podemos calificar un contrato internacional a partir de la identificación de situaciones privadas internacionales, en cuanto objeto del Derecho Internacional Privado, para lo cual se identifican tres tesis principales, a partir de las cuales se pueden establecer situaciones privadas internacionales, a saber²⁰:

24. La tesis denominada “elemento extranjero puro”. Para esta tesis, existirá un contrato internacional, en la medida que cualquiera de sus elementos tenga conexión con la internacionalidad. Es decir, la internacionalidad resulta pertinente en aquellos negocios jurídicos en los cuales hay un contacto con un Derecho extranjero o se presenta un conflicto de leyes. En este entender se reputa la existencia de un contrato internacional, en aquellos contratos donde uno cualquiera de los elementos de la situación jurídica, sin importar la naturaleza, relevancia o intensidad tienen una aproximación con más de un Estado²¹.

25. De este modo nos encontraremos ante un contrato nacional cuando todos los elementos de la relación jurídica se encuentren conectados con un solo Estado, mientras que será internacional si alguno de sus elementos encuentra conexiones (personales, materiales, territoriales etc.) con dos o más Estados²².

26. La segunda tesis es la denominada “elemento extranjero relevante”, en la cual a diferencia del criterio anterior un contrato no se reputa como internacional cuando alguno de sus elementos tenga conexión con un Estado extranjero, sino que se exige que dicho elemento debe tener una gran relevancia frente al conjunto que compone la situación en concreto, es decir, es necesario darle una calificación subjetiva a la relación y apreciar la relevancia del elemento extranjero del contrato, para considerar el contrato como internacional.

27. Este criterio, ha sido altamente criticado en razón a dos circunstancias, la primera porque se confunde la importancia de la relación jurídica del contrato con la importancia del elemento extranjero y, segundo, porque es verdaderamente difícil, al ser altamente subjetivo, determinar cuándo un contrato posea un elemento extranjero que pueda calificarse de relevante o no relevante²³.

28. La última tesis hace referencia al “efecto internacional”. A diferencia de los anteriores criterios, no se tienen en cuenta los elementos de la situación jurídica sino únicamente las consecuencias del

Internacional”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Quinta Época*, n° 2, 2005, p. 179; E. MEREMINSKAYA, “Contratos internacionales e ‘internacionalización’ de contratos nacionales”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Quinta Época*, n° 1, 2004, pp. 111-117.

¹⁸ Laudo CCI, 1992, N.º 7153.

¹⁹ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 105-106.

²⁰ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, vol. I., 7ª ed., 2006, p. 11.

²¹ Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-347 de 1997.

²² C. ESPLUGUES MOTA, J. HERNÁNDEZ MARTÍ Y S. BARONA VILAR, *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 1999, pp. 66-67.

²³ F. A. BONILLA, J. A. FRANCO ZARATE Y M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Régimen jurídico aplicable al contrato internacional: La Internacionalidad del Contrato”, *Revist@ e – Mercatoria*, vol. 6, n° 2, 2007, pp. 6-8.

negocio jurídico. Lo relevante es que el contrato tenga una consecuencia que implique la afectación o conexión con dos o más Estados, es decir que el contrato tenga repercusiones transfronterizas.

29. Este es el criterio que tiene mayor aceptación en la doctrina, pues a diferencia de los dos anteriores, se tienen más en cuenta los efectos del negocio jurídico que la estructura de la relación; por tanto, para calificar un contrato como internacional, no se consideran los elementos de la situación jurídica, sino las consecuencias del contrato mismo, siendo lo único relevante que este tenga repercusiones transfronterizas²⁴.

30. En suma, podemos evidenciar que la dificultad a la hora de definir lo que sea un contrato internacional contrasta con la necesidad de identificarlo a los efectos de determinar el régimen jurídico que lo va a regular, ya que mientras en el ámbito de los contratos nacionales se aplicará el Derecho del Estado con el que estos se encuentren vinculados, en el de los contratos internacionales se requerirá determinar qué Derecho (de qué país) regirá el contrato en particular, al hallarse este vinculado con varios Estados y, por ende, con más de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, las legislaciones de los países de los que son nacionales los contratantes o donde se encuentren estos domiciliados, el país donde se celebró el contrato, el país donde se ejecutó, entre otras posibilidades²⁵.

III. Tendencia a la armonización del Derecho de la contratación transfronteriza

31. Como se ha expuesto, los contextos jurídicos actuales derivados de la globalización donde constituyen una tendencia las transacciones comerciales de carácter internacional ligadas a la pérdida de importancia de las fronteras estatales en materia comercial, han traído como efecto que gobiernos, comerciantes y, en general, los participantes en el comercio internacional se enfrenten a grandes problemas relacionados con el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales de carácter internacional, así como la pertinencia y adecuación de la normatividad aplicable para lograr soluciones adecuadas a los inconvenientes que se presentan en el día a día del comercio global.

32. Estos problemas han surgido como consecuencia natural de la falta de capacidad y voluntad política dentro de algunos Estados para regular los fenómenos comerciales modernos, entre los cuales destacan las relaciones jurídico-negóciales nacidas como consecuencia del comercio internacional²⁶.

33. En este contexto, encontramos tensión entre diversos factores devenidos del proceso globalizador, es decir, la actual economía cada vez se encuentra más internacionalizada, en oposición a la elaboración de la norma de carácter nacional, la cual fue construida principalmente para la regulación de relaciones de carácter local no globalizado; normas que resultan en muchos casos inadecuadas para las relaciones jurídicas modernas.

34. Las normas que regulaban la relación jurídica-negocial de carácter internacional, nacían a partir del modelo clásico de la producción de Derecho, es decir del Derecho proveniente del atributo central de la soberanía estatal, donde el Estado había sido entendido tradicionalmente como el único organismo facultado para la producción de Derecho tanto dentro de su territorio como al nivel de las relaciones entre Estados²⁷. Este Derecho se encontraba concebido para regular primordialmente contra-

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. L. SIQUEIROS, "La contratación internacional posible armonización de su regulación jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 39, 1980, pp. 809-810.

²⁶ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional" *Revis@ e-mercatoria*, Vol. 11, n.º 2, p. 47.

²⁷ E. MEREMINSKAYA, "La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en M. D. MARTINIC G., Y M. TAPIA RODRÍGUEZ, (dir.): *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Tomo I*, LexisNexis, Santiago, 1ª ed., 2005, p. 1391.

tos de carácter meramente local, el cual entró en problemas al enfrentarse a una economía en continua transformación que reclamaba la creación de normas flexibles que permitieran una interacción entre el Derecho y los cambios de la realidad económica y social del mundo globalizado. En este sentido encontramos que la normatividad estatal en esta concepción clásica descrita resultaba ser la oposición de la flexibilidad que reclaman los participantes del comercio a la regulación de sus relaciones contractuales de carácter internacional²⁸.

35. Ante estas dificultades se encontraban los comerciantes, quienes evidenciaban que la legislación estatal no se ajustaba a sus negocios de carácter internacional, presentándose como un sujeto extraño al Derecho estatal, evidenciando que sus actividades se encontraban ante una verdadera falta de seguridad jurídica. Lo anterior se traducía en aspectos como la incertidumbre respecto de la ley que gobernara su contrato, en el caso de que hubiera guardado silencio respecto de la ley aplicable en el contrato o la falta de idoneidad de la misma, si las partes la pactaron expresamente o inclusive la falta de idoneidad de la ley aplicada al caso por el juez en atención de las normas de conflicto²⁹, así como la incertidumbre del juez competente a su relación contractual ante un eventual conflicto

36. En suma, la contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes por obvias razones necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones³⁰.

37. El Derecho ha planteado una solución, ante el movimiento transfronterizo de personas, en las que se produce una interconexión de ordenamientos jurídicos y ante la inexistencia de un régimen jurídico sustantivo autónomo de carácter internacional, que gobierne el contrato de naturaleza internacional, más precisamente por intermedio del Derecho Internacional Privado, entendido como aquella rama perteneciente al ordenamiento estatal encargada de proporcionar la seguridad jurídica internacional buscada por las partes cuyas normas precisan el régimen jurídico aplicable a la relación de carácter internacional³¹, mediante la generación de las denominadas reglas o normas de conflicto, las cuales destraban el conflicto que pueda presentarse ante una relación privada de carácter internacional que tenga contacto con diversos ordenamientos jurídicos.

38. Estas reglas permiten concretar cuál ordenamiento jurídico es el que tiene vocación para regular la relación contractual³². Las reglas de conflicto son normas de carácter indirecto en el entendido de que no establecen directamente cuál es la solución sustantiva, sino que redireccionan el conflicto a un determinado ordenamiento jurídico³³.

39. La concreción de cuál es la ley que tiene la vocación para gobernar el contrato internacional por medio de la norma de conflicto implica la localización en un determinado Estado de una relación jurídico-negocial vinculada con diversos sistemas jurídicos³⁴, con el fin de que el ordenamiento jurídico del Estado

²⁸ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n° 18, 2000, p. 8.

³¹ *Ibidem*.

³² La regla de conflicto se sirve de un elemento denominado punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. Estos puntos de contacto son divididos por la doctrina en puntos de contacto fácticos y jurídicos. Los primeros hacen referencia a menciones de hecho como por ejemplo el lugar de celebración del contrato, la ubicación de los bienes raíces objeto del contrato y el lugar de registro en caso de bienes que de acuerdo con las leyes estén sujetos a esta formalidad. Los segundos hacen referencia a aspectos que necesitan ser interpretados como, por ejemplo, el domicilio de los contratantes. R. SANTOS BELANDRO, “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”. *Revista de la facultad de Derecho*, n° 32, pp. 291-292.

³³ *Ibidem*.

³⁴ “(...) la regla de conflicto clásica es esencialmente localizadora. Fiel a las enseñanzas de su creador -Federico Carlos de

al que se refiere el criterio de conexión sea el que gobierne el negocio jurídico. Para algunos doctrinantes lo que hace esta regla de conflicto es “nacionalizar” las transacciones conectadas con varios Estados, puesto que la norma de conflicto lo que hace es buscar un determinado ordenamiento que regle el contrato³⁵.

40. No obstante, esta solución ha tenido amplias críticas, principalmente debido a que no existe una uniformidad a nivel mundial respecto de las normas de conflicto, motivo por el cual se cuestiona la utilidad de las mismas³⁶. A su vez, para algunos resulta insatisfactorio la solución que aportan las normas de conflicto, las cuales como ya se ha explicado “nacionalizan” una relación de carácter internacional y conducen a que la regulación del contrato internacional se efectúe por una normatividad nacional la cual en muchos casos esta ideada para transacciones de carácter nacional³⁷.

41. Por otra parte, hay quienes aseguran que las normas de conflicto no aportan verdadera seguridad jurídica (valor fundamental en la ordenación del comercio internacional), por diferentes motivos, entre los cuales encontramos:

42. En primer lugar, las reglas que califican a un contrato como de carácter internacional, varían enormemente de acuerdo con las diferentes reglas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, solo es posible conocer con seguridad las normas que determinaran la ley de un contrato, cuando no existen duda del Estado cuyos tribunales decidirán el litigio³⁸.

43. Segundo, tenemos los problemas del denominado *forum shopping*, figura que consiste, en la posibilidad de las partes de un contrato internacional de acudir ante el juez o tribunal de su preferencia en búsqueda de la aplicación de determinado sistema de Derecho Internacional privado, buscando la ley más favorable a sus intereses, teniendo como vinculación a este foro algún punto de conexión. En resumen, una de las partes contractuales ante ausencia de regulación en el contrato, acude al *forum shopping* al interponer determinada acción en el foro que más convenga a sus intereses, sin perder de vista los puntos de conexión que le permitan escoger determinada ley sustantiva. Lo anterior teniendo en cuenta que el juez ante quien se presenta el conflicto es el encargado de discernir qué reglas de conflicto aplica como parte de su actividad jurisdiccional, las cuales con carácter general en el Derecho Comparado serán las reglas de conflicto del lugar donde ejerce jurisdicción³⁹.

44. Esta figura tiene su origen precisamente en la inexistencia de una legislación universal de Derecho Internacional Privado, de ahí que la norma de conflicto sea por lo general diferente en cada Estado⁴⁰, lo que tiene como consecuencia diferentes resultados dependiendo del foro que se elija. Ante esta situación, es normal que la parte demandante tienda a escoger en la medida que le sea posible el foro y en consecuencia las leyes que le sean más beneficiosas a su caso⁴¹.

Savigny- siempre habrá que buscar el lugar donde se “asienta” la relación privada internacional y aplicarle el Derecho de ese lugar. Para ir hacia ese Derecho sustantivo estatal, la regla de conflicto se vale de un elemento que se llama punto de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión. (...)”. *Ibidem*.

³⁵ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*. n° 4, vol. 12, 1998, *op. cit.*, pp. 867-868.

³⁶ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, pp. 49.

³⁷ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ J. ADAME GODDARD, “El Derecho de los contratos internacionales”, en R. MÉNDEZ SILVA, (coord.): *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, p. 5.

⁴⁰ Es preciso señalar que en la actualidad existe la armonización de las normas de conflicto en diferentes regiones, como por ejemplo la Unión Europea, en donde se ha armonizado esta cuestión desde hace muchos años, primeramente, a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, el citado reglamento Roma I.

⁴¹ A. AGUILAR DOMÍNGUEZ, “La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley”, *Revista de Derecho Privado*, n° 13, 2018, p. 77.

45. Tercero, encontramos el tema relativo a las sentencias o decisiones claudicantes, término empleado para aludir al fenómeno producido por decisiones judiciales proferidas en Estados diversos y cuyo contenido es diferente, contrario o incompatible⁴². Resulta evidente que, al existir casi tantas normatividades como países, el resultado a un mismo litigio puede tener resultados completamente diferentes y llegar a ser hasta opuestos dependiendo del foro donde se inicie el litigio.

46. Ante estos importantes problemas, los comerciantes y demás actores del comercio internacional han venido reclamando la elaboración de normas extra nacionales, con el fin de hacer frente a las carencias propias de la técnica conflictual, siendo estas nuevas normas una respuesta de calidad muy superior a los problemas transaccionales y las respuestas brindadas por la norma de conflicto, las cuales “nacionalizan” las transacciones calificadas como internacionales, de acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo y las cuales conducen a una regulación por una normativa nacional adoptada expresamente para regular negocios jurídicos de carácter eminentemente nacional⁴³.

47. Por su parte, los Estados han planteado diversas soluciones. En primer lugar, algunos Estados se han interesado en que se elaboren textos internacionales, que incluyan normas de conflicto comunes, generando que la ley estatal aplicable a los contratos internacionales sea siempre la misma con independencia del juez que conozca el litigio, siempre que se trate de uno de los Estados que suscriba el convenio. No obstante, a dicha solución solo se ha llegado en el ámbito de la Unión Europea, que ha logrado la uniformidad de las normas de conflicto⁴⁴. En un inicio, esta armonización tuvo lugar a través del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que posteriormente se transformó en un Reglamento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) n° 593/2008 de 17 de junio del 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴⁵.

48. Otra solución planteada es la creación de normas uniformes o la creación de normas sustantivas armonizadas en materia de contratación internacional. Esta solución ha sido adoptada por organizaciones internacionales y suscritas por muchos Estados, sin embargo, solo para ciertos contratos internacionales, como la compraventa internacional de mercaderías y el transporte de mercancías⁴⁶.

49. Por otra parte, los contratantes han hallado soluciones, en el desarrollo de su autonomía privada, valiéndose de que en el Derecho Internacional Privado moderno, se admite como regla general la posibilidad de elección de la ley del contrato, en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales⁴⁷, generando una seguridad jurídica preventiva, en el entendido que al determinarse en el contrato de manera expresa la ley que lo regirá, evita conflictos posteriores entre las partes, además se les permite la elección de las leyes más adecuadas para la resolución de sus intereses, así como para la satisfacción de sus necesidades, generando ahorro en costos de transacción y permitiendo escoger una ley neutral. Por otra parte, permite a las partes salir adelante de manera satisfactoria frente a la indeterminación del punto de conexión prevalente a la norma de conflicto⁴⁸.

⁴² J. OVIEDO ALBÁN, “Las reglas de conflicto y la armonización del Derecho de los contratos internacionales” *Revista Foro Derecho Mercantil*, n° 39, 2013, p. 46.

⁴³ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional”, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE* núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁴⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *op. cit.*, p. 8-9.

⁴⁷ El Derecho Internacional Privado moderno admite como regla general la autonomía de la voluntad privada en un doble alcance: material y conflictual. En cuanto a la autonomía material, las partes pueden determinar el clausulado contractual del contrato es decir su contenido teniendo como límite las normas imperativas, en cuanto a la autonomía conflictual las partes pueden escoger la ley que gobernara el contrato. J. OVIEDO ALBÁN, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 21, 2012. pp. 122-123.

⁴⁸ J. OVIEDO ALBÁN, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *op. cit.*, p. 123.

50. La tendencia de la elección de la ley del contrato, junto con las deficiencias de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación internacional incapaces de dar respuestas óptimas a las peculiaridades modernas de las transacciones internacionales, ha alentado la elaboración de normas materiales uniformes y armonizadas para la regulación del comercio internacional al margen de la participación directa de los legisladores estatales⁴⁹.

51. Es así, que ha surgido la necesidad en la comunidad internacional de soluciones a la dispersión normativa, y se han escuchado respuestas en mecanismos jurídicos como la armonización de las normas de Derecho, que propende por la generación de unas cánones aplicables de forma indiferente a la jurisdicción y ajenas a los ordenamientos jurídicos estatales, forjando una posible solución a la contradicción normativa que origina el pluralismo de sistemas jurídicos⁵⁰.

52. Es pertinente aclarar, que la armonización jurídica a la que nos referimos es por supuesto, la concepción moderna de este fenómeno, el cual se contrapone a antiguas nociones como la unificación legislativa, derivada de antiguos procesos de colonización y conquista, como los ocurridos con el *Common Law*⁵¹ y el *Civil Law*⁵², y llevados por las potencias europeas coloniales a sus antiguos dominios⁵³.

53. Hoy en día el fenómeno de la armonización normativa alude a procesos cuya legitimidad tiene como base la voluntad de los Estados, los cuales en ejercicio de su poder soberano aceptan diversos instrumentos de Derecho, los cuales han sido generados y propiciados a partir movimientos para la armonización de las normas jurídicas, principalmente desde el seno de organismos internacionales especializados que se han dedicado al estudio y promoción de este fenómeno⁵⁴.

54. Y es que desde hace ya más de un siglo, especialistas de diferentes nacionalidades se han reunido en diversos foros de discusión con el objeto de promover la convergencia y armonización de los ordenamientos jurídicos internos, principalmente aquella parte de estos ordenamientos relacionada con las transacciones comerciales de carácter internacional⁵⁵.

55. Para este fin, se han formado instituciones especializadas, las cuales han sido creadas con el objeto de estudiar las necesidades y los métodos para modernizar y armonizar principalmente el Derecho Comercial Internacional, teniendo como resultado que hoy en día la mayoría de los instrumentos de armonización existentes hayan sido producidos desde tales instituciones.

56. Vale especialmente hacer mención a tres organizaciones principales, las cuales destacan por sus aportes a la materia, pues desde ellas se han enfocado la creación y negociación de los instrumentos de Derecho del Comercio Internacional que se encuentran en vigencia en nuestros días, nos referimos a: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI⁵⁶), el Instituto

⁴⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *op. cit.*, p. 4.

⁵⁰ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law", *Federal Law Review*, vol. 9, n° 3, 1978, pp. 291-300.

⁵¹ El *Common Law*, fue llevado por la colonización británica a sus antiguos dominios, es decir a Estados como: Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, India, Singapur, Sudáfrica Corea del Sur, Malasia y Hong Kong. *Ibidem*.

⁵² Por su parte el *Civil Law* o tradición de Derecho Continental Europeo fue llevado consigo por imperios coloniales como España, Francia y Portugal hacia los territorios que colonizaron a lo largo de los siglos XVI al XVIII. Ejemplo de ello son la mayoría de los Estados de Centro y Sur América, incluso algunos estados del sur de Estados Unidos (como Florida, Texas, Arizona, California y Nuevo México los cuales muestran aún hoy las huellas de su herencia francesa y española) hasta algunas excolonias africanas de países europeos, y aquellas repúblicas asiáticas, en su mayoría islámicas, dominadas por Rusia durante casi todo el siglo XX. G. FUENTES Y L. PERRET, "El sistema jurídico del derecho civil en el siglo XX" en M. BONO LÓPEZ, (ed.): *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998, pp. 651-653.

⁵³ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law" *op. cit.*, pp. 291-300.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁵⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), es una organización establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, organización

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT⁵⁷) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH⁵⁸).

57. Es importante aclarar que la necesidad de la comunidad internacional de buscar soluciones a la dispersión normativa por medio de la propuesta de creación de ordenamientos jurídicos armonizados no ha sido un tema para nada novedoso, ya que desde tiempos del antiguo Imperio romano hubo esfuerzos en esta dirección, debido a que precisamente uno de los principales objetivos de este antiguo gobierno fue la introducción de normas de Derecho idénticas en todo su imperio. Aunado a lo expuesto, no es un secreto la inmensa propagación e influencia que ha tenido el Derecho Romano en las diferentes familias jurídicas modernas, lo que ha implicado la extensión de esta tradición jurídica a diversos ordenamientos jurídicos occidentales. De esta manera el Derecho Romano ha servido principalmente de colosal fuente de inspiración para muchas naciones que hoy en día conservan esta tradición jurídica⁵⁹.

58. Sin embargo, la armonización y la unificación del Derecho en su sentido moderno no nace sino hasta el siglo XVI, como consecuencia del incipiente incremento del comercio de carácter internacional, derivado de los avances tecnológicos de la época, principalmente en materia de transporte y las comunicaciones, los cuales repercutieron en el advenimiento de la era industrial, caldo de cultivo de un mayor comercio internacional, lo cual junto al surgimiento del Estado nación moderno y su creciente importancia en el planeta, condujo a que en el continente europeo resurgieran ideas de procesos de integración jurídica, esta vez, no como un proceso de imposición, sino como una necesidad para dar solución a un gran problema: el Derecho para este tiempo, de naturaleza nacional y con arraigo en la soberanía de los Estados, no resolvía las necesidades del comercio que se desarrollaba en ámbitos internacionales y ante la inexistencia de sistemas legales de aplicación universal, se generaban altos costos de transacción entre otros obstáculos al comercio, que de ser eliminados, contribuirían a una mayor seguridad jurídica y a una mayor rentabilidad en el transacciones comerciales.

59. El problema expuesto, generó una gran pregunta que sigue vigente aún en nuestros tiempos: ¿qué sistema legal debe aplicarse a una transacción que contiene situaciones privadas de carácter internacional? Los distintos ordenamientos jurídicos intentaron dar respuesta a esta pregunta, que se dio de diferentes maneras, lo que conducía a una inevitable inseguridad jurídica. Sin embargo, no hubo durante esta época solución eficiente a los inconvenientes causados por la dispersión normativa⁶⁰.

que identificó que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante este organismo las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos, es así que esta institución tiene como principales objetivos promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil, CNUDMI, *About CNUDMI*, <https://CNUDMI.un.org/en/about>,

⁵⁷ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), es una organización intergubernamental independiente creada en el año 1926 como órgano auxiliar de la Liga de Naciones. Tras la desaparición de la Liga de naciones, fue restablecido en el año 1940 mediante el denominado estatuto UNIDROIT.

⁵⁸ En la actualidad cuenta con 63 Estados miembros, provenientes de los cinco continentes y de una gran variedad de familias jurídicas. El propósito principal de esta organización es el estudio de las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado en general y en particular, el derecho comercial entre Estados y grupos de Estados, así como la creación y formulación de instrumentos jurídicos, principios y normas uniformes para lograr esos objetivos. UNIDROIT, *History and Overview*, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

⁵⁹ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), es una organización intergubernamental de carácter mundial y centenaria, al haber celebrado su primera reunión en el año 1893. Sin embargo, no fue hasta el año 1955 que pasó a ser una organización intergubernamental permanente con la entrada en vigor de su Estatuto. El objetivo central de esta organización es lograr la unificación del derecho internacional privado. Su mandato se extiende a cualquier aspecto del derecho internacional privado, incluida la cooperación transfronteriza en una amplia gama de asuntos civiles y mercantiles, a la fecha cuenta con 86 Miembros (85 Estados y la Unión Europea) provenientes de los cinco continentes. HCCH, *Sobre la HCCH*, <https://www.hcch.net/es/about>,

⁶⁰ H. EDLUND, "The Concept of Unification and Harmonization", en M. M. FOGT, (Edt.): *Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 8-10.

⁶⁰ S. EISELEN, "Globalization and harmonization of international trade law", en M. FAURE Y A. VAN DER WALT, (ed.): *Globalization and Private Law: The Way Forward*, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 97-100.

60. Empero, no fue hasta el siglo XIX que surgió un veredero impulso armonizador en el sentido moderno de la expresión, con el surgimiento de un fuerte anhelo de reanudar los buenos tiempos de la *Lex Mercatoria*, la cual según algunos autores se aplicó en todo los mercados de la Europa medieval, aunado a la idea de que la formación de un ordenamiento jurídico común, aplicable independientemente de la jurisdicción y las legislaciones estatales, ayudaría al desarrollo del comercio global, basados en la premisa de que la naturaleza territorial del Derecho presentaba obstáculos al comercio y generaba costos de transacción, que de ser eliminados, contribuirían a una mayor seguridad jurídica y a una mayor rentabilidad en el comercio⁶¹.

61. Sin embargo, estos primeros intentos de armonización fueron demasiado ambiciosos, lo que desembocó en que no tuvieran el impacto y el éxito esperado. No obstante, no fue una labor perdida, debido a que formaron una conciencia general acerca de la existencia de los problemas causados al comercio internacional por el surgimiento del Estado moderno y su clásica forma de expedición de leyes, mediante normas locales, incluso en Estados muy próximos entre sí y con una tradición jurídica común, caso particular de los Estados europeos, los cuales, sin importar su tradición jurídica romana, desarrollaron una gran diversidad legislativa⁶².

62. No obstante lo expuesto, pese al gran anhelo armonizador surgido, en ese siglo no se logró concretar instrumentos de armonización efectivos, entre otras razones debido a que la tarea de preparación de instrumentos de armonización del Derecho no constituye una labor sencilla que se pueda efectuar por comerciantes, académicos o por cualquier institución privada o pública; este trabajo requiere tiempo, dinero, una extensa investigación, coordinación, habilidad de redacción y sobre todo mucha arte en la diplomacia. Estos recursos pueden ser canalizados y proporcionados de manera más sencilla y apropiada por instituciones creadas para tal fin y por tanto equipadas para el propósito⁶³.

63. Los obstáculos al comercio, producto del conflicto de leyes no se dieron de forma exclusiva en el continente europeo, ni tampoco de forma exclusiva en materia de comercio internacional. Surgieron también dentro de los mismos Estados, particularmente dentro de los Estados plurilegislativos. Ejemplo de los problemas internos los constituyen países como los Estados Unidos o Australia (por citar algunos países no europeos) donde los códigos de contratos y las leyes comerciales existentes en los distintos estados eran diversos.

64. En Estados Unidos de manera temprana se dio solución al problema, mediante la redacción del Código Comercial Uniforme, que ahora se ha adoptado en la mayoría estados, como instrumento armonizador del Derecho Mercantil⁶⁴.

65. Con el pasar del tiempo siguió incrementando el comercio internacional, incluso de manera exponencial, debido a que se sumaron factores importantes a los avances tecnológicos en el transporte y las comunicaciones, es decir se sumó el surgimiento de pactos y alianzas comerciales entre naciones lo que junto a la intensificación del fenómeno globalizador, desembocó en que el número de actividades y relaciones comerciales de carácter internacional se incrementaran y a su vez se complicaran, debido a la falta de unidad en las disposiciones de cada Estado en cuanto a la actividad comercial.

66. Es así, que solo hasta el siglo XX y en especial las últimas tres décadas de este siglo, el proceso armonizador empieza a producir resultados importantes. Lo anterior como consecuencia de la creación de un nuevo marco geopolítico que desembocó en una revolución legal en el seno de las legislaciones nacionales, derivadas de las dos grandes guerras y teniendo como consecuencia un movimiento

⁶¹ Ídem, pp. 97-100.

⁶² Ibidem.

⁶³ J. GOLDRING, "Unification and harmonization of the Rules of Law" *op. cit.*, pp. 291-195.

⁶⁴ Ibidem.

armonizador de las normas del Derecho Comercial internacional, impulsado desde diversas organizaciones internacionales creadas con este fin, en especial dos de las anteriormente nombradas: CNUDMI y UNIDROIT.

67. De esta manera, hoy en día observamos cómo la armonización del Derecho, constituye aún en nuestros tiempos una solución práctica al problema de conflicto de leyes surgido a partir de una determinada transacción de carácter internacional, haciendo énfasis por supuesto, en que los instrumentos de armonización del Derecho que plantearemos en este trabajo, se alejan de posturas extremas como la unificación general de los sistemas jurídicos, lo cual haría más referencia a la globalización del Derecho.

68. En opinión de algunos, un comercio mundial dinámico y cambiante, debe contar con un sistema de Derecho de la misma cualidad, es decir, un Derecho verdaderamente internacional que cuente con normas comunes propias de un comercio internacionalizado, que no sea “insosteniblemente diferente” y pueda ser usado por todos y cada uno de los agentes participantes del comercio en diversos estados y no nacionalizando los contratos y hallando respuestas diversas en diferentes ordenamientos jurídicos. Es de esta manera evidente que un Derecho armonizado presenta ventajas, ya que en definitiva facilita el comercio internacional y evita los inconvenientes surgidos de la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado y consecuentemente del Derecho nacional que señalen sus reglas de conflicto⁶⁵.

69. Y es que resulta para muchos claro, que la armonización de la regulación de la contratación transfronteriza reemplazaría los numerosos sistemas jurídicos de las diferentes naciones por un sistema jurídico armonizado. Obviamente, una medida de este tipo simplificaría muchas cosas: Los tribunales de los Estados participantes de este proceso tendrían que aplicar las mismas disposiciones o al menos muy similares, los doctrinantes tendrían que referirse en los mismos términos y sobre el mismo conjunto de reglas y los agentes participantes del comercio internacional contratarían en torno al mismo equilibrio de costos y beneficios que les brindaría una legislación armonizada⁶⁶, entre los cuales destacan: La certidumbre jurídica y la reducción del riesgo legal, la reducción de costos de transacción en el tráfico comercial, la mejora y la modernización de las normas relativas al comercio internacional, la proporción de una ley neutral y la eliminación del conflicto de leyes

IV. Distintos métodos para lograr la armonización del Derecho de la contratación internacional

70. Lo primero sea aclarar, que por métodos o técnicas armonizadoras nos referiremos a todos aquellos mecanismos o vehículos usados por agencias, Estados y en general por los participantes del comercio transfronterizo, con el fin de llevar a cabo los objetivos del proceso armonizado .

71. Y es que, para efectuar la armonización del Derecho es necesario que aquellos que deseen disfrutar de los beneficios de este proceso, encuentren entre los métodos que expondremos, cuál se ajusta a sus necesidades, presupuestos, entre otros factores de relevancia.

72. La tarea de búsqueda y elección del instrumento adecuado no es tarea sencilla, en razón a que, como se verá, cada una de las técnicas armonizadoras goza de características propias que al final tendrán gran influencia en el desarrollo del proceso armonizado .

73. Como veremos a continuación, la mayoría de las técnicas usadas hacen parte del denominado *Soft Law*, el cual empezó a ser más comúnmente usado desde los años ochenta del siglo XX, década en que empezaron a perder relevancia mecanismos tradicionales de *Hard Law* como las convenciones o

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

tratados internacionales, los cuales cuentan con diversas dificultades⁶⁷, como el largo y costoso camino por el que deben transitar este tipo de instrumentos internacionales⁶⁸.

74. Los métodos o técnicas de armonización jurídica no cuentan en la actualidad con un consenso en su clasificación entre los estudiosos de la materia, por ende, la doctrina especializada ha optado por diversas agrupaciones de las técnicas armonizadoras.

75. Una primera forma de clasificación⁶⁹, divide en tres grandes categorías los instrumentos armonizadores que suponen diversos tipos de compromiso y aceptación:

- Técnicas contractuales: Aquí se destacan principalmente los contratos estandarizados.
- Técnicas explicativas: Esta categoría abarca instrumentos como guías jurídicas y declaraciones interpretativas.

76. Otra forma de clasificación de los métodos armonizadores se desarrolla a partir del órgano generador del instrumento⁷⁰, dividiendo los métodos en dos categorías:

77. Instrumentos centralizados: Estos corresponden a aquellos que se desarrollan dentro de un ámbito político que determina o impone el texto armonizador. En estos casos, el Estado participa de manera activa, proponiendo, participando y adoptando el instrumento. Dentro de esta categoría se encuentran las convenciones o convenios.

78. Instrumentos descentralizados: Estas técnicas armonizadoras no nacen o se crean dentro de un ámbito político determinado que impone el instrumento armonizador. Dentro de este método encontramos principalmente todos los métodos pertenecientes al *Soft Law*, como los principios, en donde como se estudiará, no participan activamente los Estados, y cuya influencia creadora no deviene del ámbito político, sino de las prácticas mercantiles y las necesidades particulares de los participantes en el comercio internacional.

79. Por último y quizá la clasificación de los métodos armonizadores más común y difundida, es aquella que clasifica los instrumentos entre aquellos pertenecientes al *Hard Law* y *Soft Law*.

80. De esta manera, a continuación procederemos a desarrollar los principales métodos armonizadores: técnicas legislativas, técnicas contractuales, técnicas explicativas y los *Restatements*.

1. Técnicas legislativas

81. Este tipo de técnicas pertenecen o al menos tienen vocación de pertenecer al denominado *Hard Law*, es decir, su objetivo es constituirse como normatividad imperativa que ostente carácter obligatorio⁷¹. Dentro de este tipo de técnicas encontramos instrumentos como las convenciones o convenios, leyes modelo, guías legislativas y disposiciones modelo. Empezaremos su desarrollo con el más polémico en la doctrina especializada, las convenciones o convenios⁷².

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ J. OVIEDO ALBÁN, “Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato.” *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n° 4, 2004, pp. 86-88.

⁶⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Naciones Unidas, Viena, 2013, pp. 15-20.

⁷⁰ P. LERNER, “Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 111, 2004, pp.950-953.

⁷¹ G. A. WILLIAMS OBREQUE, “Conceptos de soft law, hard law, better regulation, smart regulation y políticas públicas”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Asesoría Técnica Parlamentaria*, enero, 2021, pp. 2-5.

⁷² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, J. “*El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*”, *Escritura*. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n° 5, 2000. pp. 226-229.

A) Convenciones o convenios

82. Por convención o convenio se entienden aquellos acuerdos de carácter internacional concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional (por ejemplo, organizaciones internacionales) y regidos por el Derecho Internacional, que conste en cualquier instrumento, cualquiera que sea su denominación particular, destinados a producir efectos jurídicos y con el fin de crear derechos y obligaciones entre las partes. Estos instrumentos son vinculantes y se aplicarán directamente, pero no son efectivos a menos que sean ratificados por las diferentes naciones⁷³.

83. Las convenciones son polémicas en la doctrina de la armonización del Derecho, debido a que para algunos⁷⁴, estos instrumentos son concebidos únicamente como mecanismos usados para la unificación del Derecho⁷⁵. En este trabajo, adoptaremos la tesis de que efectivamente por regla general, los instrumentos del denominado *Hard Law*, como lo son las convenciones internacionales se constituyen como un mecanismo (además de ser el mecanismo por excelencia) para unificar el Derecho, es decir, como un mecanismo que busca fijar un Derecho único e idéntico para los países que forman parte de una convención, debido a que generalmente no permiten flexibilidad respecto a las normas de Derecho a adoptar por los participantes⁷⁶.

84. Sin embargo, como excepción, las convenciones pueden ser usadas como mecanismos de armonización del Derecho, debido a que existen casos, donde los participantes de la convención no buscan una unificación absoluta de sus normas jurídicas, sino tan solo un alto grado de armonización, en estos casos la propia convención autoriza a los países participantes de realizar ciertas reservas o declaraciones al adoptarlas⁷⁷.

85. Entre este tipo de instrumentos que permiten la realización de reservas o declaraciones podemos encontrar la famosa Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena el 11 de abril de 1980⁷⁸ (CNUCCIM), además de otras muy relevantes en este campo como la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en México D.F. el 17 de marzo de 1994⁷⁹ o la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional adoptada en New York el 12 de diciembre de 2021⁸⁰, por enlistar algunos ejemplos.

86. Sin embargo, salvo ciertas excepciones, las convenciones no dotan de flexibilidad a los Estados adoptantes, por lo cual no son un mecanismo adecuado para Estados que buscan un mayor grado de flexibilidad en la adopción de normativas, resultando poco aconsejadas para aquellos países que buscan participar en un proceso más flexible como la armonización jurídica, en donde se recomienda el uso de técnicas de armonización diferentes⁸¹, como las que se desarrollarán más adelante.

⁷³ D. R. BERNAL GÓMEZ, *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*, Ediciones USTA, Tunja, 2018, pp. 287-292.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁷⁶ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional" *Revista perspectiva jurídica UP*, n° 10, 2018, pp. 150-154.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf> ;), *op. cit.*

⁷⁹ OEA, *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

⁸⁰ CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ctc-assignment-convention-s.pdf>

⁸¹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

87. Aunado a lo expuesto, el uso de las convenciones por parte de los Estados como técnica de armonización ha sido ampliamente criticado en materias relacionadas con el comercio internacional debido a los obstáculos a los que se enfrentan.

88. En primer lugar; nos referimos específicamente a las largas y laboriosas etapas de negociación y ratificación de estos instrumentos, las cuales se caracterizan por extenderse en el tiempo, dando lugar a un proceso costoso y lento. Toda convención empieza por un proceso de negociación, el cual es muy demorado debido a las dificultades jurídicas a las que se ven sometidos los negociadores del instrumento. Estos negociadores, con frecuencia, provienen de diversas familias jurídicas, lo que complica aún más la negociación.

89. Después de negociada la convención, empieza la etapa de ratificación del instrumento por parte de los diferentes Estados, esta etapa puede durar inclusive años, espaciando en el tiempo la entrada en vigor de la convención⁸².

90. Segundo, las convenciones son difíciles de enmendar, por lo cual no se recomiendan para regular tópicos que pueden requerir en el futuro cercano un cambio, como pueden ser los temas relacionados con las tecnologías, las cuales pueden cambiar en cortos periodos de tiempo, o el Derecho Comercial, el cual es un Derecho que se caracteriza precisamente por sus rápidos cambios, debido a su constante evolución al paso de las condiciones sociales y económicas del mercado y sus participantes.

91. Es así, que la rigidez de las convenciones durante el proceso de elaboración del tratado y su falta de flexibilidad puede desalentar a algunas naciones a implementar las convenciones internacionales.

92. Por último, es de exponer que es usual el condicionamiento de la entrada en vigor de estos instrumentos a la obtención de un número de ratificaciones por parte de los Estados, lo que traduce en que si el instrumento no logra el número mínimo de ratificaciones pactadas, todo el esfuerzo económico y el desgaste causado se verá perdido, por lo cual resultan ser ineficientes para este propósito⁸³.

B) Leyes modelo

93. El término, “ley modelo” proviene del método usado por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), el cual tiene como finalidad crear un Derecho estatal armonizado, usando la inserción de normas sustantivas al ordenamiento jurídico interno de los diversos Estados, estableciendo la posibilidad de efectuar las modificaciones necesarias para atender las particularidades de cada nación⁸⁴.

94. Las leyes modelo están conformadas por un conglomerado de reglas que integran una ley denominada: ley marco o proyecto de ley, recomendada generalmente por alguna de las instituciones internacionales especializadas en la modernización, unificación y/o armonización del Derecho y que se desarrollan como un texto legislativo que se recomienda a los Estados para ser adoptadas e incorporadas como Derecho interno de los distintos países⁸⁵.

95. Estas leyes, al igual que la mayoría de los instrumentos apropiados para lograr la armonización y modernización del Derecho, carecen de coercibilidad, ya que pertenecen al denominado *Soft Law*, constituyendo un conjunto de normas no vinculantes, provenientes de los diferentes sistemas eco-

⁸² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 234-240.

⁸³ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-16.

⁸⁴ I. ESIS VILLAROEEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, “La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano”, *Revista de Derecho*, n° 29, 2008, pp. 241-244.

⁸⁵ CNUDMI.: *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 16-18

nómicos, políticos, sociales y culturales más representativos del planeta. Son creadas por organismos internacionales estatales o de carácter privado, componiendo por tanto un instrumento meramente opcional al que pueden acudir los Estados y los diferentes operadores del comercio internacional, quienes las aceptan y aplican, introduciendo estas normas en sus diversos ordenamientos jurídicos internos o en los contratos mercantiles internacionales⁸⁶.

96. La característica principal de las leyes modelo es su flexibilidad, en razón a que permiten a quienes las adoptan un alto grado de maniobrabilidad a diferencia de otros instrumentos como los convenios.

97. Es precisamente esta flexibilidad, la que hace llamativas las leyes modelo, debido a que permiten ser adaptadas, aceptadas y promulgadas por los distintos Estados evitando el dispendioso y demorado trámite de la negociación y adopción, propio de las convenciones y tratados internacionales⁸⁷.

98. Las leyes modelo son un medio perfecto para la modernización y armonización de las leyes nacionales, precisamente por la citada flexibilidad de la cual gozan, la cual contribuye a que la ley modelo sea más fácil de adoptar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificar⁸⁸.

99. Las leyes modelo son creadas con el fin de inspirar a los diversos legisladores a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha ley modelo⁸⁹. El texto definitivo, que resulte de la adopción del instrumento en los ordenamientos internos de cada Estado, puede variar al texto original, debido a que precisamente se busca que cada Estado lo adapte a sus necesidades internas a conveniencia, ya que cada Estado adoptante es libre de introducir los cambios acordes con sus necesidades e intereses particulares⁹⁰. Sin embargo, es conveniente que los países que acojan la ley modelo, no realicen cambios sustanciales al texto original, ya que una variación significativa, devendría en una normatividad totalmente diferente a la desarrollada en la ley modelo, por lo que se estará incorporando a la normatividad un texto diverso al instrumento, con lo que se apartaría de la armonización deseada⁹¹.

100. En ocasiones, el texto modelo ofrece un catálogo de opciones y versiones para algunas disposiciones de su contenido, de esta manera los legisladores pueden elegir entre las opciones brindadas, sin tener que efectuar grandes cambios. Esta característica de este instrumento, fomenta la armonía en las soluciones jurídicas existentes para cada materia, lo que al final facilita el desarrollo del comercio internacional al actuar sobre la base de la seguridad jurídica⁹².

101. Como ejemplos de leyes modelos expedidas en el seno de organizaciones especializadas encontramos: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006⁹³, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica de 2001⁹⁴ y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018⁹⁵ por citar algunos ejemplos representativos.

⁸⁶ I ESIS VILLAROEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, "La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano", *op. cit.*, pp. 241-244.

⁸⁷ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional", *op. cit.*, p. 205.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁹⁰ I ESIS VILLAROEL Y Y. BERMÚDEZ ABREU, "La ley modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI y su impacto en el ordenamiento jurídico venezolano", *op. cit.*, pp. 241-244.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*, https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration,

⁹⁴ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>

⁹⁵ CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Interna-*

102. A nivel regional también existen procesos de armonización normativa efectuados mediante las leyes modelo. Quizá el mejor ejemplo de éxito ha sido el de los Estados Unidos de América, país que cuenta con cincuenta estados independientes y un Distrito Federal, cada uno con sus propias leyes, incluso en materias relacionadas con la contratación, que han logrado la armonización de sus normas en materia comercial por medio del Código Comercial Uniforme promulgado en 1960. Este cuerpo normativo no tiene vigencia ni obligatoriedad oficial, tan solo se conforma de recomendaciones que pueden ser adoptadas o no por los diversos estados.

103. Hoy en día, el Código Comercial Uniforme ha logrado una considerable armonización entre las soluciones adoptadas por los diferentes estados que conforman la confederación, al ser adoptado por los cincuenta estados, aunque con variaciones⁹⁶.

104. Por último, es preciso manifestar que en muchos casos, las leyes modelo no constituyen simples articulados sino que pueden venir acompañadas de instructivos o guías para su incorporación al Derecho interno, incluyendo también explicaciones acerca de los antecedentes del instrumento, su objetivo, utilización, así como información relevante para asistir a los legisladores en el proceso de promulgación y a los futuros operadores de la legislación a adoptar⁹⁷.

C) Guías o recomendaciones legislativas

105. Las guías o recomendaciones legislativas están conformadas por un conjunto de posibles soluciones legales a determinado problema o situación, es decir, proponen textos de referencia o estándar legislativo mínimo o puramente indicativo. A diferencia de las leyes modelo o las convenciones internacionales no ofrecen un texto con una solución única, sino que brindan recomendaciones legislativas sobre una materia específica

106. Adicional a lo expuesto, estos instrumentos como su nombre lo indica, guían a los legisladores sobre la conveniencia de adoptar alguna de las sugerencias expuestas dentro de su texto, con el fin de que se compare y se tenga en cuenta las particularidades de cada uno de los Estados interesados.

107. Por otra parte, estas guías constituyen estándares de referencia para que los Estados interesados puedan evaluar diferentes criterios y se contrasten las propuestas modernas ofrecidas con las legislaciones internas, con el fin de que entre diferentes opciones ofrecidas, se discuta cuál puede ser la mejor para un determinado contexto nacional⁹⁸.

108. También pueden utilizarse estos instrumentos como referente normativo, que permita a los legisladores examinar la idoneidad de normatividades vigentes en un determinado ámbito y actualizar o renovar dicha legislación⁹⁹.

109. Este instrumento está especialmente diseñado para ser usado en casos en los cuales no se pudo llegar a consensos en la adopción de instrumentos más rígidos como los tratados o convenciones, los cuales por su naturaleza cuentan con un articulado completo para ser incorporados al Derecho interno de los países, para estos casos, resulta adecuado este instrumento al permitir la adaptación de sus contenidos¹⁰⁰.

cionales Resultantes de la Mediación de 2018, https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, *op. cit.*, pp. 15-20

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional", *op. cit.* p. 205.

110. Como ejemplos de este instrumento encontramos: La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas de 2007¹⁰¹, Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 y revisadas en 2010¹⁰² entre otras.

D) Disposiciones legislativas modelo

111. Las disposiciones legislativas modelo son propuestas de leyes o reglamentos que sirven como referencia o guía para los legisladores al momento de redactar o modificar su legislación. Se constituyen al igual que las guías legislativas como disposiciones de carácter general que proporcionan orientaciones generales¹⁰³. Estas disposiciones están destinadas a ser aplicadas, adaptadas y complementadas mediante el establecimiento de otras reglas más detalladas.

112. Estos textos cuentan con diferentes propósitos, ya que pueden tanto complementar, como sustituir disposiciones que se encuentren vigentes en los diferentes Estados, por lo que sirven de refuerzo a las normas vigentes o sirven de ayuda para subsanar lagunas¹⁰⁴.

113. Las disposiciones legislativas son altamente útiles ante la existencia de multiplicidad de instrumentos internacionales que regulan de forma desigual una materia determinada, por lo cual, se puede acudir a estas disposiciones, que resultan adecuadas para la creación de futuras convenciones e incluso para la revisión de las ya existentes¹⁰⁵. Por otra parte, este tipo de instrumentos sirven para complementar una determinada disposición de una convención, no necesariamente toda la materia.

114. Como ejemplo de este tipo de instrumentos encontramos: las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas de 2019¹⁰⁶ y las Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos de la UNIDROIT¹⁰⁷.

2. Técnicas contractuales

115. Sea lo primero precisar que, los participantes del comercio internacional materializan su relación económica particular mediante el proceso de redacción de un contrato. En ese momento surgen cuestiones importantes, tales como ¿Qué contenido debe tener el contrato?, ¿qué cláusulas se deben usar? ¿se debe empezar la redacción del contrato desde cero?, ¿partimos de un contrato proveniente del sistema jurídico de una de las partes contractuales? Responder estas preguntas siempre resulta complejo, por lo que en este contexto, se crearon instrumentos como las técnicas contractuales, las cuales tienen por objeto resolver interrogantes como los expuestos, mediante la remisión del negocio jurídico internacional a un modelo contractual estandarizado.

¹⁰¹ CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgst-s.pdf>

¹⁰² CNUDMI, *Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/13-80330-recommendations-arbitral-institutions-s.pdf>

¹⁰³ UNODOC, *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*, Naciones Unidas, Viena, 2ª ed., 2021, p. 9.

¹⁰⁴ UNIDROIT, *Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos*, [unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf)

¹⁰⁵ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-20.

¹⁰⁶ CNUDMI, *Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-1014_s_ebook.pdf

¹⁰⁷ UNIDROIT, *Disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos*, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Model-provisions_spanish.pdf

116. El proceso de estandarización contractual supone varias ventajas. Entre ellas, permite a los comerciantes remitir todas las cuestiones que deberían abordar a modelos contractuales, garantizando de esta manera, regular de manera adecuada el negocio jurídico efectuado entre las partes, e incluso garantizando la eficacia y validez de las cláusulas, además permite obtener soluciones actualizadas y aceptadas internacionalmente para cuestiones específica ¹⁰⁸.

117. También es preciso exponer, que en aquellos casos donde las partes tienen configurado la mayor parte de su relación contractual con base en un determinado contrato, en el supuesto en que tengan dudas respecto de algún tema o cláusula específica, pueden acudir no a minutas contractuales completas, sino a las denominadas cláusulas modelo o estandarizadas.

118. La existencia de este tipo de cláusulas y contratos modelo, son comunes en determinados sectores y mercados. Un ejemplo representativo lo constituyen el mercado del transporte y los *commodities* en los cuales se han venido desarrollando formularios estandarizados y contratos tipo. Estos pueden formar parte del contrato o, alternativamente, constituir su totalidad. Por lo general, son elaborados por las instituciones que representan y agremian a dichos sectores. Principio del formulario

119. Debido a su origen, estos instrumentos pueden plantear desafíos dentro del marco general del Derecho Contractual. Al ser desarrollados por gremios específicos, tienden a ser elaborados por entidades empresariales de importantes centros comerciales globales. Esto resulta en una utilidad limitada para un mercado específico o una asociación particular. Además, en muchos casos, su contenido está formulado y diseñado para beneficiar unilateralmente a una de las partes. Además, su terminología y redacción suelen estar influenciadas por los conceptos jurídicos de las familias jurídicas de los países de origen de los gremios¹⁰⁹.

120. Este tipo de instrumentos recopilan usos y prácticas reconocidas plenamente y las materializan por medio de modelos, los cuales se han convertido en un determinante de los modos de comportamiento de comerciantes que no pertenecen al sector o al mercado, por lo cual acuden a estos modelos contractuales que reflejan estándares y buenas costumbres en las materias sujetas a su regulación ¹¹⁰.

121. Las principales expresiones de las técnicas contractuales las encontramos en los citados contratos estandarizados o comúnmente denominados contratos modelo, sin embargo, también existen otras expresiones, como los formularios normalizados, los términos estandarizados y los códigos de conducta, los cuales en general se caracterizan por la regulación exhaustiva o al detalle de todos los aspectos de una transacción comercial.

122. Los contratos estandarizados, así como las demás técnicas contractuales son elaborados además de las agremiaciones expuestas, por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales¹¹¹, así como por algunas organizaciones internacionales: entre estas instituciones encontramos: la CNUDMI, UNIDROID, el Banco Mundial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la *International Bar Association*. A estas organizaciones se le suman importantes oficinas internacionales de abogados o *law firms*.

123. Algunos autores exponen, que las técnicas contractuales no se conciben como un mecanismo de armonización del Derecho sino como un mecanismo complementario a otros instrumentos

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, OEA, 2019, pp. 68-70.

¹¹⁰ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", *op. cit.*, pp. 56-58.

¹¹¹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, *op. cit.*, pp. 68-70.

internacionales, debido a que como se ha expuesto, estas herramientas son redactadas en la mayoría de casos en intereses de agremiaciones y para mercados determinados, a diferencia de otros instrumentos que no se crean con ocasión de un gremio en particular, sino que se busca la generación de instrumentos de armonización cuyo fin es la generación de un orden jurídico ideal para el comerci ¹¹².

124. El ejemplo más concreto y popular de las técnicas contractuales lo constituyen los INCOTERMS, que establecen derechos y obligaciones usados comúnmente en las compraventas internacionales de mercaderías y su responsabilidad¹¹³. Hoy en día constituyen el instrumento básico para la unificación de facto de la *Lex Mercatoria*¹¹⁴.

125. Dentro de los contratos estandarizados resaltan los *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987)* elaborados bajo el auspicio de la FIDIC, conocidos genéricamente¹¹⁵ como “Contrato FIDIC”¹¹⁶.

126. Para finalizar, encontramos los códigos de conducta, cuyo fin es la publicación de postulados, estándares y buenas prácticas dirigidas a la autorregulación de sectores específicos, creados al margen de las normativas estatales, y donde se encuentran instrumentos como el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo, elaborado por la CCI¹¹⁷.

A) Técnicas explicativas

127. Las técnicas explicativas, a diferencia de otras técnicas armonizadoras, no se redactan en forma de articulados o normas, sino que están compuestas o constituidas por instrucciones y explicaciones, dirigidas principalmente a los legisladores nacionales y en donde se enumeran cuestiones y temas a considerar para la redacción de legislaciones futuras¹¹⁸. Dentro de este tipo de instrumentos encontramos las guías jurídicas y las declaraciones interpretativas.

B) Guías jurídicas

128. Como se anticipó este tipo de instrumentos no están compuestos por artículos completos o normas en particular, su constitución comprende instrucciones y explicaciones referentes a diversos temas. Estos instrumentos son desarrollados en conjunto con otro tipo de instrumentos armonizadores, en especial con las técnicas contractuales, por lo cual, normalmente se encuentran dirigidas para casos en que el uso de contratos o cláusulas estandarizadas no son viables, en estos casos puede recurrirse a este instrumento que ofrece instrucciones dirigidas a la correcta redacción de contratos internacionales.

129. Las guías jurídicas, tienen alcances generales en razón a que analizan cuestiones que podrían suscitar no solo el interés de los legisladores sino también de otras autoridades normativas, motivo por el cual son útiles al momento de negociar contratos internacionales especialmente complejos, como por ejemplo, los contratos de construcción, en donde es usual que las partes encuentren dificultades en la negociación y configuración del contrato, por diversas razones como la falta de conocimientos técnicos

¹¹² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, op. cit., pp. 234-243.

¹¹³ R. M. CASTRO GIOVANNI, “Lex Mercatoria”, *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, Compilación Especial, 2008, pp. 1-4.

¹¹⁴ Ídem., p. 82.

¹¹⁵ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Guía Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, op. cit., pp. 68-70.

¹¹⁶ FIDIC, *Los contratos internacionales de construcción FIDIC*, <https://fidic.org/books/los-contratos-internacionales-de-construccion%C3%B3n-fidi>

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ L. TURNER, *UPDATE: Researching the Harmonization of International Commercial Law*, https://www.nyulawglobal.org/globalex/Unification_Harmonization1.htm,

específicos. En atención a que cada contrato debe adecuarse a las circunstancias de cada caso concreto, generalmente no resulta posible elaborar un contrato modelo que pueda ser útil a múltiples casos específicos

130. En casos como el expuesto, las partes pueden remitirse a una guía jurídica en la cual se exponen y analizan varios de los problemas que plantea la redacción de un determinado tipo de contrato; se exhiben diversas soluciones para dichos problemas y se recomienda la aplicación de determinadas soluciones en determinadas circunstancias. En esas guías jurídicas también pueden figurar cláusulas contractuales modelo para ilustrar distintas soluciones¹¹⁹. Como ejemplos representativos de este instrumento encontramos la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos de 1987¹²⁰ y la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales de 1987¹²¹.

C) Declaraciones interpretativas

131. Las declaraciones interpretativas son todas aquellas declaraciones sin importar su enunciado o denominación, efectuadas por Estados o por organizaciones internacionales de manera unilateral, cuya finalidad es precisar el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones¹²².

132. Las declaraciones interpretativas están conformadas como textos explicativos que incluyen diversas recomendaciones prácticas con el objeto de que se efectúe una interpretación uniforme de uno o varios textos¹²³.

133. Este tipo de instrumentos resulta especialmente útil en áreas sujetas a cambios constantes, como los sectores de la tecnología y el comercio, los cuales experimentan una evolución continua. En este contexto las declaraciones ayudan a los operadores jurídicos a lograr una interpretación uniforme de distintos instrumentos internacionales¹²⁴, particularmente resalta su eficiencia en el caso de las convenciones, las cuales tienen procedimientos altamente complejos para su modificación, por lo cual por medio de las declaraciones interpretativas se logra una interpretación actualizada del instrumento si necesidad de acudir a un ajuste del texto.

3. Restatements

134. Como se ha desarrollado, existen diversas técnicas de armonización, principalmente legislativas, contractuales y explicativas. Sin embargo, existe otra categoría que merece una mención especial debido a su creciente uso: los llamados *Restatements*, los cuales desarrollaremos a continuación.

A) Restatements of the Law

135. Los *Restatements of the Law* surgieron en los Estados Unidos de América, con el fin de ordenar los principios y reglas del *Common Law* provenientes de la práctica y de las decisiones

¹¹⁹ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 21-22.

¹²⁰ CNUDMI, *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lge-fundstransfe-s.pdf>

¹²¹ CNUDMI, *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgconst-s.pdf>

¹²² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, p. 64.

¹²³ CNUDMI, *Guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, op. cit., pp. 15-20

¹²⁴ D. ROBLES FARIAS, "Hacia la Uniformidad del Derecho Contractual Internacional", op. cit.

reiteradas de los jueces, consolidadas por medio de los años como precedentes de observancia obligatoria¹²⁵.

136. La sociedad norteamericana, como la mayoría de las sociedades modernas, es una sociedad dinámica y cambiante, razón por la cual las actuaciones de los jueces deben corresponder a estas cualidades, especialmente cuando se abordan temas constitucionales o políticos¹²⁶. Ante este dinamismo surgió la necesidad de identificar los principios y reglas comunes, con el fin de aplicarlos a casos similares y hacer posible la previsibilidad de las decisiones judiciales¹²⁷.

137. Bajo ese contexto, se crearon los *Restatements of the Law* como respuesta a las preocupaciones de los juristas americanos al “desorden” existente en el *Common Law*, el cual se iba dispersando entre los diferentes estados que componen el país y que se venía aplicando de manera diversa entre los tribunales de cada estado¹²⁸.

138. Los textos en que se consolidan estos instrumentos agrupan los principios y reglas del *Common Law* en contenidos que presentan la estructura de normas, aunque carecen de vinculatoriedad, en razón a que no son promulgados por alguna autoridad estatal¹²⁹.

139. Es así, que bajo el auspicio del *American Law Institute* (ALI) y aprovechando el prestigio y la autoridad académica de la cual gozaban los grupos de trabajo redactores, surgen los *Restatements of the Law* como respuesta al caos normativo existente en el país norteamericano.

140. En un primer tiempo, estos instrumentos se redactaron en forma de normas que contenían los principios del Derecho norteamericano principalmente en el campo civil y mercantil. Con el tiempo incluso se buscó la conformación de un *Common Law* global caracterizado por la homogeneidad y armonización de este sistema de Derecho sin importar la jurisdicción¹³⁰.

141. El ALI define los *Restatements of the Law* del siguiente modo: “*Restatements are primarily addressed to courts. They aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court*”¹³¹.

142. La estructura de los *Restatements of the Law* está compuesta por un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas que condensan el análisis de las decisiones de los jueces que aborda los distintos aspectos de una determinada materia. Sin embargo, es muy importante aclarar que estos textos a diferencia de otros instrumentos no solo recogen normas jurídicas, sino que incluyen además comentarios

¹²⁵ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo”, *Advocatus*, n°38, 2020, pp. 76-81.

¹²⁶ N. GONZALEZ MARTIN, “COMMON LAW: ESPECIAL REFERENCIA A LOS *RESTATEMENT OF THE LAW* EN ESTADOS UNIDOS”, en N. GONZALEZ MARTIN, coord.): *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos Derecho comparado temas diversos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1ª ed., 2006, pp. 391-403.

¹²⁷ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹²⁸ N. GONZALEZ MARTIN, “Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 391-403.

¹²⁹ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹³⁰ N. GONZALEZ MARTIN, “Common Law: Especial referencia a los *Restatement of the Law* en Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 391-403.

¹³¹ Los *restatements* se dirigen principalmente a los tribunales. Su objetivo es lograr formulaciones claras del Derecho consuetudinario y sus elementos o variaciones estatutaria y reflejar el estado actual de la ley o cómo podría ser expresada adecuadamente por un tribunal. (Traducción del autor). THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *CAPTURING THE VOICE OF THE AMERICAN LAW INSTITUTE: A HANDBOOK FOR ALI REPORTERS and Those Who Review Their Work*, The American Law Institute, Philadelphia, 2005, pp. 4-7.

y explicaciones que las aclaran y desarrollan, por lo cual además de principios y reglas, contiene notas explicativas para el lector, constituyendo prácticamente manuales para la práctica diaria¹³²

143. También es de precisar que estos instrumentos al no ser expedidos por el Estado, entendido como la manifestación de cualquier rama del poder público, no son de obligatorio cumplimiento, por lo cual hacen parte del denominado *Soft Law*.

144. En la actualidad algunos *Restatements of the Law* cuentan ya con diversas versiones, pues como se ha expresado la sociedad americana al igual que cualquier sociedad moderna es cambiante, por la cual estos instrumentos han necesitado adaptaciones y revisiones periódicas¹³³.

145. Hoy en día encontramos diversidad de materias del Derecho que cuentan con *Restatements of the Law*, entre ellas destacan: los *Restatements of the law of contract*, *Restatements of the Law of Property* y *Restatements of the Law of Trust*, por citar algunos ejemplos.

B) Los Restatements internacionales

146. La doctrina ha usado el término “*Restatements* internacionales” para referirse a los principios internacionales, que en esencia buscan los mismos fines de los *Restatements of the Law* norteamericanos: la construcción de un cuerpo normativo contentivo de un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas relacionados con el Derecho del Comercio Internacional¹³⁴.

147. Para la consecución de estos objetivos, en las últimas décadas renombrados juristas procedentes de países de diversas familias jurídicas, han identificado principios comunes a diferentes ordenamientos jurídicos y que son aplicables a contratos de naturaleza transnacional y han promovido la idea de la necesidad de compilación de estos. Esta tarea, también ha sido asumida y con gran éxito por organismos internacionales como UNIDROIT y CNUDMI¹³⁵.

148. Los principios, son fruto de lo que los recopiladores consideran la selección de las más notables normas y prácticas comerciales en materia de Derecho Comercial Internacional, las cuales son consolidadas de manera coherente y exhaustiva. Así mismo, por medio de estos instrumentos, se busca inferir principios jurídicos generales basados en todas las fuentes jurídicas, por lo que el efecto de sus esfuerzos es en resultado similar al de sus colegas estadounidenses expresado en *Restatements*.

149. Es así, que la compilación de estos principios debe resultar en un instrumento práctico y que sirva de utilidad a los participantes del comercio internacional en la configuración de sus contratos y también a los operadores jurídicos que los usan y tienen en cuenta al momento de proferir sus sentencias y fallos. En este escenario, los operadores apelan a los principios como argumento de autoridad para la interpretación y/o complementación de otros instrumentos de fuente internacional y para la justificación y fortalecimiento de sus decisiones¹³⁶.

¹³² K. OSAJDA, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, <https://ssrn.com/abstract=897403> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897403>, p. 1. (Todas las fuentes extraídas de Internet fueron consultadas por última vez el 22-08-2024.)

¹³³ Y. VEGA MERE, “¿La era de los Códigos o la era de los *Restatements*? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo, *op. cit.*, pp. 76-81.

¹³⁴ J. A. ESTRELLA FARIA, “¿Del sueño de los académicos a la herramienta de los prácticos?, Derecho comercial uniforme y práctica legal internacional - breves observaciones sobre la obra de UNIDROIT” en J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, (comp.): *Principios UNIDROIT. Estudios entornos a una nueva lingua franca*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 54-55 y J. C. PULIDO RIVEROS, “El ‘soft law’ en el derecho privado: Sostén a la teoría de la ‘nueva lex mercatoria’”, *Revista Misión Jurídica*, n° 14, Vol. 11, 2018, p. 234.

¹³⁵ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁶ J. C. PULIDO RIVEROS, “El ‘soft law’ en el derecho privado: sostén a la teoría de la ‘nueva lex mercatoria’”, *op. cit.*, p. 237.

151. Por otra parte, es de precisar que los principios internacionales al igual que los *Restatements* norteamericanos, al no ser expedidos por la manifestación de alguna autoridad estatal, hacen parte del denominado *Soft Law*,¹³⁷ por lo cual, su naturaleza es no vinculante.

152. Sin embargo, a pesar de esta naturaleza, existen diversas formas en que estos instrumentos pueden volverse vinculantes. Normalmente para este fin, son incluidos por los comerciantes internacionales en sus contratos, en ejercicio de la autonomía contractual¹³⁸ o simplemente son incluidos por los Estados en su Derecho positivo.

153. Para ejemplificar esta última situación, es preciso traer a colación, los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada*, instrumentos que después de una evaluación independiente por parte de las provincias que componen este país, han sido legislados por las provincias conforme al texto original o con ajustes¹³⁹.

154. En todo caso, lo cierto es que el objetivo de la compilación de principios internacionales en *Restatements* internacionales es la formulación de un texto que tenga la vocación de llegar a ser Derecho positivo, bien porque es aceptado por los Estados como el citado ejemplo de los principios producidos por la *Uniform Law Conference of Canada* o bien porque las partes de un contrato voluntariamente se refieren a él, o al menos el operador jurídico en temas relativos a la contratación internacional los acoja en sus sentencias¹⁴⁰.

155. Es importante señalar que los principios internacionales, a diferencia de otro tipo de instrumentos no pretenden crear nuevas reglas jurídicas, por el contrario, se constituyen como textos que se limitan a compilar y describir las prácticas comerciales internacionales existentes. Comparte esta característica con los *Restatements* norteamericanos, ya que en ambos casos la creación de estos textos no es inédita, sino que depende de factores ajenos: en el caso de los *Restatements of the Law* a la jurisprudencia americana; en el caso de los *Restatements* internacionales a las prácticas de los participantes del comercio transfronterizo¹⁴¹.

156. Los principios internacionales han sido desarrollados para ser útiles en diferentes ámbitos de aplicación: en primer lugar, al ser instrumentos del denominado *Soft Law* pueden incorporarse por referencia a los contratos transfronterizos, como conjunto de normas que las partes voluntariamente pueden aceptar, como expresión de principios jurídicos comunes, como un criterio para la interpretación de tratados y convenciones y como modelo de inspiración legislativa para los Estados¹⁴².

157. Por último y previo a finali ar este apartado es necesario hacer obligatoria referencia al más representativo ejemplo de principios internacionales, constituido sin lugar a dudas por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, mejor conocidos simplemente como Principios UNIDROIT, elaborados con la participación de representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, así como con la participación de agencias gubernamentales y de negocios y

¹³⁷ E. A. FARNSWORTH, "An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 26, Iss. 3, art. 2, 1996, pp. 1-3.

¹³⁸ E. I. LEÓN ROBAYO, *Principios y fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 210-125.

¹³⁹ K. OSAJDA, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ P. LERNER, "Sobre Armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos", *op. cit.*, pp. 923-924.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 267.

expertos académicos y abogados en el año de 1994, año en que se publicó la primera versión de estos principios¹⁴³ y que cuentan con una versión actualizada al año 2016¹⁴⁴.

158. Los Principios UNIDROIT están constituidos por un conjunto de principios y reglas fundamentales de la contratación internacional, y tienen como objeto, poder ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo. De esta forma, se intenta solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales¹⁴⁵.

159. Así lo plasman desde su preámbulo el cual dispone que:

“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el Derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”¹⁴⁶.

V. Conclusiones

160. La globalización propició el auge y desarrollo del comercio internacional, donde la actividad comercial trasciende las fronteras nacionales, volviéndose habitual el flujo de bienes, servicios y capitales entre los países a nivel mundial. Estos flujos comerciales deben ser materializados mediante lo que la disciplina jurídica denomina “contratos”.

161. El contrato es el instrumento jurídico principal al cual los participantes del comercio internacional acuden para regularizar el intercambio de bienes, servicios y derechos en busca de seguridad jurídica en sus transacciones.

162. La contratación se puede producir tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La doctrina jurídica especializada y los instrumentos de Derecho Internacional han identificado diversos aspectos tanto de tipo objetivo como subjetivo para distinguir los contratos internacionales de los nacionales. No obstante, el criterio más generalizado hace referencia al “efecto internacional” donde se tipifica como internacional, a aquel contrato que tenga una consecuencia que implique la afectación o conexión con dos o más Estados, es decir que el contrato tenga repercusiones transfronterizas.

163. La contratación internacional presentaba una incerteza legal para los comerciantes, quienes necesitan conocer con exactitud cuál es el régimen jurídico aplicable a su relación contractual de naturaleza internacional, para saber con certeza cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

164. Ante esta dispersión normativa, ha surgido la necesidad de soluciones jurídicas, como la armonización del Derecho, que propone la generación de unos cánones aplicables de forma indiferente a la jurisdicción y ajenas a los ordenamientos jurídicos estatales, forjando una posible solución a la con-

¹⁴³ J. OVIEDO ALBAN, “Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales”, *Revista Criterio jurídico*, n° 3, 2003, pp. 39-40.

¹⁴⁴ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>

¹⁴⁵ A. ROSETT, “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”, *Uniform Law Review*, Vol 2, n° 3, 1997, pp. 441-449.

¹⁴⁶ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, *op. cit.*

tradicción normativa que origina el pluralismo de sistemas jurídicos.

165. Para este fin, se han formado instituciones especializadas, las cuales han sido creadas con el objeto de estudiar las necesidades y los métodos para modernizar y armonizar principalmente el Derecho Comercial Internacional, teniendo como resultado que hoy en día la mayoría de los instrumentos de armonización existentes hayan sido producidos desde tales instituciones.

166. Los Estados y en general por los participantes del comercio transfronterizo, con el fin de llevar a cabo los objetivos del proceso armonizador han usado diversos instrumentos, mecanismos o vehículos que pugnan por la creación de normas que buscan la modernización y armonización de esta materia. Los principales métodos armonizadores son los siguientes:

- i. Técnicas legislativas: Dentro de este tipo de técnicas encontramos instrumentos como; las convenciones o convenios, leyes modelo, guías legislativas y disposiciones modelo.
- ii. Técnicas contractuales: En esta categoría encontramos instrumentos como, contratos modelo; los formularios normalizados, los términos estandarizados y los códigos de conducta.
- iii. Técnicas explicativas: Dentro de este tipo de instrumentos encontramos vehículos como; las guías jurídicas y las declaraciones interpretativas.
- iv. *Restatements*: Dentro de esta categoría encontramos los principios internacionales.

167. Es de esta manera que tanto en la labor legislativa como en la práctica contractual y la resolución de controversias mercantiles, se hace necesaria la utilización de los múltiples instrumentos derivados del proceso armonizador, ya que como se ha planteado, ofrecen un medio idóneo y eficaz para resolver, o al menos reducir significativamente, problemas actuales a los que se enfrentan los sujetos participantes de la contratación transfronteriza como las divergencias entre diferentes ordenamientos jurídicos, la reducción de los costos de transacción, el aumento de la certeza en cuanto al régimen aplicable a la relación contractual y, en general, para lograr una mayor seguridad jurídica en el comercio internacional.

Inteligencia artificial aplicada por las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño para mitigar los riesgos sistémicos en línea*

Artificial intelligence applied by very large online platforms and search engines to mitigate systemic online risks

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR

*Profesor titular de Derecho internacional privado
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-7517-0296

Recibido: 08.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9331

Resumen: En los últimos años, el uso de la inteligencia artificial para la moderación de contenidos se ha convertido en una práctica habitual entre las grandes plataformas en línea y buscadores. Estos sofisticados sistemas algorítmicos desempeñan funciones esenciales al detectar, restringir y eliminar con celeridad contenidos considerados ilícitos (o incompatibles con las condiciones generales) en la red. Esta creciente utilización de la inteligencia artificial responde al exponencial incremento del volumen de datos y al ritmo acelerado de creación y difusión de contenidos en internet. Sin embargo, su aplicación requiere ser tratada con cautela porque puede conducir a resultados equívocos con el consiguiente impacto negativo en los derechos y libertades constitucionalmente protegidos de los usuarios digitales. Un desafío que puede verse agravado aún más por la necesidad de estos oligarcas tecnológicos de dirigir sus esfuerzos en atenuar los “contenidos incorrectos o engañosos, incluida la desinformación” por el riesgo sistémico relacionado con sus servicios.

Palabras clave: riesgos sistémicos, inteligencia artificial, algoritmo, motores de búsqueda, plataformas en línea.

Abstract: In recent years, the use of artificial intelligence for content moderation has become a prevalent practice among major online platforms and search engines. These sophisticated algorithmic systems perform vital functions, namely the rapid detection, restriction and removal of content deemed illegal (or otherwise incompatible with the terms and conditions) on the web. This increasing utilization of artificial intelligence is a response to the exponential growth in the volume of data and the volume and the accelerated pace of content creation and dissemination on the internet. However, its implementation requires caution to avoid misleading results and the consequent negative impact on the constitutionally protected rights and freedoms of digital users. This challenge may be further exacerbated by the need for these technological oligarchs to direct their efforts at mitigating “incorrect or misleading content, including misinformation” due to the systemic risk associated with their services.

Keywords: systemic risks, Artificial Intelligence, algorithm, online search engines, online platforms.

* Esta publicación es parte del Proyecto TED2021-129307A-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/ PRTR, denominado *Hacia una transición digital centrada en la persona en la Unión Europea* IP. José Juan Castelló Pastor.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. Moderación de contenidos en línea: ¿mecanismo necesario para fortalecer la confiabilidad en el entorno digital? 1. La moderación proactiva de contenidos como herramienta para combatir contenidos y cuentas que violan las normas o políticas internas de las plataformas en línea y buscadores. A) Destacado uso de mecanismos automatizados en la moderación de contenidos en línea. B) Actuales desafíos por el empleo de mecanismos automatizados en la moderación de contenidos en línea. III. Riesgos de carácter sistémico y medidas de obligatoria observancia frente a ellos. 1. Marco jurídico digital uniforme para las actividades de internet en la Unión Europea. A) ¿Proteccionismo encubierto? El carácter imperativo de las reglas del Reglamento (UE) de servicios digitales a las tecnológicas situadas en terceros Estados. B) David c. Goliath: tutela jurídico-pública y privada del nuevo marco jurídico-digital. 2. Disposiciones de obligada observancia con respecto a la moderación de contenidos en el Reglamento (UE) de servicios digitales. 3. Comportamiento responsable y diligente frente al riesgo sistémico, pero ¿quién? IV. Reflexión final

I. Planteamiento inicial

1. El pasado mes de octubre, las plataformas en línea y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño informaron a la Comisión Europea sobre las actividades de moderación de contenidos, las medidas adoptadas en relación con la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad de la información facilitada por el destinatario del servicio, así como de cualquier otra restricción o suspensión de contenidos o de cuentas de los usuarios, entre otros datos, del segundo trimestre de 2024 de acuerdo con los requisitos de transparencia fijados en los artículos 15, 24 y 42 del Reglamento (UE) de servicios digitales¹, aplicable en todos los Estados miembros desde el 17 de febrero de 2024², aunque algunas de sus disposiciones tuvieron una fecha de aplicación anterior³.

Los informes facilitados por el conglomerado tecnológico Meta, que incluye plataformas como Instagram y Facebook; por Alphabet, la empresa matriz de Google y YouTube; por la red social X y por Tik-Tok, por mencionar algunos populares servicios digitales, muestran un significativo volumen de datos sobre la moderación de contenidos, denuncias y restricciones de visibilidad de contenidos en la red. Estos informes también revelan que, en promedio, alrededor de un setenta por ciento de estas decisiones se realizan utilizando sistemas completamente automatizados⁴.

2. Estos conocidos actores digitales vienen implementando desde hace tiempo políticas de moderación que comporta la eliminación de millones de contenidos y cuentas que infringen sus propias directrices del servicio. Y como se ha referido, en su mayoría, son procesos llevados a cabo de forma automatizada mediante el uso de tecnología avanzada, actualmente, basada en la inteligencia artificial⁵.

¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, en adelante: Reglamento (UE) de servicios digitales (o RSD). OJ L 277, 27.10.2022, p. 1–102.

² Véase el art. 93 RSD sobre la entrada en vigor y aplicación.

³ De acuerdo con el art. 33.4 RSD, se estableció la obligación de informar sobre el promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión antes del 17 de febrero de 2023. Posteriormente, el 25 de abril de 2023, la Comisión Europea designó como plataformas en línea de muy gran tamaño a Alibaba Aliexpress, Amazon Store, Apple, AppStore, Booking.com, Facebook, Google Maps, Google Play, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, Youtube y Zalando; y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño a Bing y Google Search, según lo establecido en el artículo 33.6 del RSD y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea DO C 249/2 del 14 de julio de 2023. Este listado puede estar sujeto a cambios, tal y como ha sucedido: a fecha 18 de octubre de 2024, la Comisión Europea ha reconocido un total de 23 servicios de gran tamaño: 21 como VLOPs y 2 como VLOSEs. Además de los indicados, se han incorporado las plataformas: Pornhub, Booking.com, Shein, Stripchat, Xvideos. Para más información sobre la “supervisión de las plataformas en línea y los motores de búsqueda de muy gran tamaño designados en virtud de la Ley de Servicios Digitales” visítense la página de la Comisión: digital-strategy.ec.europa.eu (última consulta 5.12.2024).

⁴ Información obtenida de la página web de la Comisión Europea “DSA Transparency Database” (disponible en: <https://transparency.dsa.ec.europa.eu>). Llegando la plataforma YouTube, por ejemplo, al 99,6 % de los 1.372.493.981 comentarios retirados fueron por detección automática (véase la nota al pie n.º 17).

⁵ Si bien precisa T. GILLESPIE, “Content Moderation, AI, and the Question of Scale”, *Big Data & Society*, 2020, vol. 7, n.º 2, p. 3 que “aunque algunas plataformas utilizan técnicas de aprendizaje automático para identificar nuevos casos de acoso, discursos de odio o pornografía, la mayoría realiza una sofisticada versión de la comparación de patrones: se limita a comparar el nuevo contenido con una lista negra de ejemplos ya conocidos. Esto es automatización, pero difícilmente es IA, salvo una definición lo más amplia posible”

Con ello se permite dar una respuesta ágil y eficiente, sobre todo en aquellas situaciones donde el contenido subido a la plataforma en línea pueda comportar una significativa amenaza -v.g.: como las publicaciones referidas a terrorismo, abuso sexual infantil o incitación al suicidio- causando potenciales daños fuera del entorno virtual. O en situaciones donde el contenido puede volverse viral y rápidamente alcanzar una amplia audiencia (incluso mundial), siendo el empleo de esta tecnología fundamental para mitigar el alcance e impacto negativo del contenido (ilícito, dañino o nocivo), así como reducir el potencial daño que pueda causar esta viralización para afianza, en definitiva, un entorno digital más seguro y confiabl

3. La implementación de herramientas algorítmicas para realizar tareas de moderación de contenidos se ha fortalecido considerablemente en los últimos años.

Y si bien pudieran ser idóneas por su eficacia ante el volumen de datos en la red y la rapidez en crearse y compartirse este contenido -porque una revisión llevada a cabo exclusivamente por un equipo humano sería inviable por la propia escala de datos y usuarios, así como por la propia dinámica de funcionamiento en la red-, las herramientas algorítmicas no están exentas de controversias y nuevos desafíos como se aborda en este estudio.

4. Sobre la base de este planteamiento descrito, se analiza en primer término la importancia de la moderación de contenidos en línea realizada de forma automatizada mediante el uso de tecnología avanzada por las plataformas en línea y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, así como las controversias y desafíos que presentan la inclusión de estos mecanismos algorítmicos. En segundo término, las disposiciones de obligada observancia a las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño en materia de información, transparencia y rendición de cuentas para mitigar los riesgos sistémicos en línea con especial énfasis en el uso de la inteligencia artificial en el marco del Reglamento (UE) de servicios digitales.

II. Moderación de contenidos en línea: ¿mecanismo necesario para fortalecer la confiabilidad en el entorno digital?

1. La moderación proactiva de contenidos como herramienta para combatir contenidos y cuentas que violan las normas o políticas internas de las plataformas en línea y buscadores

5. Con más de 5.4 billones de personas conectadas globalmente⁶ y una creciente tendencia hacia la participación activa del usuario en la red, donde crea su propio contenido y comparte información en línea, la moderación de contenidos constituye, sin duda alguna, un mecanismo de gobernanza indispensable para estructurar la dinámica participación de los usuarios en estos espacios virtuales, facilitar el acceso a la información en la red, prevenir y combatir el incremento de contenidos y actividades ilícitas (o incompatibles con sus directrices) y de cuentas infractoras por parte de estos actores digitales.

6. La moderación de contenidos es definida por la doctrina como “el mecanismo de gobernanza que estructura la participación en una comunidad para facilitar la cooperación y evitar los abusos⁷” o “el conjunto de prácticas utilizadas por las plataformas en línea para hacer cumplir sus directrices sobre contenidos aceptables⁸”, y por el legislador como “las actividades, estén o no automatizadas, realizadas por los prestadores de servicios intermediarios, que estén destinadas, en particular, a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado, por ejemplo la adopción de medidas que afecten a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad de dicho contenido ilícito o de dicha información, como

⁶ Según la página web statista (última consulta el 5.12.2024).

⁷ J. GRIMMELMANN, “The virtues of moderation”, *Yale Journal of Law & Technology*, n.º 17, 2015, p. 47.

⁸ B. GANESH Y J. BRIGHT, “Countering extremists on social media: challenges for strategic communication and content moderation”, *Policy & Internet*, vol. 12, n.º 1, 2020, p. 8.

la relegación, la desmonetización de la información, el bloqueo de esta o su supresión, o que afecten a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información, como la supresión o suspensión de la cuenta de un destinatario del servicio⁹. Y si bien, indudablemente, representa un mecanismo esencial de gobernanza en el entramado virtual, la falta de transparencia por parte de los gigantes tecnológicos puede ensombrecer el buen propósito de estos mecanismos¹⁰.

7. Las políticas proactivas de moderación de contenidos incentivadas por el legislador¹¹ contribuyen a la eliminación de millones de publicaciones y de cuentas de usuarios que infringen sus normas o políticas internas, siendo en este punto relevante el diseño empleado en estos procedimientos.

De este modo, los gigantes tecnológicos principalmente recurren a mecanismos algorítmicos, aunque también cuentan con equipos humanos encargados de identificar, revisar y aplicar o ejecutar las medidas correspondientes de millones de contenidos diarios subidos a las más conocidas redes sociales. En consecuencia, el control y la gestión privada de los contenidos en la red se encomienda tanto a la tecnología avanzada como a la intervención humana, o a un enfoque híbrido que combina ambas metodologías¹².

8. Cada uno de estos modelos que regulan la aplicación y ejecución de las políticas internas (o los términos y condiciones generales) del servicio digital y, por lo tanto, el comportamiento en línea de los usuarios¹³, presentan ventajas e inconvenientes.

A este respecto, la moderación algorítmica es ciertamente eficaz porque procesa de forma rápida la escala masiva de datos publicados en la red, pero no debe obviarse que es un algoritmo el encargado de aplicar las condiciones generales del servicio digital, con el riesgo que podría suscitar para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios en la red. Creado este *leviatán algorítmico*¹⁴, el dilema radica en la imprecisión y el posible sesgo¹⁵ de sus decisiones, además de la falta de transparencia en el funcionamiento del propio sistema algorítmico.

En cambio, la moderación encomendada a un equipo humano implica una menor rapidez -necesaria sin duda en el entorno digital- en la toma de estas decisiones, al margen de no solventar el aspecto del sesgo, porque también las personas se ven influenciadas por sus valores y principios al tomar cualquiera de estas decisiones. Es por ello por lo que el enfoque híbrido, que combina el mecanismo automatizado y en algunos supuestos la revisión del equipo del servicio digital, es el más utilizado por las grandes plataformas en línea y motores de búsqueda: eliminan automáticamente cualquier contenido lesivo y, específicamente señala Facebook, sólo el contenido de alta gravedad “con potencial para causar

⁹ Vid. art. 3 letra t) RSD.

¹⁰ Como afirma T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, New Haven: Yale University Press, 2018, p. 198 que “los llamamientos a una mayor transparencia en la crítica de las redes sociales son tan habituales que casi resultan vacuos. Pero el funcionamiento de la moderación de contenidos en la mayoría de las plataformas de redes sociales es escandalosamente opaco, y no por casualidad”.

¹¹ A lo largo de los años, la Comisión Europea ha firmado diversos acuerdos con grandes tecnológicas para fomentar un entorno digital más seguro. Uno de estos acuerdos es el *Código de conducta para combatir el discurso de odio ilegal en línea* para prevenir y contrarrestar la propagación del discurso de odio ilegal en línea, creado en 2016 junto con Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube y al que se han sumado otras compañías tecnológicas con el tiempo. En 2018, la Comisión lanzó el *Código de Prácticas sobre Desinformación*, que se ha revisado recientemente con el *Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación 2022* (disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/code-practice-disinformation>). Además, una novedad importante en la moderación proactiva de contenidos es su incorporación en el art. 7 RSD, en similares términos, de la conocida cláusula del buen samaritano estadounidense, referido *infra* en el apartado III.2 de este trabajo.

¹² K. KLONICK, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, p. 1635.

¹³ Las plataformas en línea y motores de búsqueda configuran libremente sus políticas internas de funcionamiento del servicio y con ello delimitan el perímetro de los derechos de los usuarios del servicio. Es decir: el usuario de un servicio digital que acepta sus términos y condiciones está asumiendo las directrices de uso y convivencia con la plataforma en línea, pero también con respecto a otros usuarios de la plataforma.

¹⁴ K. CREEL Y D. HELLMAN, “The Algorithmic Leviathan: Arbitrariness, Fairness, and Opportunity in Algorithmic Decision-Making Systems”, *Canadian Journal of Philosophy*, 2022, vol. 52, pp. 26-43.

¹⁵ Así lo indica la profesora S. BARONA VILAR, *Algoritmos de Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 170.

daños fuera de línea (por ejemplo, mensajes relacionados con el terrorismo y el suicidio) y a los contenidos virales que se propagan rápidamente y tienen el potencial de llegar a una gran audiencia, con el fin de evitar el mayor daño posible”¹⁶ es revisado por el equipo humano.

A) Destacado uso de mecanismos automatizados en la moderación de contenidos en línea

9. Los datos reflejan un manifiesto uso de los mecanismos automatizados, incluyendo aquellos basados en la inteligencia artificial, en la moderación de contenidos que permite a estos actores digitales detectar, restringir y eliminar contenidos ilícitos o incompatibles con sus condiciones generales. A modo de ejemplo, YouTube eliminó en el segundo trimestre de 2024 un total de 1.372.493.981 comentarios de los que el 99,6 % fueron retirados por detección automática¹⁷.

10. Con todo, por más que estos sistemas algorítmicos pudieran ser apropiados para gestionar el volumen de datos y la rapidez a la que se crea y comparte el contenido e información en la red en busca de entornos digitales más seguros y confiables, es importante tomar en consideración si estos mecanismos automatizados empleados justifican esta encomiable finalidad

11. La insuficiente precisión y especialmente la presencia de sesgos en la moderación algorítmica de contenidos, como se ha referido, pueden conducir a resultados erróneos con el consiguiente impacto negativo en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos, como la libertad de expresión y de información¹⁸.

Cabe subrayar, a este respecto, que el Reglamento admite explícitamente la tasa de error de los sistemas algorítmicos al establecer que los intermediarios que utilicen estos medios automatizados para moderar contenidos deben incluir “una descripción cualitativa, una especificación de los fines precisos, los indicadores de la precisión y la posible tasa de error de los medios automatizados empleados para cumplir dichos fines, y las salvaguardias aplicadas” en los informes relacionados con las disposiciones de transparencia informativa¹⁹.

12. De este modo, el interrogante que plantea el empleo de estos mecanismos automatizados radica en la complejidad que enfrentan los sistemas algorítmicos para diferenciar entre la licitud y la ilicitud del contenido publicado en internet, en la medida en que se trata de una consideración que no depende únicamente del contexto en el que se realiza la publicación sino también de la intencionalidad subyacente del autor. Y estas herramientas algorítmicas no suelen tener en cuenta todos estos datos contextuales²⁰. Más aún, resulta ciertamente complejo entrenarlos con datos que puedan advertir el contexto histórico, cultural o político, o distinguir el uso satírico, educativo o informativo de cualquier expresión publicada en la red²¹.

13. En consecuencia, pese a permitir a los intermediarios detectar y reaccionar rápidamente frente al exponencial incremento de comportamientos ilícitos y nocivos en la red, la idoneidad del uso de

¹⁶ De acuerdo con el informe de transparencia facilitado por Meta el 27 de octubre de 2023 a la Comisión Europea (disponible en: <https://transparency.dsa.ec.europa.eu>).

¹⁷ De acuerdo con los datos facilitados por YouTube a la Comisión Europea (disponible en: <https://transparency.dsa.ec.europa.eu>).

¹⁸ F. LLANO ALONSO, *Homo ex machina. Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, p. 185 y ss.

¹⁹ Art. 15.1.e) RSD.

²⁰ N. ELKIN-KOREN y P. MAAYAN, “Guarding the guardians: content moderation by online intermediaries and the rule of law”, en G. FROSIO, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford Academic, 2020 (versión digital); D. KELLER, “Inception Impact Assessment: Measures to Further Improve the Effectiveness of the Fight Against Illegal Content Online” (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3262950>).

²¹ T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., p. 169; S. MYERS WEST, “Censored, suspended, shadowbanned: user interpretations of content moderation on social media platforms”, *New Media & Society*, 2018, vol. 20, n.º 11, pp. 4376-77.

la inteligencia artificial en estas herramientas requiere ser abordada con precaución porque puede llevar a resultados equívocos con respuestas que pueden ser inexactas, sesgadas o incluso discriminatorias²². Y es importante acentuar que el legislador de la Unión, como se ha mencionado, reconoce expresamente que los algoritmos utilizados para moderar contenidos pueden incurrir en errores²³.

14. A tal efecto, un resultado falso positivo implicaría identificar incorrectamente el contenido como ilícito (o contrario a las políticas internas del servicio digital), lo que incentivaría su censura, además de limitar injustamente la libertad de expresión del usuario por cuanto se eliminan contenidos evidentemente legítimos. A diferencia de un resultado falso negativo, que permitiría que el contenido permaneciera en la red, dando lugar a cierta impunidad al difusor de contenido²⁴.

B) Actuales desafíos por el empleo de mecanismos automatizados en la moderación de contenidos en línea

15. Sin perjuicio de lo expuesto, a mi modo de ver, la escasa transparencia de las políticas de detección automatizada de contenidos representa uno de los principales desafíos en la gobernanza de la red, en la medida en que se delega en estos algoritmos -creados por unos actores privados actualmente esenciales en la difusión y distribución de todo tipo de contenidos en la red²⁵- las acciones de sus usuarios, proporcionando o negando su servicio y amplificando o atenuando el discurso en la red²⁶. Y no debe subestimarse su importancia.

16. Los algoritmos que sustentan estas herramientas automatizadas son, ciertamente, los responsables de hacer cumplir las condiciones generales del servicio y de determinar, por lo tanto, lo que constituye un contenido ilícito, cuando ello depende del Derecho material aplicable al fondo de la controversia.

17. Una forma de eludir este aspecto conflictual por las tecnológicas es configurando en los términos y condiciones del servicio digital aquellos comportamientos que pueden realizar sus usuarios, de manera que un contenido (información, servicio o cuenta) podría ser lícito pero contrario a sus políticas internas (esto es: a las condiciones del servicio, las normas de la comunidad o las políticas de publicidad) y actuar automáticamente frente a su acceso y visibilidad en la red. De hecho, un análisis empírico realizado a partir de los datos de la *DSA Transparency Database* es revelador en este sentido: “el 99,8% se notifican como violación de las condiciones de servicio y solo el 0,2% como contenido ilegal”²⁷.

²² E. DOUEK, “Content moderation as systems thinking”, *Harvard Law Review*, 2022, vol. 136, p. 548. De hecho, el propio Reglamento (UE) de servicios digitales reconoce que los algoritmos de moderación de contenidos pueden cometer errores, de acuerdo con el cdo. n.º 26 RSD.

²³ De acuerdo con el cdo. n.º 26 RSD.

²⁴ E. LLANSÓ, J. VAN HOBOKEN, P. LEERSSEN y J. HARAMBAM, “Artificial Intelligence, Content Moderation, and Freedom of Expression”, *Working paper of the Transatlantic Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression*, 2020, p. 7.

²⁵ Es sabido que las plataformas en línea son actores (privados) esenciales de la actual sociedad con una función de intermediación clave para la actividad económica, social o cultural. En efecto, realizan actualmente una función esencial en todos los sectores de la Unión Europea por facilitar la interacción entre usuarios, operadores económicos y también con los organismos públicos a través de la red. En este sentido favorecen el acceso a la información, la comunicación de los usuarios y mejoran los mercados al permitir la conexión entre todos ellos. No obstante, esta fuerte influencia (e incluso también dependencia) en nuestras vidas diarias pudiera carecer de mayor trascendencia si no fuera por el excesivo poder en manos de unas pocas grandes empresas tecnológicas cuyas acciones, a menudo desprovistas de transparencia, implican en ocasiones importantes desafíos individuales y a la sociedad global en su conjunto.

²⁶ Como señala K. KLONICK, “The New Governors”, cit., p. 1630: la configuración de estas normas de moderación puede afectar al discurso público, a la información en la red y a los derechos individuales de libertad de expresión.

²⁷ R. KAUSHAL, J. VAN DE KERKHOF, C. GOANTA, G. SPANAKIS y A. IAMNITCHI, “Automated Transparency: A Legal and Empirical Analysis of the Digital Services Act Transparency Database”, 2024, p. 7 (disponible en: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2404.02894>).

18. A la luz de lo expuesto, resulta fundamental hacer hincapié que la ausencia de un marco normativo exhaustivo que regule de la gobernanza de los servicios digitales a lo largo de los años ha permitido que estos actores privados formulen y apliquen sus propias políticas internas de cumplimiento. Se puede afirmar, en este sentido, que tácitamente se creó un *ius tecnológico* impropio. Ello implica indirectamente que la regulación de la sociedad digital esté en manos de unos pocos gigantes tecnológicos, que gestionan el acceso y la visibilidad de la información en la red, ganando cada vez más relevancia para el funcionamiento del ecosistema digital.

Efectivamente, estas últimas décadas muestran el poder sistémico adquirido por unos pocos oligarcas tecnológicos, que no debería tener mayor relevancia si no fuera por la gestión de este poder, en ocasiones de un modo arbitrario, que puede conculcar directa o indirectamente los derechos fundamentales de los usuarios de internet, sobre la base contractual de unos términos y condiciones, dicho sea de paso, aceptados bajo técnicas que complican su lectura²⁸.

19. Este control del poder de las plataformas en línea y motores de búsqueda guarda cierta similitud con la estructura de un Estado. Como se afirma con buen criterio²⁹, estos sujetos privados se constituyen como verdaderos sistemas jurídicos en tanto ejercen -sobre sus usuarios y en su propia “jurisdicción”- un poder regulatorio, ejecutivo y judicial, obviamente con la permisividad de la Ley del Estado de su constitución y de la Ley del Estado donde dirija su actividad. En este sentido, el usuario que acepta las condiciones generales (y/o directrices) del servicio asume las reglas y se obliga al cumplimiento, so pena de ser sancionado³⁰. De ahí, desde mi punto de vista, este *ius technologicum* que podría considerarse, en cierto sentido, como impropio.

20. Ahora bien, el alcance de estas políticas internas del servicio digital va más allá del usuario (a título individual), afectando indirectamente a la sociedad en su conjunto, puesto que, en última instancia, son estos actores privados quienes determinan el acceso y la visibilidad del contenido disponible en internet, pudiéndose afirmar sin ambages que el ecosistema digital se ve intervenido por unos oligarcas tecnológicos que desempeñan, con sus herramientas algorítmicas dotadas de un velo de opacidad, un papel decisivo en el contenido disponible en la red y, por lo tanto, en el ejercicio de las libertades fundamentales de la sociedad en su conjunto.

21. En este contexto, una preocupación de las autoridades europeas ciertamente viene por la escasa transparencia de las plataformas en línea en relación con algunas de sus prácticas, de ahí el interés por entender y supervisar estas acciones realizadas por estos actores privados para prevenir a todas luces cualquier resultado injusto o arbitrario derivado de su omnímodo poder, como se analiza seguidamente.

²⁸ Sobre este punto, véase: J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el Reglamento *platform to business* (p2b): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las plataformas en línea”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024 (versión digital).

²⁹ Entre nuestra doctrina, véase a T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, n.º Extra-2, pp. 403, 405-406. Señala esta autora que las plataformas en línea emergen como “reguladores, supervisores, creadores de comunidades para el ejercicio de derechos y libertades” [...] y “aspiran a emular internamente un sistema jurídico, con sus normas, sus fórmulas de supervisión y sus mecanismos de resolución de disputas” [...]. Las plataformas en línea “se esfuerzan por crear espacios autorregulados, auténticas comunidades, que se superponen a los sistemas estatales de regulación, supervisión y resolución (esencialmente) judicial de los conflictos”. En misma línea, entre otros: K. KLONICK, “The New Governors”, cit., p. 1647; N. ELKIN-KOREN y P. MAAYAN, “Guarding the guardians”, cit., pp. 89-93.

³⁰ Esta “medida disciplinaria o sanción” impuesta al destinatario del servicio, que podría ser generada por estas herramientas algorítmicas, podría incluir, entre otras: la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad del contenido o de la información en la red, el bloqueo o supresión de este contenido publicado, así como de la supresión o suspensión de la cuenta del usuario.

III. Riesgos de carácter sistémico y medidas de obligatoria observancia frente a ellos

1. Marco jurídico digital uniforme para las actividades de internet en la Unión Europea

22. Plenamente aplicable en todos los Estados miembros desde el 17 de febrero de 2024³¹, el Reglamento (UE) de servicios digitales crea un conjunto uniforme de reglas aplicables exclusivamente a los intermediarios³² -y en su mayoría especialmente dirigidas a las plataformas en línea³³- que tiene por meritorio objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea, en consonancia con la Directiva de comercio electrónico, su predecesora³⁴.

Este reglamento sustantivo de la Unión efectivamente configura un marco horizontal de exenciones condicional de responsabilidad de estos actores digitales³⁵ y un conjunto armonizado de obligaciones asimétricas, siendo de singular relevancia las disposiciones dirigidas específicamente a las plataformas en línea muy grandes y a los motores de búsqueda muy grandes para evaluar y gestionar los riesgos sistémicos: esto es, prevenir las actividades ilícitas y nocivas en línea y la difusión de desinformación, garantizar la seguridad de los usuarios, proteger los derechos fundamentales y consolidar, en definitiva, un entorno digital más justo y abierto³⁶. También establece un conjunto de normas sobre la aplicación y ejecución del propio texto normativo.

23. En un contexto marcadamente transfronterizo, a mi modo de ver, estas reglas sustantivas digitales logran un avance significativo hacia la uniformidad en la protección de los derechos fundamentales en toda la Unión Europea. Se evitan las posibles divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros que dificultan la libre circulación de servicios en el mercado de la Unión y se garantiza una protección uniforme de los derechos y obligaciones, tanto de los operadores económicos como de los usuarios digitales en toda la Unión Europea. Esta uniformidad es esencial para reducir la fragmentación jurídica y ofrecer una mayor seguridad jurídica, que se veía anteriormente comprometida, por ejemplo, con la Directiva sobre el comercio electrónico³⁷.

24. Por cuestiones de limitación de espacio, en este epígrafe se analiza el alcance del Reglamento (UE) de servicios digitales y en el siguiente epígrafe las disposiciones más relevantes de obligada observancia en relación con la moderación y curación de contenidos en la red por parte de las plataformas en línea y motores de búsqueda.

³¹ Aunque, como se ha referido, algunas de sus disposiciones tuvieron una fecha de aplicación anterior, *vid. supra* nota al pie n.º 3.

³² Si bien se hace referencia en este trabajo indistintamente al término “servicios digitales”, es cierto que el RSD no lo utiliza, sino que se refiere al “servicio de la sociedad de la información” definido en el artículo 1.1 b) de la Directiva (UE) 2015/1535, pero limita su ámbito al “servicio intermediario” y que se refiere únicamente a tres categorías de servicios de la sociedad de la información: el servicio de “mera transmisión”, el de “memoria caché” y el de “alojamiento de datos” (léase respectivamente el art. 3 letra a) y g) RSD).

³³ Incluye a las plataformas en línea en un subgrupo del “alojamiento de datos” a efectos fundamentalmente del cumplimiento de las obligaciones de diligencia, conforme lo matiza el cdo n.º 13 RSD.

³⁴ De acuerdo con el art. 89 RSD, la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico continúa en vigor, sólo se suprimen los artículos 12 a 15 y estas referencias se entienden hechas a los arts. 4, 5, 6 y 8 RSD respectivamente.

³⁵ Que no se abordan en este estudio por cuestión de espacio, si bien véase: J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2021, pp. 37-76; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “El régimen de responsabilidad de las plataformas online en la DSA ante contenidos ilícitos lesivos de derechos fundamentales: evolución de la figura de puerto seguro”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024 (versión digital); A. GASCÓN MARCÉN, “La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Unión Europea: iniciativas recientes y perspectivas de futuro”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, 2021, pp. 133-160.

³⁶ De acuerdo con el art. 1 RSD.

³⁷ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 6.ª edición, Civitas Thomson-Reuters, 2022, p. 370; *Id.*: *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*, Aranzadi, 2023, p. 59.

A) ¿Proteccionismo encubierto? El carácter imperativo de las reglas del Reglamento (UE) de servicios digitales a las tecnológicas situadas en terceros Estados

25. Uno de los aspectos de mayor relevancia de este nuevo marco jurídico digital posiblemente sea el desafío que supone el cumplimiento de sus reglas uniformes para las grandes empresas tecnológicas que dominan el mercado de los servicios digitales, mayoritariamente establecidas en Estados Unidos y en China con millones de sus usuarios en la Unión Europea.

En este punto, la Comisión Europea ha sido explícita al acentuar que cualquier operador tecnológico situado fuera de la Unión que desee realizar actividades económicas en nuestro territorio debe cumplir con las normativas aquí establecidas. Y ha subrayado que se emplearán todos los recursos disponibles para garantizar el cumplimiento estricto de la legislación de la Unión Europea y de las normas internacionales, con el objetivo de asegurar condiciones equitativas en el entorno digital³⁸.

26. El legislador de la Unión reconoce efectivamente el reto que implica configurar un entorno digital más seguro, transparente y responsable con medidas de obligada observancia a todos los servicios digitales, incluso para aquellos que operan desde fuera de nuestro territorio, por el carácter intrínsecamente transfronterizo de internet, y lo alcanza, no sin cierta dificultad (a modo de ejemplo: el listado designando a las plataformas en línea de muy gran tamaño publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea DO C 249/2 de 14.7.2023, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.6 del Reglamento (UE) de servicios digitales, ha sido impugnado por varias tecnológicas como Zalando y Amazon ante el Tribunal General, asuntos T-348/23 y T-367/23 respectivamente, para no tener que cumplir así con todas las adicionales obligaciones impuestas a las muy grandes plataformas digitales³⁹) al someter el complejo cumplimiento de sus disposiciones con base en un criterio de conexión fáctico: se extiende su ámbito de aplicación espacial a los prestadores de servicios intermediarios con independencia de su lugar del establecimiento (domicilio o ubicación) en la medida en que ofrezcan sus servicios en el territorio de la Unión, de acuerdo con el artículo 2.1 del Reglamento (UE) de servicios digitales⁴⁰.

27. Este criterio de conexión tiene como objetivo garantizar la eficacia de las normas de la Unión como la equidad de condiciones a todos los operadores económicos en el mercado interior⁴¹, esencial en este contexto digital⁴². Aunque un problema adicional pudiera venir en la determinación del referido criterio fáctico para que sean aplicables las disposiciones de la normativa de la Unión Europea a estas empresas tecnológicas situadas en terceros Estados, se solventa con cierto éxito al referirse por “ofrecer un servicio en la Unión” como el hecho de “hacer posible que las personas físicas o jurídicas de uno o varios Estados miembros utilicen los servicios de un prestador de servicios intermediarios que tenga una conexión sustancial con la Unión”⁴³. Por su parte, especifica el propio instrumento que la conexión sustancial se da si el prestador tiene su establecimiento en la Unión, o bien -y he aquí el *quid* de la cuestión en la determinación de lo que constituye esta conexión sustancial- porque tiene un número

³⁸ Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 67 final

³⁹ Igualmente pudo leerse en los medios de comunicación las reticencias de algunas tecnológicas como X (antes, Twitter) al cumplimiento de las medidas impuestas en el RSD, planteándose el bloqueo del servicio en toda la Unión (elconfidencial.com de 19.10.2023).

⁴⁰ Con mayor profundidad, S. FELIU ÁLVAREZ SOTOMAYOR, “Ámbito territorial y aplicación del principio del control en origen en el Reglamento UE de servicios digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024 (versión digital).

⁴¹ Cdo n.º 7 RSD.

⁴² Desde mi punto de vista es apropiado porque las grandes tecnológicas (de origen y residencia) estadounidenses o asiáticas, cuyos servicios son utilizados por millones de usuarios en la Unión, quedan sujetas al cumplimiento de las mismas medidas y estándares que los operadores económicos europeos. Aunque este enfoque pudiera desincentivar la prestación de servicios digitales en el territorio de la Unión, según C. SCHMON Y K. GULLO, “European Commission’s Proposed Digital Services Act got several things right, but improvements are necessary to put users in control” (disponible en www.eff.org).

⁴³ *Vid.* art. 3 letra d) RSD.

significativo de destinatarios del servicio en uno o varios Estados miembros en relación con su población, o dirige sus actividades hacia uno o varios Estados miembros⁴⁴.

En otras palabras, cuando el establecimiento del servicio digital esté en un tercer Estado serán de aplicación sus disposiciones si tiene un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión Europea de más de cuarenta y cinco millones⁴⁵. Se trata de un criterio cuantitativo razonable (*i.e.* una cifra equivalente al diez por ciento de la población de la Unión), ya que estas plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, como se analiza en el siguiente apartado, pueden entrañar riesgos sistémicos para la sociedad. Por lado, también estarán sujetos a la normativa de la Unión aquellos servicios digitales establecidos en un tercer Estado que dirijan sus actividades hacia uno o más Estados miembros⁴⁶.

28. Desde mi punto de vista, esta disposición de aplicación también a situaciones privadas de tráfico jurídico externo -mediante una norma de alcance extraterritorial- constituye una eficaz estrategia geopolítica de la Unión para salvaguardar de manera adecuada los valores fundamentales de la Unión Europea.

Una estrategia que cobra singular relevancia en un contexto donde las relaciones privadas digitales son inherentemente transfronterizas, el principio de territorialidad se vuelve difuso debido a la naturaleza ubicua de internet, y tanto los usuarios como la sociedad en general se enfrentan a serias vulnerabilidades frente a empresas tecnológicas, muchas de las cuales están establecidas en terceros Estados con intereses económicos significativos. Por esta razón, reforzar la protección y cumplimiento de este nuevo marco jurídico digital, no solo en las relaciones *ad intra*, sino también en las relaciones *ad extra* -por su vínculo estrecho con la Unión- resulta clave para alcanzar los objetivos establecidos por nuestro legislador.

29. Con todo, estos gigantes tecnológicos podrían optar por no cumplir con las disposiciones sustantivas de obligada observancia, en cuyo caso, la cuestión radica en determinar si este marco jurídico digital de la Unión Europea contempla mecanismos que garanticen de manera efectiva el cumplimiento de sus objetivos, o si, por el contrario, adolece de la capacidad para imponer consecuencias jurídicas frente a eventuales incumplimientos, como se analiza seguidamente.

B) David c. Goliat: tutela jurídico-pública y privada del nuevo marco jurídico-digital

30. Dado el considerable poder de las multinacionales tecnológicas situadas fuera de la Unión Europea, eludir la observancia de las disposiciones del Reglamento (UE) de servicios digitales podría percibirse como una sugerente alternativa. Aunque el potencial económico del mercado de la Unión Europea, compuesto por cerca de quinientos millones de consumidores, constituye, en mi opinión, una *vis atractiva* suficiente para incentivar la adopción de este nuevo marco jurídico digital.

31. En todo caso, resulta fundamental acentuar que el Reglamento establece mecanismos tanto de tutela jurídico-pública de supervisión destinados a garantizar su cumplimiento, como de tutela jurídico-privada. En particular, se prevé la supervisión a cargo de las autoridades competentes de cada Estado miembro, así como un papel destacado de la Comisión en este ámbito. Además, se otorga a las personas físicas y jurídicas la facultad de presentar reclamaciones por la infracción de esta normativa digital⁴⁷.

⁴⁴ De acuerdo con la definición incorporada en el art. 3 letra e) RSD.

⁴⁵ Véase, al respecto, el cdo. n.º 76 RSD.

⁴⁶ Recogiendo el cdo n.º 8 RSD la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el “criterio de las actividades dirigidas”.

⁴⁷ Como señala DE MIGUEL, estos mecanismos representan cambio significativo “habida cuenta de las tradicionales carencias de la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico a muchos de estos prestadores intermediarios, incluidos aquellos que son objeto de obligaciones más estrictas”. *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 6.ª edición, Civitas Thomson-Reuters, 2022, p. 370.

32. Este novedoso marco normativo digital efectivamente impone a los Estados miembros la obligación de designar “una o varias autoridades competentes responsables de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de su ejecución”⁴⁸, siendo una de las autoridades competentes su coordinador de servicios digitales, que será responsable de todas las materias relacionadas con la supervisión y garantía del cumplimiento del Reglamento en ese Estado miembro⁴⁹.

A modo de ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sido designada como Coordinador de Servicios Digitales de España.

33. En consecuencia, corresponde al Estado miembro donde se encuentre el establecimiento principal del prestador de servicios intermediarios la competencia exclusiva para supervisar y hacer cumplir el Reglamento⁵⁰. Como se observa, esta disposición se alinea con el principio del control del país de origen establecido en el artículo 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

34. Asimismo, es importante señalar que la determinación del establecimiento principal del prestador de servicios intermediarios se refiere al lugar en el que tenga su sede central o domicilio social en el que ejerza las principales funciones financieras y el control de sus operaciones. En el caso de que el prestador no esté establecido en la Unión, pero que ofrezca sus servicios aquí, la competencia corresponderá al Estado miembro en el que haya designado a su representante legal⁵¹, sin perjuicio de las competencias que recaen en la Comisión⁵².

Con esta claridad se recoge en la definición de “coordinador de servicios digitales del establecimiento” contenida en el artículo 3 letra n), donde se establece que el término hace referencia al “coordinador de servicios digitales del Estado miembro en el que el establecimiento principal del prestador de un servicio intermediario esté ubicado o su representante legal resida o esté establecido”. Esta definición, nótese, también abarca la referencia a la residencia o al establecimiento del representante legal, ya que uno de los requisitos que deben cumplir todos los prestadores de servicios intermediarios es, precisamente, la designación (o nombramiento) de estos representantes legales⁵³.

⁴⁸ Vid. art. 49.1 RSD.

⁴⁹ Y este asumirá la responsabilidad en todas las cuestiones relacionadas con la supervisión y el cumplimiento de este Reglamento dentro del Estado miembro correspondiente. Además, tendrá la tarea de garantizar la coordinación a nivel nacional en estas materias y de contribuir a la supervisión y aplicación efectivas y uniformes del Reglamento en toda la Unión Europea, según el art. 49.2 RSD.

⁵⁰ De acuerdo con el art. 56.1 RSD.

⁵¹ Vid. cdo. n.º 123 RSD *in fine*.

⁵² De acuerdo con el art. 56.6 RSD: “cuando un prestador de servicios intermediarios no tenga un establecimiento en la Unión, el Estado miembro en el que su representante legal resida o esté establecido o la Comisión tendrán competencias, según proceda, de conformidad con los apartados 1 y 4 del presente artículo, para supervisar y hacer cumplir las obligaciones pertinentes en virtud del presente Reglamento”.

⁵³ De acuerdo con el art. 13 RSD:

1. Los prestadores de servicios intermediarios que *no tengan un establecimiento* en la Unión pero que ofrezcan servicios ven la Unión *designarán, por escrito, a una persona física o jurídica para actuar como su representante legal en uno de los Estados miembros en los que el prestador ofrezca sus servicios.*

2. Los prestadores de servicios intermediarios mandatarán a sus representantes legales, además o en lugar de dichos prestadores, con el fin de ser los destinatarios de las comunicaciones enviadas por las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión y la Junta sobre todas las cuestiones necesarias para la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas en relación con el presente Reglamento. Los prestadores de servicios intermediarios otorgarán a su representante legal las facultades necesarias y recursos suficientes para garantizar su cooperación eficiente y en tiempo oportuno con las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión y la Junta, y cumplir dichas decisiones.

3. *El representante legal designado podrá ser considerado responsable por el incumplimiento de las obligaciones en virtud del presente Reglamento*, sin perjuicio de la responsabilidad del prestador de servicios intermediarios y de las acciones legales que puedan iniciarse contra este.

4. Los prestadores de servicios intermediarios notificarán el nombre, el domicilio postal, la dirección de correo electrónico y el número de teléfono de su representante legal al coordinador de servicios digitales del Estado miembro en el que dicho representante legal resida o esté establecido. Velarán por que dicha información esté a disposición del público, sea fácilmente accesible, sea exacta y esté actualizada.

5. La *designación de un representante legal* en la Unión en virtud del apartado 1 *no constituirá un establecimiento en la Unión* (énfasis añadido).

35. Y no cabe desatender, por otro lado, el *superpoder* de la Comisión en este contexto digital. En efecto, la Comisión tiene competencias para supervisar y hacer cumplir las obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño⁵⁴. A este respecto, un ejemplo reciente es la solicitud por la Comisión a las plataformas YouTube, Snapchat y TikTok instándoles a ofrecer más información sobre el diseño y el funcionamiento de sus sistemas de recomendación⁵⁵.

36. Al margen de lo anterior, cobra especial importancia el reconocimiento a las personas físicas y a determinadas entidades de una legitimación (extraordinaria) para tutelar (colectivamente) sus derechos e intereses ante estas autoridades en caso de infracción por el incumplimiento de esta normativa digital.

37. En efecto, el Reglamento contiene normas diseñadas para reforzar esta tutela jurídico-pública que permiten a los usuarios digitales defender los derechos otorgados por esta normativa solicitando la intervención del coordinador de servicios digitales, además de autorizar a determinadas entidades a ejercer acciones de representación, lo que contribuye a proteger los intereses generales de los particulares⁵⁶.

A tal efecto, se otorga al destinatario del servicio, así como a los organismos, organizaciones o asociaciones autorizados a ejercer en su nombre, el derecho a presentar una reclamación contra los prestadores de servicios intermediarios por una presunta infracción del Reglamento⁵⁷. Y cabe referirse también a las acciones de representación⁵⁸, siendo un ejemplo de esta tutela colectiva la demanda presentada contra la plataforma digital Temu por la Federación de Consumidores y Usuarios (CECU) y por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) ante la CNMC⁵⁹.

⁵⁴ De acuerdo con el art. 56.2 RSD. Por su parte, señala el cdo. n.º 140 RSD que “en vista de los problemas concretos que puedan surgir para asegurar el cumplimiento por parte de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño o de motores de búsqueda de muy gran tamaño y de la importancia de hacerlo de manera efectiva, tomando en consideración su dimensión e impacto y los perjuicios que pueden causar, la Comisión debe poseer amplios poderes de investigación y ejecución que le permitan investigar, hacer cumplir y vigilar el cumplimiento de las normas establecidas en el presente Reglamento, respetando plenamente el derecho fundamental a ser oído y a tener acceso al expediente en el contexto de los procedimientos de ejecución, el principio de proporcionalidad y los derechos e intereses de los afectados” (énfasis añadido).

⁵⁵ Según indica la nota de prensa de la Comisión de 2 de octubre de 2024, esta información deberá ser proporcionada antes del 15 de noviembre y en función de la evaluación de sus respuestas, la Comisión valorará los próximos pasos; lo que podría implicar la apertura formal de un procedimiento e imponer multas por información incorrecta, incompleta o engañosa en respuesta a las solicitudes de información. En caso de falta de respuesta, la Comisión podrá presentar una solicitud formal mediante decisión y dentro del plazo podría dar lugar a la imposición de multas coercitivas. Esta información puede verse en la página web <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/list-designated-vlops-and-vloses> sobre una visión general de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño objeto de supervisión por la Comisión, así como de las principales actividades de aplicación (actualizada la información al 29 de noviembre de 2024).

⁵⁶ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 102-103.

⁵⁷ De acuerdo con el art. 53 RSD. Esta reclamación puede presentarse ante el coordinador de servicios digitales del Estatal o miembro donde esté situado o establecido el destinatario del servicio. El coordinador evaluará la reclamación y si corresponde, la remitirá al coordinador de servicios digitales de establecimiento, acompañándola de un dictamen si lo estima apropiado. Cuando la reclamación sea responsabilidad de otra autoridad competente en su Estado miembro, el coordinador de servicios digitales que reciba la reclamación la transmitirá a dicha autoridad. Durante el procedimiento, ambas partes tendrán derecho a ser oídas y a recibir información adecuada sobre el estado del procedimiento conforme con el Derecho nacional.

⁵⁸ *Vid.* arts. 86 y art. 90 RSD.

⁵⁹ Señala la nota de prensa que: “Temu, el mercado en línea operado por la compañía comercial china PDD Holdings, que ya cuenta en Europa con más de 75 millones de usuarios mensuales, no proporciona determinada información relevante para los consumidores europeos, como, por ejemplo, la identidad del vendedor, para confirmar si el producto cumple con los requisitos de seguridad de la UE o sobre sus sistemas de recomendación, para conocer cuáles son los diferentes criterios que utiliza para proponer determinados productos. Además, la citada plataforma está plagada de técnicas de manipulación (patrones oscuros) para lograr que los consumidores gasten más de lo que originalmente querrían o para complicar el proceso de cerrar su cuenta. Por todo ello, OCU y CECU consideran que Temu estaría infringiendo la nueva Ley de Servicios Digitales, y a tal efecto, han puesto las citadas prácticas en conocimiento de la CNMC, como Coordinador Nacional de Servicios Digitales, para que proceda a su investigación y en su caso, imponga la correspondiente sanción” (disponible en: <https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2024/denunciatemu160524>).

38. Y en relación con las consecuencias jurídicas que podrían surgir ante un posible incumplimiento de las disposiciones obligatorias establecidas en este nuevo marco jurídico digital, no considero que puedan ser interpretadas como insignificantes (o caer en *papel mojado*). Por el contrario, la estricta naturaleza de las sanciones previstas en caso de incumplimiento debería representar un estímulo o incentivo significativo para su cumplimiento, incluso para los gigantes tecnológicos estadounidenses y asiáticos, cuyas valoraciones bursátiles superan el billón de dólares.

39. Así es, esta norma sustantiva digital establece un severo régimen de sanciones en caso de incumplimiento⁶⁰. El considerando n.º 144 lo expresa de manera inequívoca: “el cumplimiento de las obligaciones pertinentes impuestas en virtud del presente Reglamento debe garantizarse mediante multas sancionadoras y multas coercitivas”.

A este respecto, son los Estados miembros los encargados de fijar estas sanciones al intermediario que esté bajo su competencia y deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁶¹. No obstante, el legislador de la Unión ha fijado que el importe máximo de las multas sea el 6 % del volumen de negocios anual en todo el mundo del prestador del servicio que se trate en el ejercicio fiscal anterior. Asimismo para infracciones como, por ejemplo, proporcionar información incorrecta, incompleta o engañosa, por no responder o por no rectificar información incorrecta, incompleta o engañosa y por no someterse a una inspección las sanciones se fijan en el 1 % de los ingresos anuales, o del volumen de negocios anual en todo el mundo; y se prevé que el importe máximo de una multa coercitiva sea del 5 % del promedio diario del volumen de negocios en todo el mundo o de los ingresos del prestador de servicios intermediarios de que se trate en el ejercicio fiscal anterior por día, calculado a partir de la fecha especificada en la decisión de que se trat ⁶².

40. Debe tenerse en cuenta que la Comisión Europea puede imponer también multas de hasta un máximo de dichos importes y, en todo caso, para fijar el importe de la multa se tendrá en cuenta “la naturaleza, gravedad, duración y recurrencia de la infracción y la demora causada al procedimiento”⁶³. Igualmente puede adoptar una decisión por la que se impongan una multa coercitiva al prestador de la plataforma en línea de muy gran tamaño o del motor de búsqueda en línea de muy gran tamaño que no excedan del 5 % del promedio diario de los ingresos o del volumen de negocios anuales en todo el mundo del ejercicio fiscal anterior por día, calculados a partir de la fecha fijada por esa decisión⁶⁴. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene competencia jurisdiccional plena para someter a control las decisiones por las que la Comisión haya impuesto multas sancionadoras o multas coercitivas; pudiendo anular, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta⁶⁵. Y en aquellos casos en que el incumplimiento sea reiterado, podrá dar lugar, a través del coordinador de servicios digitales de establecimiento del prestador que solicite a la autoridad judicial competente de su Estado la orden de que se limite temporalmente el acceso de los destinatarios al servicio afectado por la infracción o bien, únicamente cuando ello no sea técnicamente viable, a la interfaz en línea del prestador de servicios intermediarios en la que tenga lugar la infracción⁶⁶.

41. Junto a estos mecanismos jurídico-públicos, cabe referirse también a la aplicación privada de este marco jurídico digital, es decir: la tutela judicial civil con respecto a los daños y perjuicios causados por una infracción de este texto digital.

Se trata, en puridad, de un sistema de garantías de su efectividad en el que la iniciativa privada complementa la referida aplicación pública. La eventual indemnización por el daño causado a cargo de

⁶⁰ Véase el capítulo IV dedicado a la “aplicación, cooperación, sanciones y ejecución” y en particular el artículo 52 “sanciones” y el artículo 74 “multas” RSD respectivamente.

⁶¹ De acuerdo con el art. 52.1 RSD.

⁶² Art. 52 *in fine* RSD.

⁶³ *Vid.* art. 74 *in fine* RSD.

⁶⁴ Art. 76 RSD.

⁶⁵ Art. 81 RSD.

⁶⁶ De acuerdo con el art. 82 en relación con el art. 51, apartado 3 RSD.

estos intermediarios por el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento contribuye, también, a su efectividad.

42. En relación con la aplicación privada, tiene especial relevancia el artículo 54 del Reglamento (UE) de servicios digitales en la medida en que “los destinatarios del servicio tendrán derecho a solicitar, de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, una indemnización con cargo a los prestadores de servicios intermediarios por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento por parte de dichos prestadores de sus obligaciones en virtud del presente Reglamento”.

De su lectura se desprende que no solo impone obligaciones a los intermediarios, sino que también otorga derechos subjetivos a los particulares, cuyas infracciones podrán dar lugar a una indemnización⁶⁷.

43. Así, la legitimación activa corresponde a los destinatarios del servicio que, a tenor de la definición incorporada en la letra b) del artículo 3, se refiere a “toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible”.

Esta definición debe interpretarse de manera amplia, incluyendo al suscriptor de un servicio o a quien lo difunda, como a quién utilice una plataforma o un buscador -porque se expone a la información mostrada en el interfaz-⁶⁸. De Miguel Asensio sugiere, con buen criterio, que se podría adoptar “una interpretación incluso más amplia en el contexto del artículo 54. En particular, afectadas por la difusión de contenidos ilícitos y perjudicadas por la infracción del Reglamento (UE) de servicios digitales puede ser, por ejemplo, cualquier persona cuyo derecho al respeto de la vida privada y familiar se ve menoscabado por prácticas de los prestadores de servicios intermediarios que infringen lo dispuesto en el Reglamento (UE) de servicios digitales. Una interpretación amplia resulta avalada por el contenido de otras disposiciones del Reglamento, como su artículo 20 que refleja el criterio de que cualquier persona física o entidad que notifica al prestador de servicios de alojamiento la presencia de contenidos que considere ilícitos en el marco del artículo 16 debe ser considerado un destinatario del servicio⁶⁹”. Por último, cabe recordar que es posible interponer acciones colectivas y que el destinatario del servicio puede mandar “a un organismo, organización o asociación para que ejerza los derechos atribuidos por el presente Reglamento en su nombre”⁷⁰.

44. Con respecto al tribunal internacionalmente competente para conocer de la acción de reclamación por los daños y perjuicios causados por una supuesta infracción del Reglamento (UE) de servicios digitales por parte del intermediario de las obligaciones establecidas en esta normativa, es importante señalar que este texto no contiene normas especiales relativas al Derecho internacional privado, a diferencia de lo que ocurre con el Reglamento General de Protección de Datos⁷¹, y quizá hubiera sido oportuno incorporar alguna disposición similar en su articulado que evitara que, en la mayoría de los casos, las demandas deban interponerse en Irlanda, dado que es allí donde se encuentran las sedes de los principales gigantes tecnológicos en la Unión Europea.

⁶⁷ En este sentido cabe referirse al cdo. n.º 121 RSD: “[...] un prestador de servicios intermediarios debe ser responsable por los perjuicios sufridos por destinatarios del servicio causados por un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento por dicho prestador. Dicha compensación debe ajustarse a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional aplicable y sin perjuicio de otras vías de recurso disponibles en virtud de las normas de protección de los consumidores”.

⁶⁸ Véanse las definiciones de “destinatario activo de una plataforma en línea” (art. 3 letra p) y “destinatario activo de un motor de búsqueda en línea” (art. 3 letra q) respectivamente.

⁶⁹ P. DE MIGUEL ASENSIO. Entrada del blog 1 de diciembre de 2022 titulada “Reglamento de Servicios Digitales (VII): supervisión y aplicación” (pedrodemiguelasensio.blogspot.com).

⁷⁰ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 RSD.

⁷¹ Sobre los fueros especiales del RPGD, véase, P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 2, 2024, pp. 487-500, en particular, pp. 492-496.

Por lo tanto, será necesario recurrir a las normas de Derecho internacional privado⁷² para determinar el tribunal internacionalmente competente que conocerá de las acciones de reclamación por los daños y perjuicios causados por una supuesta infracción del Reglamento (UE) de servicios digitales por parte del intermediario de las obligaciones establecidas en esta normativa. En síntesis, el Reglamento Bruselas I bis.

45. Al hilo de lo anterior, cabe referirse, por último, a las primeras resoluciones judiciales en el marco de la aplicación privada del Reglamento (UE) de servicios digitales.

En lo que concierne a las acciones colectivas, el pasado 12 de septiembre el Tribunal Regional Superior de Fráncfort dictó la primera condena por infracción del Reglamento (UE) de servicios digitales. La demanda fue interpuesta por una asociación de consumidores alemana, que lucha contra las prácticas comerciales desleales, contra la plataforma digital Temu, un mercado en línea con más de 75 millones de usuarios mensuales. Esta plataforma ofrece grandes descuentos en sus productos a los consumidores de diferentes países y envía los productos directamente desde China, siendo demandada por incumplir el artículo 30 del Reglamento (UE) de servicios digitales⁷³. Concretamente por no garantizar una adecuada trazabilidad de los comerciantes que operan en su plataforma, por emplear prácticas manipuladoras y por la falta de transparencia en los sistemas de recomendación de los productos.

Y por lo que respecta a una acción a título individual, el pasado 5 de julio de 2024 se dictó la primera resolución. El Tribunal de Distrito de Ámsterdam condenó a la plataforma X por infracción de las obligaciones impuestas en el Reglamento (UE) de servicios digitales, en concreto la demanda analizó la infracción de los artículos 12 y 17 al no designar un único punto de contacto para los destinatarios de sus servicios y ocultar silenciosamente la cuenta de un usuario de las sugerencias de búsqueda (técnica conocida como *shadow banning*) respectivamente⁷⁴.

2. Disposiciones de obligada observancia con respecto a la moderación de contenidos en el Reglamento (UE) de servicios digitales

46. La práctica de moderar la difusión de contenidos nocivos e ilegales por las plataformas en línea y buscadores es habitual desde hace más de una década. Si bien es cierto que ni la Directiva sobre el comercio electrónico ni el Reglamento (UE) de servicios digitales imponen explícitamente esta obligación⁷⁵, resulta relevante subrayar que otras legislaciones sectoriales recientes adoptadas en el ámbito de la Unión Europea sí establecen este requerimiento⁷⁶.

47. El artículo 7 del Reglamento (UE) de servicios digitales fomenta la seguridad jurídica de los intermediarios que voluntariamente implementen mecanismos para detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o inhabilitar el acceso a los mismos de sus servicios, en la medida en que no perderán su inmunidad si estas investigaciones voluntarias se llevan a cabo de buena fe y con diligencia⁷⁷. Sin

⁷² Es importante tener en cuenta, al respecto, el cdo. n.º 10 RSD que establece que: “el presente Reglamento también ha de entenderse sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado, en particular las relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, y a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales” y el cdo. n.º 126 RSD que “las normas del presente Reglamento sobre el reparto de competencias deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones del Derecho de la Unión y de las normas nacionales de Derecho internacional privado relativas a la competencia judicial y a la ley aplicable en materia civil y mercantil, como las acciones emprendidas por consumidores ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que estén domiciliados de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión”.

⁷³ Según puede leerse en la noticia publicada en la página <https://www.wettbewerbszentrale.de/dsa-verfahren-temu-verpflichtet-sich-zur-unterlassung/>

⁷⁴ ECLI:NL:RBAMS:2024:3980 - Rechtbank Amsterdam, 05-07-2024/10767307 CV FORM 23-13934.

⁷⁵ Hubiera sido contrario al art. 15 DCE, actualmente art. 8 RSD sobre la obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos en la red.

⁷⁶ Como el controvertido art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. DO L 130 de 17.5.2019, p. 92/125.

⁷⁷ El art. 7 RSD recoge, en similares términos, la protección del buen samaritano de la sección 230 de la *Communications*

embargo, al implementar estas herramientas algorítmicas para la moderación proactiva de contenidos, es fundamental garantizar que “la tecnología de que se trate tenga la fiabilidad suficiente para limitar en la mayor medida posible el porcentaje de errores”⁷⁸.

Explícitamente está reconociéndose la existencia de un margen de error en los algoritmos. Y aunque resulte positivo que se incorpore la consideración de una tasa de error en los modelos algorítmicos, conforme apunta alguna voz, su implementación debería ser más ambiciosa y superar esta recomendación relativamente imprecisa⁷⁹.

48. En mi opinión, este impulso legal en la salvaguarda de quienes implementen estas herramientas de moderación de contenido en aras de una sociedad digital más segura, predecible y digna de confianza es muy conveniente para reforzar su seguridad jurídica.

49. En cuanto a las disposiciones de obligada observancia con respecto a la moderación de contenidos en línea, conforme se ha avanzado, están esencialmente relacionadas con el deber de transparencia, información y rendición de cuentas.

En este sentido, la falta de transparencia de las plataformas en línea en relación con algunas de sus prácticas representa una inquietud del legislador de la Unión, ya que estos actores privados regulan el acceso y el servicio de millones de usuarios de la red a través de las condiciones generales (y/o las directrices) del servicio, ampliamente aceptadas sin margen para la negociación y con cierto grado de opacidad, de ahí su interés por comprender y supervisar las acciones que realizan estos actores digitales, fundamentales en la actividad económica, social o cultural de la Unión, para evitar cualquier resultado injusto o arbitrario asociado a su poder⁸⁰.

50. Es cierto que la mayor parte de estos titanes tecnológicos publican desde hace tiempo sus directrices o políticas internas, pero la crítica en buena medida reside en la falta de precisión, de ahí que esta nueva normativa tenga por objeto reforzar la exigencia de claridad de las políticas internas de los servicios digitales y también su fácil accesibilidad.

51. Por este motivo, el legislador de la Unión centra la atención en las condiciones generales⁸¹ de los servicios digitales, haciendo hincapié en que se redacten en un “lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible por máquina” la información relacionada con cualquier restricción que se imponga en relación con el uso del servicio de la información facilitada por el destinatario. Esta información, se enfatiza en particular, incluirá “datos sobre cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos”⁸².

Decency Act estadounidense. Un análisis de esta disposición y su jurisprudencia, véase, J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información en la sección 230 de la *Communications Decency Act* estadounidense”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2015, n.º 39, pp. 175-194.

⁷⁸ Así lo puntualiza el cdo. n.º 26 RSD.

⁷⁹ Conforme señala F. G’SELL, “The Digital Services Act: A General Assessment” en A. UNGERN-STERNBERG (ed.), *Content Regulation in the European Union. The Digital Services Act*, vol. 1, Verein für Recht und Digitalisierung e.V, Trier, 2023, p. 92.

⁸⁰ Es importante puntualizar que la libertad contractual de estos actores digitales para fijar las condiciones generales de sus servicios se ve limitada en la medida que, según el cdo. n.º 45 RSD, “es oportuno establecer determinadas normas sobre el contenido, la aplicación y la ejecución de las condiciones generales de dichos prestadores por motivos de transparencia y protección de los destinatarios del servicio y para evitar resultados injustos o arbitrarios”.

⁸¹ Definidas como “todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio” en el art. 3 letra u) RSD. Como se ha subrayado, la relación contractual entre el servicio digital y el destinatario del servicio queda incorporada en las condiciones generales usualmente determinadas de forma unilateral por el servicio intermediario y aceptadas por el usuario con un simple clic (esto es: el consentimiento dado por los usuarios de la mayoría de las aplicaciones, redes sociales y demás sitios web suele darse generalmente por medio del *click-wrap agreement* y del *browse-wrap agreement*) sin una lectura previa, razón por la que resulta ciertamente deseable una mayor claridad de la caja negra de los intermediarios. Sobre este aspecto, con mayor profundidad, véase J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Interrelación del Reglamento”, cit. (versión digital).

⁸² Art. 14.1 RSD.

52. Junto a estas obligaciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, se configuran dos obligaciones más en materia de información y transparencia de las condiciones generales por el particular papel y alcance⁸³ de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño: facilitar “un resumen sucinto, fácilmente accesible y legible por máquina de las condiciones generales, incluidas las medidas correctivas y los mecanismos de recurso disponibles, en un lenguaje claro e inequívoco⁸⁴” y “publicar sus condiciones generales en todas las lenguas oficiales de todos los Estados miembros en los que presten sus servicios”⁸⁵.

53. Asimismo, el prestador del servicio de alojamiento de datos que aplique alguna restricción sobre la visibilidad del contenido (o información), la suspensión del servicio o de la cuenta del destinatario del servicio, tiene la obligación de informarle de forma clara y específica los motivos y las medidas aplicadas⁸⁶. En relación con la información requerida en la declaración de motivos, es relevante especificar si esta decisión ha sido adoptada sobre la base de investigaciones por propia iniciativa de carácter voluntario, así como información sobre el uso de medios automatizados para adoptar la decisión, incluida si la decisión se ha adoptado respecto de contenidos detectados o identificados u ilizando medios automatizados⁸⁷.

54. En mi opinión, este principio de transparencia contribuye la mejora de la confianza de los usuarios en el ecosistema digital y conduce a la buena gobernanza digital, de modo que esta información incluida en las condiciones generales de los servicios digitales aporta seguridad jurídica y previsibilidad. Y toda acción frente a ellos debe estar rigurosamente fundamentada en este, *mutatis mutandis*, principio de legalidad.

55. Unido a lo anterior, uno de los aspectos más relevantes posiblemente sea la obligación de transparencia informativa de todos los intermediarios, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento (UE) de servicios digitales, materializada en publicar anualmente informes legibles por máquina y de fácil acceso en el que se detalle cualquier actividad de moderación de contenidos durante ese periodo de tiempo.

Estos informes deberán incluir, en particular, información clara y fácilmente entendible sobre la moderación proactiva de contenidos, debiendo explicar cómo utilizan las referidas herramientas automatizadas, además de dar cuenta detallada sobre el uso de estos medios automatizados (incluida “la posible tasa de error de los medios automatizados para cumplir dichos fines”⁸⁸).

⁸³ Cdo. n.º 48 RSD.

⁸⁴ De acuerdo con el apdo. 5 del art. 14 RSD y añade el cdo. n.º 48 que “[...] en dichos resúmenes se deben indicar los principales elementos de las obligaciones de información, incluida la posibilidad de excluir fácilmente las cláusulas opcionales”.

⁸⁵ Vid. art. 14.6 RSD.

⁸⁶ La decisión del prestador del servicio de retirar o bloquear el acceso a la información publicada en la red por un usuario, la de suspender, cesar o suprimir la prestación del servicio o la cuenta del usuario por infringir las directrices o políticas internas de la plataforma sin ofrecer mayor argumento e información al respecto son prácticas frecuentes en estos últimos años. Frente a estas situaciones, el legislador de la Unión diseña estas disposiciones basadas en la transparencia y en la protección de los derechos fundamentales de los usuarios en la red precisamente para evitar, en lo posible, un trato injusto o arbitrario con respecto a la decisión que tome la plataforma en línea y disponer el usuario, en su caso, de garantías procedimentales contra la misma. Amén de la referida información preceptiva en las condiciones generales, se configuran derechos procesales al usuario como el derecho a recibir información sobre la restricción mediante la motivación de su decisión (i.e. declaración de motivos que la justifique) junto con información sobre las posibles vías para recurrirla. Sobre una detallada valoración de los derechos procesales y garantías procedimentales de los usuarios del servicio, véase: P. LLOPIS NADAL, “Plataformas en línea y decisiones sobre contenidos: el sistema interno de reclamación y la resolución extrajudicial de litigios como vías de impugnación reguladas en la Ley de Servicios Digitales”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ, L. C. MATE SATUÉ, y M. T. ALONSO, *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales* (ed.) Colex, 2023, pp. 150-169; G. PALAO MORENO, “Las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos en el nuevo reglamento europeo de servicios digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (Dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea* Aranzadi, 2024 (versión digital); R. PLÁ ALMENDROS, “Los ADR en el reglamento de servicios digitales”, en S. BARONA VILAR (ed.), *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 571-598.

⁸⁷ Vid. apdo. primero y tercero letras c) del art. 17 RSD.

⁸⁸ Esto es, aquellas medidas que adopten para proporcionar formación y asistencia a quienes se encarguen de la moderación de contenidos y las restricciones del servicio, entre otras. Véanse conjuntamente los apdos. c) y e) del art.15.1 RSD.

56. Unas obligaciones de transparencia informativa y rendición de cuentas que se ven incrementadas a las plataformas en línea de muy gran tamaño y a los motores de búsqueda de muy gran tamaño⁸⁹. En tal sentido, deben publicar informes de transparencia dos veces al año en el que se indique información pertinente sobre los recursos de moderación de contenidos y cualificación de sus moderadores, además de facilitar al regulador el acceso a todos estos datos para comprobar el cumplimiento de las disposiciones del Reglamento⁹⁰. Sin duda alguna, toda esta información contribuye al enriquecimiento y actualización de la base de datos (*DSA Transparency Database*).

3. Comportamiento responsable y diligente frente al riesgo sistémico, pero ¿quién?

57. El Reglamento (UE) de servicios digitales establece una política innovadora al atribuir a los intermediarios la responsabilidad de salvaguardar un entorno en línea seguro, predecible y confiable, instándoles a adoptar un comportamiento responsable y diligente⁹¹.

A tal efecto, el legislador de la Unión considera oportuno establecer adicionalmente un estándar más alto a las plataformas en línea de muy gran tamaño y a los motores de búsqueda de muy gran tamaño (sección 5ª, artículos 33 a 43), ya que el número de usuarios que utilizan estos servicios pueden plantear especiales riesgos.

58. Se trata ciertamente de un enfoque basado en el riesgo: estos gigantes tecnológicos pueden ejercer una fuerte influencia social -incluso desproporcionada- en la Unión Europea, motivo por el cual resulta necesario someterlos a un exigente régimen de evaluaciones y toma de medidas para mitigar cualesquiera de los riesgos sistémicos⁹².

59. Con este fin, se establece un sistema de gestión de riesgos que consta dos obligaciones: de un lado, se les encomienda a analizar y evaluar de forma diligente cualquier riesgo sistémico en la Unión Europea derivado del diseño o del funcionamiento de sus servicios y los sistemas utilizados con estos, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios⁹³. De otro lado, a implementar una serie de medidas con el fin de disminuir estos riesgos sistémico ⁹⁴.

⁸⁹ Art. 42 RSD.

⁹⁰ Tal y como indica el art. 40.1 RSD. Amén del regulador, el acceso de estos datos puede extenderse a investigadores autorizados. Sobre este aspecto, véase A. GASCÓN MARCÉN, “Acceso de los investigadores a los datos de las plataformas según la DSA”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024 (versión digital).

⁹¹ Cdo. n.º 76 RSD.

⁹² Conforme a los cdos. n.º 80 a 83 RSD, los riesgos sistémicos se refieren a los riesgos asociados a la difusión de contenidos ilícitos; a los efectos reales o previsibles del servicio para el ejercicio de los derechos fundamentales; también aquellos se refiere a los efectos negativos reales o previsibles sobre los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública y las relacionadas con el diseño, el funcionamiento o la utilización, también mediante la manipulación, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, con un efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género.

⁹³ A tenor del art. 34 RSD. En síntesis, esta evaluación se realizará, al menos, una vez al año y “será específica de sus servicios y proporcionada a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad, e incluirá los siguientes riesgos sistémicos: a) la difusión de contenido ilícito a través de sus servicios; b) cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales [...]; c) cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública; d) cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona”. Señala F. G’SSELL, “The Digital Services Act”, cit., p. 114 que “la definición de riesgos sistémicos del apartado 1 del artículo 34 es particularmente amplia y vaga. Por ejemplo, cualquier cosa que pueda menoscabar los derechos fundamentales podría considerarse un riesgo sistémico, lo que implica que cualquier tipo de contenido podría vincularse a dicho riesgo. Esto crea una gran incertidumbre sobre lo que las plataformas, los investigadores y los reguladores podrían clasificar como riesgos sistémicos. Una interpretación global de los “riesgos sistémicos” podría dar lugar a la aparición de una categoría “gris” de contenidos que no son explícitamente ilegales pero que se consideran indeseables por su potencial para crear riesgos sistémicos. Además, la creación de esta categoría “gris”, a medio camino entre lo ilegal y lo legal, representa una amenaza real para la libertad de expresión”.

⁹⁴ Según el art. 35 RSD. Estas medidas de detección deben ser razonables, proporcionadas y efectivas, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos en liza.

60. Y por lo que interesa al objeto de este estudio, los gigantes tecnológicos deben evaluar los riesgos asociados con sus métodos de moderación de contenidos, incluido los aspectos con la ampliación de contenidos y el diseño de sus algoritmos de recomendación. Es esencial que realicen un análisis de cómo estas prácticas impactan en el discurso cívico, los procesos electorales, la salud pública y la seguridad.

61. Sin embargo, estos sistemas de gestión de riesgos sistémicos plantean objeciones tanto por el amplio margen de discrecionalidad que el Reglamento otorga a estos actores digitales como por el poder de control que concentra la Comisión Europea⁹⁵.

62. Con respecto a la falta de concreción del término contenido ilícito⁹⁶, constituye una cuestión controvertida para abordar los riesgos sistémicos porque, como se ha referido⁹⁷, se permite cierto grado de flexibilidad a estos actores digitales para establecer en las condiciones generales las conductas para evaluar el posible riesgo de su difusión.

Y tampoco se ve beneficiada esta función de la evaluación del riesgo por el hecho de que estos operadores tecnológicos deban dirigir su atención también a “*la información que no sea ilícita, pero que contribuya a los riesgos sistémicos identificados en el presente Reglamento*” incluyendo en este punto aquellos “*contenidos incorrectos o engañosos, incluida la desinformación*”⁹⁸, esto es: contenidos nocivos o con efectos negativos.

63. Es innegable que los servicios digitales desempeñan un papel esencial en la difusión de información y están en una posición privilegiada para abordar los riesgos sistémicos.

Ahora bien, a mi parecer, es ciertamente preocupante que la determinación de lo que constituye el carácter nocivo de un contenido recaiga exclusivamente en estas empresas privadas -o más específicamente, en sus algoritmos-, ya que puede incentivar o motivar la eliminación de estos contenidos (¿promover la censura?) con el fin de reducir los riesgos, legitimadas por la propia normativa⁹⁹.

64. Con este margen de discrecionalidad para determinar el contenido que puede estar en la red – sea lícito, pero se entienda que contribuye al riesgo–, se permite a estos sujetos privados seguir disponiendo del control del discurso en el ecosistema digital, respaldado en este caso por las autoridades públicas; aun cuando reiteradamente se haga hincapié en el Reglamento en la obligación de proceder de manera no arbitraria y no discriminatoria, así como en la necesidad de tener en cuenta los derechos e intereses legítimos de los destinatarios del servicio, incluidos los derechos fundamentales amparados por la Carta¹⁰⁰.

65. Y con respecto al poder de control que concentra la Comisión Europea, de acuerdo con el artículo 56 del Reglamento (UE) de servicios digitales, se materializa en supervisar y hacer cumplir estas disposiciones dirigidas a las plataformas en línea de muy gran tamaño y a los motores de búsqueda de muy gran tamaño.

⁹⁵ Ampliamente tratado por I. REIG FABADO, “Las VLOPS y los riesgos sistémicos en la DSA: algunos aspectos problemáticos”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024 (versión digital).

⁹⁶ Definido “contenido ilícito” en la letra h) del artículo 3 del RSD como “toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho”. Aunque ciertamente puede hablarse de un contenido ilícito armonizado, como el contenido terrorista, la incitación ilegal al odio (racismo y xenofobia) en línea, etc. Véase la Recomendación (UE) 2023/2425 de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, sobre la coordinación de las respuestas a incidentes, en particular, derivados de la difusión de contenidos ilegales, antes de la plena entrada en aplicación del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (Ley de Servicios Digitales) (notificado en virtud del documento C (2023) 7170). DO L, 2023/2425, 26.10.2023 y la normativa indicada (en especial, en el párrafo 11 y 13).

⁹⁷ Ya que, recuérdese, es una cuestión que depende del derecho material aplicable al fondo de la controversia y una forma de sortear este aspecto es fijando en las políticas o directrices del servicio digital los comportamientos pueden realizarse (con independencia del carácter lícito o ilícito), *vid supra* párrafo 17.

⁹⁸ Cdo. n.º 84 RSD.

⁹⁹ J. BARATA MIR, “Libertad de expresión y moderación privada de contenidos”, *Teorder*, 2022, n.º 32, pp. 99 y 100.

¹⁰⁰ Cdos. n.º 47 y 79 RSD.

66. En el ámbito de los sistemas algorítmicos, en particular, este poder de la Comisión se manifiesta en la facultad para realizar las inspecciones necesarias en las instalaciones del operador tecnológico, pudiendo exigir acceso a aspectos relacionados con la organización, el funcionamiento, el sistema informático y los algoritmos, así como solicitar explicaciones y formular preguntas al personal clave del gigante digital¹⁰¹.

67. A mi modo de ver, la Comisión dispone de *carta blanca* a partir de ahora para analizar estos algoritmos¹⁰². En cualquier caso, todas estas funciones de ejecución y supervisión de la Comisión se verán facilitadas indudablemente por la tarea que desempeña el Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica.

68. Por último, cabe referirse a una cuestión igualmente compleja: la facultad de la Comisión de emitir directrices y recomendaciones específicas sobre riesgos sistémicos concreto ¹⁰³.

Si bien esta medida, que viene realizándose en estos últimos años, representa un avance positivo, la preocupación de esta estrategia aplicada para mitigar determinados riesgos viene porque pueda percibirse como una imposición de normas de comportamiento vinculantes a las plataformas en línea de muy gran tamaño y a los motores de búsqueda de muy gran tamaño.

Con estas acciones, la Comisión podría, de manera indirecta, ejercer un control sobre comportamiento de los usuarios en la red del que carece. De ahí mi interrogante de quién debería exhibir un comportamiento responsable y diligente en este contexto digital: si los referidos actores (privados) tecnológicos o las autoridades (públicas) europeas.

IV. Reflexión final

69. El Reglamento (UE) de servicios digitales es un importante eslabón en la regulación de la moderación de contenidos en internet. Con medidas asimétricas de obligada observancia a los intermediarios -construidas esencialmente sobre la base del principio de la transparencia, información y rendición de cuentas- suponen un acierto para promover entornos digitales más seguros y respetuosos, al mismo tiempo que refuerzan la confianza de los usuarios en el ecosistema digital.

70. Era necesario establecer, en mi opinión, un mayor control democrático sobre las actividades realizadas por estas multinacionales tecnológicas para contrarrestar la creciente privatización y automatización del control del discurso en línea y situar, así, al usuario en el centro de la transición digital.

71. El empleo de la inteligencia artificial en la innovadora política establecida en el Reglamento (UE) de servicios digitales, que atribuye a las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño la responsabilidad de salvaguardar un entorno en línea seguro, predecible y confiable, instándoles a adoptar un comportamiento responsable y diligente, desempeña un papel fundamental para detectar, restringir y eliminar con rapidez aquellos contenidos que pudieran ser ilícitos, nocivos o dañinos.

72. Es necesario, no obstante, abordar con reserva estos sistemas algorítmicos en la moderación de contenidos, ya que, como expresamente lo reconoce el legislador de la Unión, pueden cometer erro-

¹⁰¹ Art. 69 *in fine* RSD. Así como puede ordenarles que proporcionen acceso a sus bases de datos y algoritmos, y explicaciones al respecto como acción necesaria para la vigilancia, de acuerdo con el art. 72 RSD.

¹⁰² Tal y como hiciera previamente en el caso Google Shopping (AT.39740 de 27 de junio de 2017), donde examinó el algoritmo del buscador y constató su manipulación para beneficiar a Google Shopping en perjuicio de otros sitios de comparación.

¹⁰³ Como las Directrices para plataformas en línea de muy gran tamaño y a los motores de búsqueda de muy gran tamaño sobre la mitigación de los riesgos sistémicos para los procesos electorales publicadas el 26 de marzo de 2024 y con orientaciones para las elecciones al Parlamento Europeo del pasado mes de junio o la Recomendación (UE) 2024/915 de la Comisión de 19 de marzo de 2024 sobre medidas destinadas a luchar contra la falsificación y a reforzar la observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

res y carecen de suficiente transparencia, de modo que puede acarrear un efecto negativo en los derechos y libertades constitucionalmente protegidos de los usuarios en la red (y de la sociedad en su conjunto).

Y tampoco debe pasarse por alto la importancia de que sea un algoritmo, desarrollado por empresas privadas con fuertes objetivos económicos, que estructuran sus políticas para atraer una mayor audiencia y mantener la atención de sus usuarios, el encargado de la visibilidad de los contenidos e información en la red.

73. Mas allá del notable esfuerzo que representa este *new deal* tecnológico, es importante reflexionar sobre cómo estas tecnológicas abordan los riesgos sistémicos, porque no solo se enfrentan al desafío de disminuir la presencia de contenido ilícito en la red, sino también de restringir aquellos contenidos que puedan ser nocivos (o con efectos negativos), cuando la naturaleza de esta calificación recae ciertamente en estos actores privados. Y la experiencia evidencia el fomento de la censura para mantener su exención de responsabilidad.

74. Por ello, alcanzar un equilibrio entre la protección de los derechos y libertades de los usuarios y de la sociedad en su conjunto, los objetivos económicos de estas multinacionales tecnológicas y la reducción de contenido ilícito, dañino o nocivo en la red parece ser un objetivo difícil de alcanzar.

Efectos patrimoniales de las uniones familiares y cuestiones vinculadas desde una perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español: la atribución del uso del domicilio familiar tras la disolución*

Property effects of couples and connected issue from a european and spanish PIL: the use of the family home after the breakout

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesor contratado doctor (Acr. PTU) en Derecho internacional privado
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)
Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*

Recibido: 09.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9332

Resumen: El presente estudio aborda una de las cuestiones más complejas en la práctica transfronteriza cuando se trata de rupturas de pareja: la atribución del uso o destino de la vivienda familiar y su posible catalogación dentro del ámbito material de aplicación de los distintos instrumentos y textos convencionales presentes en el marco del Derecho patrimonial de familia. La calificación previa de esta cuestión resulta determinante para localizar el concreto sistema de DIPr aplicable. La aparición en el contexto de la Unión Europea de dos instrumentos en el marco de los efectos patrimoniales de las uniones, esto es, los respectivos Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, abre la puerta a su posible inclusión dentro del concepto autónomo de régimen económico. No obstante, esta afirmación no es automática en función de los factores concretos concurrentes en cada caso. Al margen quedan los supuestos vinculados a las uniones de hecho no registradas, que quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento 2016/1104. En este trabajo se tratará de exponer los distintos supuestos que en la práctica pudieran plantearse para concretar los sistemas de DIPr aplicables, así como ofrecer propuestas de soluciones que garanticen, en la medida de lo posible, una aproximación unificada que coadyuve con el deseado objetivo de seguridad jurídica y consecuente de previsibilidad sobre la base de los instrumentos vigentes.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales uniones de hecho registradas, uniones matrimoniales, uniones de hecho registradas, uniones de hecho de facto, DIPr, Reglamento 2016/1103, Reglamento 2016/1104, vivienda familiar, alimentos.

Abstract: This paper addresses one of the most complex issues in cross-border practice when it comes to couple's breakout: the attribution of the use or destination of the family home. The classification of this essential aspect of the couple's lives can fall in the material scope of the different legal instruments and conventional texts on family property law. This characterisation is decisive to identify the specific PIL sources. In the European Union context, two instruments are in the spectrum: the recitals of Regulations 2016/1103 and 2016/1104 provide with the possibility of including the use of the family home within the autonomous concept of property regime. However, this assertion is not automatic depending on the specific factors involved in each case. In any case, this does not apply to unregistered partnerships, which fall outside the subjective scope of Regulation 2016/1104. This paper tries to present the different scenarios that could arise in practice

*Esta publicación es parte del proyecto "El Derecho del comercio internacional en la era de la economía digital y las guerras comerciales" (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. PID2020-113968RB-I00).

to carry out the operation of localisation of the PIL system, as well as to propose solutions that, based on the instruments in force, guarantee, as much as possible, a unified approach that contributes to the desired objective of legal certainty and predictability.

Keywords: matrimonial property regimes, property consequences of registered partnerships, marriage, non-matrimonial relationships, Private international law (PIL), Regulation (EU) 2016/1103, Regulation (EU) 2016/1104, family home, maintenance obligations.

Sumario: I. Planteamiento. II. Marco jurídico de DIPr de los efectos patrimoniales de las parejas. 1. El régimen europeo: entre el R.2016/1103 y el R.2016/1104. A) Problemas de delimitación de la condición subjetiva de aplicación. B) Ámbito material: las reglas sobre el uso del domicilio familiar como normas relativas a las relaciones patrimoniales. 2. Sistema de fuente interna español como subsidiario. III. La atribución del domicilio familiar tras la ruptura: entre el régimen económico de la pareja y las obligaciones de alimentos. 1. Opciones de los instrumentos europeos: uniones registradas y relaciones matrimoniales. A) La protección de la vivienda como norma de policía en los Reglamentos. B) Posible entrada en juego de las normas sobre alimentos. a) Pactos previos sobre la vivienda familiar. b) El régimen especial de protección de la vivienda tras la disolución. 2. Uniones de hecho no formales: establecimiento del sistema DIPr. VI. Conclusiones

I. Planteamiento

1. No es ajeno a la práctica litigiosa la constatación de una creciente internacionalización de las relaciones personales. Esta realidad se justifica, entre otras circunstancias, por la libre circulación de los ciudadanos dentro de la Unión Europea, así como la entrada de nacionales de terceros Estados dentro del espacio común. Este contexto propicia un aumento del número de uniones internacionales -matrimoniales y de hecho-, en los que las parejas son de distinta nacionalidad, tienen distintas residencias habituales o bien poseen bienes ubicados en distintos Estados. Todo ello exige una reglamentación adecuada a las cuestiones vinculadas con este fenómeno social, en particular, en lo que respecta a los efectos económicos de esas uniones transfronterizas, materia en la que existen más que significativas divergencias legislativas incluso entre los propios Estados miembros¹.

2. Dentro del complejo y amplio sector del Derecho patrimonial de familia, las cuestiones de carácter económico de las uniones matrimoniales y uniones de hecho (ya sean de *facto* o formales-registradas en este último caso) son el ámbito donde los litigios transfronterizos manifiestan mayor relevancia desde la perspectiva del Derecho internacional privado (DIPr), en particular, cuando estas uniones se disuelven². Se trata de una materia transversal, vinculada con otras instituciones como son, a modo de ejemplo, los derechos reales (respecto de la naturaleza de los bienes de los miembros de la unión, de carácter privativo o común), el Derecho de familia (al ser consecuencia de la celebración de un matrimonio o constitución de una unión civil, o de su disolución), el Derecho de obligaciones (en la medida que las partes puede realizar acuerdos o capitulaciones en esta materia), el Derecho registral (o de publicidad en la materia, al ser necesario en numerosos Estados el acceso de los regímenes económicos a los registros públicos) o incluso del Derecho de sucesiones (en la medida que sería preciso coordinar la liquidación del régimen económico existente matrimonial o de la unión civil con la de la herencia de la parte fallecida)³.

¹ Sobre el particular, en profundidad, un análisis de Derecho comparado y en especial en el sistema español, véase A. RODRIGUEZ BENOT; C. HORNERO MÉNDEZ, (Dir.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de derecho interno comparado e internacional*, Ed. Aranzadi, 2024.

² La institución del régimen económico del matrimonio -y paralelamente los eventuales regímenes de las uniones de hecho- se manifiesta como una de las más complejas jurídicamente, tanto desde el punto de vista interno como internacional. En mayor medida las uniones de hecho, por cuanto que es posible que no sea reconocida la existencia de propia unión con efectos jurídicos en algunos ordenamientos nacionales, incluso registradas, y por consiguiente tampoco efectos patrimoniales de esa unión. Un análisis de Derecho comparado europeo sobre la reglamentación (o ausencia de ella) de las uniones registradas puede verse en M. GARRIDO MELERO, "Las uniones registradas en el ámbito del Reglamento europeo 2016/1104, del Consejo, del 24 de junio", en Á. SERRANO DE NICOLÁS, (Coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Marcial Pons, 2020, pp. 49-72, en esp. pp. 65-67.

³ Sobre esta última cuestión puede verse, I.A. CALVO VIDAL, *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios*

El particular objeto de este estudio se localiza en una de las cuestiones que pueden resultar más complejas en la práctica transfronteriza en cuanto a la localización del sistema de DIPr aplicable dentro del ámbito de las relaciones patrimoniales internas entre parejas, con significativas consecuencias en función del sistema finalmente escogido. La pretensión sobre el uso o atribución de la vivienda familiar en el momento de la ruptura de la unión, y su posible catalogación dentro del ámbito material de los distintos instrumentos y textos convencionales presentes en el ámbito del DIPr, es la cuestión elegida.

3. Entre las iniciativas legislativas de la UE en este ámbito, destaca la aprobación de dos instrumentos específicamente en el marco de los efectos patrimoniales de las uniones matrimoniales y uniones de hecho registradas: los Reglamentos 2016/1103⁴ (en adelante, R.2016/1103) y 2016/1104⁵ (en adelante, R.2016/1104). En virtud de estos dos textos, para aquellos supuestos cubiertos, se abre la puerta a la posible inclusión de la cuestión del uso/atribución de la vivienda familiar dentro del concepto autónomo de régimen económico; en particular, por su referencia expresa en sus Considerandos en relación con las normas (imperativas del foro) sobre protección del hogar familiar (Considerandos 53 R.2016/1103 y 52 R.2016/1104). No obstante, esta afirmación ha de matizarse en función de los factores concretos concurrentes en cada caso, no siendo tan sencilla la solución propuesta por no ser aplicable de manera automática en todos los supuestos cubiertos -objetivamente- por los instrumentos. Entre las circunstancias que pueden condicionar esta aplicabilidad podría referirse la titularidad del inmueble y el momento de adquisición de la vivienda, que finalmente se configurará como hogar de la unidad familiar, e incluso la concurrencia de pactos previos a la constitución del vínculo acordados por las partes sobre esta cuestión económica concreta -típicamente de atribución o renuncia-. Por otro lado, esta eventual solución (su inclusión dentro del régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de la unión) no puede en ningún caso extrapolarse a aquellos supuestos no cubiertos por los instrumentos europeos; así resulta respecto de las uniones de hecho no registradas o *de facto*, ya que quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento 2016/1104.

Consecuentemente, pese a la concurrencia de los instrumentos europeos -partiendo asimismo de su limitada aplicación-, esta cuestión sigue abierta. Caben distintas aproximaciones que por los operadores jurídicos pueden realizarse para concretar el sistema de DIPr aplicable (para resolver las distintas cuestiones: determinación de los tribunales nacionales competentes y localización del Derecho sustantivo aplicable al fondo); desde su consideración como cuestión cubierta por el régimen económico (y por lo tanto, sometida a la ley rectora del régimen económico) o como manifestación de un eventual derecho de alimentos entre las partes (regida por la ley aplicable a las obligaciones de alimentos). Esto conduce a una consecuente e indeseable falta de seguridad jurídica en la resolución de este tipo de pretensiones en función de dónde se planteen. En este trabajo se tratará de exponer los distintos supuestos que en la práctica pudieran plantearse para realizar esa la operación de localización de sistema de DIPr; así como propuestas de soluciones que garanticen, en la medida de lo posible, una aproximación unificada que coadyuve con ese tan deseado objetivo de seguridad jurídica y consecuente de previsibilidad. Para conseguir este objetivo se partirá de la delimitación del posible marco jurídico aplicable a esta cuestión, desde su consideración como manifestación de los efectos patrimoniales de la unión -como aproximación más generalizada-, desde la perspectiva de DIPr europeo, de las normas convencionales y desde el punto de vista de la normativa española de fuente interna como sistema subsidiario. Posteriormente se analizará la cuestión concreta de la atribución del uso de la vivienda tras la disolución del vínculo desde la perspectiva de los instrumentos normativos vigentes, pivotando entre su posible consideración como cuestión

y uniones registradas y a las sucesiones en la UE, Ed. Bosh, 2023; J. M. FONTANELLAS MORELL, “La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103(2016/1104), en Á. SERRANO DE NICOLÁS (Coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104... ob. cit.*, pp. 191-222.

⁴ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DOUE-L-2016-81234

⁵ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DOUE-L-2016-81235

cubierta por el régimen económico o su inclusión dentro del concepto de alimentos desde una aproximación amplia de aquellos, para tratar de dar una solución lo más armonizada posible. Para ello se tendrá en consideración los distintos factores concurrentes en los casos litigiosos con elemento internacional, como son las circunstancias vinculadas a vivienda, la naturaleza de la unión en la que se integra la pareja, así como la incidencia de normas materiales imperativas nacionales de protección del hogar familiar.

II. Marco jurídico de DIPr de los efectos patrimoniales de las parejas

4. La reglamentación de los efectos patrimoniales de las uniones (típicamente matrimoniales) es una de las materias en las que puede encontrarse más disparidad en los sistemas jurídicos nacionales; lo que no es una excepción dentro de la UE. Desde el punto de vista sustantivo, los países establecen distintos regímenes económicos (incluso la ausencia de estos en sentido estricto⁶), con singularidades propias en lo que se refiere a la composición del patrimonio común adquirido durante la vigencia de la unión, la administración de los bienes integrantes, su liquidación, así como su asignación en caso de disolución⁷. A esto ha de añadirse el hecho de que cada Estado cuenta, en principio, con distintas normas de DIPr para determinar el tribunal competente, la ley aplicable y el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones en litigios sobre efectos patrimoniales o económicos de las uniones cuando concurra algún elemento extranjero o de internacionalidad. La consecuencia directa de estas distintas aproximaciones es el aumento de la incertidumbre e inseguridad jurídica para las parejas que integran estas uniones internacionales. Es en este contexto en el que nace la necesidad de al menos armonizar estas cuestiones de DIPr en esta específica materia dentro de la UE, justificando las iniciativas legislativas⁸ en las que se concretan los vigentes Reglamentos de 2016⁹. Se deja al margen la exigua unificación para la solución de ley aplicable conseguida por el Convenio de la Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales¹⁰, dado el número de Estados firmante¹¹ y las reservas y excepciones previstas a su aplicación por el texto convencional. Para aquellas uniones que no están cubiertas por el ámbito personal o subjetivo de aplicación de los Reglamentos europeos¹², esto es, en todo caso las uniones no formales o no registradas -conocidas como uniones de hecho de facto-, todas las cuestiones de naturaleza eco-

⁶ Como sería el caso del sistema inglés. A este respecto, en profundidad, véase A. YBARRA BORES, *Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*, Tirant Lo Blanch, 2024; *id.* “Los efectos patrimoniales del matrimonio en el sistema inglés”, en A. RODRÍGUEZ BENOT; C. HORNERO MÉNDEZ (Dir.), *Régimen económico matrimonial... ob. cit.*, pp. 59-98.

⁷ Sobre las distintas aproximaciones de la materia por los distintos Derechos nacionales, con especial referencia al continente europeo, véase E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008, Cap. IV, pp. 79-108.

⁸ La exclusión de los regímenes matrimoniales como materia de los instrumentos comunitarios adoptados hasta el momento de la adopción del Reglamento 2016/1103 (a excepción del limitado Convenio de La Haya de 1978) motivó la elaboración en 2006 del Libro Verde sobre el conflicto de leyes, como resumen comparativo de las normativas internas de los países miembros, germen de esta reglamentación posterior. Sobre esta evolución hasta la propuesta del Reglamento véase E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa...*, *ob. cit.*, pp. 17 y ss.

⁹ Cabe referir otras iniciativas, puramente académicas, que han tratado en este ámbito de conseguir cierta armonización desde el punto de vista del Derecho sustantivo en el contexto del Derecho europeo de familia. En este sentido, la labor realizada -aunque solo para uniones matrimoniales- por la Comisión de Derecho de familia Europeo (CEFL) mediante la creación de los Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, presentados en la 5ª Conferencia “Family Law in Europe: New developments, challenges and opportunities”, celebrada en la Universidad de Bonn entre los días 29 a 31 de agosto de 2013. Un análisis de las conclusiones alcanzada en este contexto en P. QUINZÁ REDONDO; J. GRAY, “La Comisión de Derecho de familia europeo y la armonización del régimen económico matrimonial. conclusiones de la 5ª conferencia “family law in europe: new developments, challenges and opportunities”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 809-816. En cualquier caso, estos principios no son vinculantes siendo meras recomendaciones.

¹⁰ Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales.

¹¹ Solo son tres Estados parte contratantes por ratificación: Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Texto convencional que entró en vigor el 1º de septiembre de 1992.

¹² Cuestión que no es tan sencilla de resolver incluso en relación con uniones válidamente registradas cuando el foro sea un Estado miembro distinto del de constitución; dada la indefinición de uniones de hecho registradas por la que opta el Reglamento 2016/1104. Sobre esta cuestión, en profundidad, véase, M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º. 35, 2018

nómica o patrimonial que se susciten entre las partes deberán resolverse de conformidad con el sistema de DIPr de fuente interna del Estado miembro del foro -siendo el español el que se hará referencia en este estudio a efectos comparativos-. Asimismo, las cuestiones de carácter patrimonial vinculadas a las uniones que quedan fuera de los Reglamentos europeos de 2016, en la medida que encajen dentro de otros instrumentos europeos o convencionales, en su caso -como son las obligaciones de alimentos-, resultarán de aplicación prioritaria respecto de los sistemas nacionales.

1. El régimen europeo: entre el R.2016/1103 y el R.2016/1104

5. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 para los litigios transfronterizos sobre efectos patrimoniales de las uniones matrimoniales y las uniones registradas, son de aplicación desde el pasado 29 de enero de 2019¹³ para los Estados miembros vinculados¹⁴. Pese al avance que estos suponen para la solución uniforme desde el punto de vista del DIPr en esta materia dentro de la Unión, su alcance resulta bastante limitado; no sólo por la técnica legislativa elegida: la cooperación reforzada, sino por las exclusiones contenidas de sus ámbitos de aplicación. En términos generales, los Reglamentos de 2016 unifica (para los Estados miembros vinculados) las normas de competencia, las normas de ley aplicable y las de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial, por un lado¹⁵, y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, por otro¹⁶. En lo que respecta a las uniones no matrimoniales, quedan excluidas del R.2016/1104 las uniones de hecho no registradas; por lo que los eventuales litigios relativos a los efectos patrimoniales de ese tipo de unión civil caen fuera de su ámbito de aplicación. Igualmente quedan fuera aquellas otras cuestiones patrimoniales no vinculadas propiamente al régimen económico de la unión matrimonial o registrada¹⁷; así como las cuestiones sustantivas conectadas con la existencia y eficacia de la unión, y sus efectos personales¹⁸. Esto último puede conectarse con la delimitación del ámbito personal de aplicación de los instrumentos, que será lo que primero se aborde.

A) Problemas de delimitación de la condición subjetiva de aplicación

6. La falta de consenso dentro de la UE respecto de las instituciones de familia aludidas: uniones de hecho y matrimoniales, en cuanto a su alcance y contenido (y el consecuente reconocimiento de efectos jurídicos y cuáles deben ser), justifica que sea una cuestión excluida del ámbito de aplicación de los Reglamentos. En el R. 2016/1104, se excluye en art. 1 apartado 2, letra b), por lo que solo define

¹³ *Vid.* arts. 69-70 de los Reglamentos 2016/1103 y 1104. Especialmente relevante se manifiestan sus disposiciones transitorias. En particular, respecto de su posible operatividad en lo que respecta a la parte conflictual (Cap. III) para matrimonios celebrados o uniones registradas con anterioridad a esta fecha. Sobre esta cuestión, *vid.* R. LAPIEDRA ALCAMI, “Art. 69. Disposiciones transitorias”, en J. L. IGLESIAS BUHIGUES; G. PALAO MORENO (DIRS.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016-1103 y 2016-1104*, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 575-578.

¹⁴ Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Chipre, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia (Considerandos 11 de los respectivos Reglamentos).

¹⁵ Un análisis inicial del R.2016/1103 en P. QUINZÁ REDONDO; “La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *RGDE*, núm. 41, Enero (2017), pp. 180-222.

¹⁶ En profundidad sobre los dos Reglamentos sobre efectos patrimoniales matrimoniales y de uniones de hecho registradas, véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT* (Marzo 2019), Vol. 11, N° 1, pp. 8-50.

¹⁷ Como la capacidad jurídica de las partes; las obligaciones de alimentos entre ellos; la sucesión mortis causa; el derecho de transmisión o ajuste entre los miembros de la unión en caso de ruptura o disolución del vínculo de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante la vigencia de la unión y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante la vigencia de esta; la naturaleza de los derechos reales sobre los bienes que integren el patrimonio; así como las obligaciones de publicidad y registro de los bienes integrantes de ese patrimonio (art. 1 R.2016/1103 y 1104). *Vid.*, A. SERRANO DE NICOLÁS, “Los reglamentos 2016/1103 y 2016/1104...”, *loc. cit.*,

¹⁸ Así los respectivos arts. 1.2 letra b del R.2016/1103 y del R.2016/1104 indican que queda excluido de su ámbito de aplicación la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio o de la unión registrada.

“unión de hecho” a los efectos del instrumento (art. 3.1.a) y considerando 16)¹⁹. En términos análogos el R.2016/1103 elude abordar la validez y existencia de la institución matrimonial (art. 1.2 letra b) y Considerando 17) remitiendo expresamente al Derecho nacional de los Estados miembros en este extremo²⁰. Consecuentemente, estamos ante una cuestión de competencia exclusiva de los Estados miembros; realidad que se aborda de manera muy dispar con efectos muy heterogéneos. Esto conecta especialmente con el ámbito personal de aplicación de estos instrumentos; siendo esta cuestión especialmente compleja en relación con las uniones registradas. Aunque pueda parecer sencillo determinar el ámbito personal de aplicación del R.2016/1104: las parejas de hecho o uniones registradas, esta no es una cuestión sencilla. Como se ha indicado, este instrumento no define -conscientemente- qué son las uniones de hecho registradas (solo a los efectos de su aplicación, art. 3.1 a), con el fin de conseguir el mayor consenso posible por los Estados miembros para vincularse. La figura de las parejas registradas no es reconocida en todos Estados miembros y entre aquellos donde sí lo está no se hace de la misma forma. Asimismo, esta cuestión se vincula típicamente con los problemas de orden público, especialmente en relación las parejas homosexuales y su posible cobertura por el instrumento²¹. No existe tampoco consenso en cuanto a los efectos de la inscripción de la unión, así como la naturaleza que tiene o debe tener el registro y si éste debe o no localizarse dentro de la UE para que resulte aplicable el instrumento -o incluso si debe ser en un Estado miembro vinculado-²². Como consecuencia, la aplicación de uno u otro instrumento en ausencia de definiciones autónomas a tales efectos, y su integración, se deja en manos de cada ordenamiento jurídico de referencia. Esta circunstancia, sin duda, hace depender la unificación en la aplicación del instrumento de la remisión de la correspondientes cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

B) **Ámbito material: las reglas sobre el uso del domicilio familiar como normas relativas a las relaciones patrimoniales**

7. La delimitación del ámbito material de aplicación de los Reglamentos resulta esencial para concretar su operatividad para los supuestos objeto de estudio. El restringido ámbito material previsto

¹⁹ Esto es, generalmente aquellas regularizadas en el Estado de residencia cumpliendo con las condiciones establecidas en ese país para que tengan tal consideración. Normalmente se requiere su inscripción en registro público. Esto se deduce de la definición contenida: “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación” (art. 3.1 letra a) R.2016/1104.

²⁰ Es, en consecuencia, la autoridad estatal ante la que se plantee un asunto que pueda estar cubierto por el Reglamento 2016/1103 el que tendría que verificar la existencia previa de un matrimonio conforme a lo dispuesto en su sistema jurídico como *lex fori*. En el caso de España habría que calificar el supuesto de hecho de conformidad con el art. 32 de la Constitución así como los arts. 44 y siguientes del Código Civil -teniendo en cuenta en todo caso las obligaciones internacionales asumidas por España en esta materia a través de los convenios de los que es parte-. Especial mención merece a la admisión en nuestro país del matrimonio entre personas del mismo sexo en supuestos de tráfico tanto interno como internacional desde la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

²¹ La respuesta dependerá del ordenamiento jurídico de referencia. A modo de ejemplo, en Finlandia y Suecia las parejas homosexuales solo pueden acceder a la institución del matrimonio, no es posible constituir unión registrada, por lo que ante un litigio transfronterizo sobre régimen económico de uniones de hecho homosexuales se recurrirá a la aplicación por analogía del R.2016/1103 y no al R.2016/1104. En sentido contrario, en el sistema italiano los homosexuales solo pueden acceder a las uniones registradas, ya que no pueden contraer matrimonio. En consecuencia, ante una misma unión se aplicará uno u otro Reglamento dependiendo del foro. Un análisis de esta problemática en A. BOSCH CARRERA, “Concepto y reconocimiento de las parejas de hecho (marcos conceptuales: Unión europea, Estado Español, Comunidades Autónomas)”, en Á. SERRANO DE NICOLÁS (Coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104...*, ob. cit., pp. 275-290.

²² Una de las cuestiones más relevantes es si el país de registro de la unión debe o no ser un Estado miembro de los vinculados por el Reglamento, o al menos ser un Estado miembro o es si es suficiente con que esté registrada en cualquier país del mundo para que esté cubierta. La interpretación debe ser necesariamente amplia, ya que nada dice el instrumento de que deba realizarse una interpretación restrictiva, por lo que sería suficiente con que estuviera registrada en cualquier parte del mundo. Esta aproximación se ratifica, además, por el carácter universal del instrumento en el sector de ley aplicable, esto es, será de aplicación cualquier ley nacional (de cualquier Estado del mundo) designada por las normas de conflicto del Reglamento (art. 20). Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los reglamentos europeos sobre consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas: justificación, caracteres generales, ámbito de aplicación y definiciones”, en Á. SERRANO DE NICOLÁS (Coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104...*, ob. cit., pp. 15-48. Sobre la obligatoriedad del registro y la naturaleza de éste a los efectos de la aplicación del R.2016/1104, en la misma obra, véase, M. GARRIDO MELERO, “Las uniones registradas en el ámbito del Reglamento europeo 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio”, pp. 49-72, es esp. p. 54-44.

en ambos instrumentos de manera paralela (sendos, arts. 1), supone que su operatividad se circunscribe exclusivamente a aquellas cuestiones que se incluyen dentro de lo que se entiende por régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Las materias excluidas, contenidas en sendos arts. 1 apartado 2, vienen motivadas por distintas razones: por su carácter público (seguridad social, jubilación...), por existir instrumentos específicos (sucesiones²³, obligaciones de alimentos²⁴...); o por tratarse de materias de competencia exclusiva de los Estados miembros (capacidad jurídica de las partes, derechos reales o la cuestión previa vinculada a la existencia y validez de la unión, ya referida).

8. La determinación de las pretensiones que constituyen e integran el régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de la unión registrada, resulta esencial para resolver si una acción judicial sobre la atribución de la vivienda familiar tras la ruptura encaja dentro de estos instrumentos o ha de buscarse otro marco jurídico. Ambos reglamentos recogen expresamente y de forma amplia una definición autónoma de régimen económico para cada una de las uniones. El R.2016/1103 define régimen económico matrimonial como “el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (art. 3.1. a). Por su parte, el R.2016/1104 concreta los efectos patrimoniales de las uniones registradas cubiertas por el instrumento como “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución” (art. 3.1. b).

9. Respecto del régimen económico matrimonial, esta disposición se completa con el Considerando 18 del R.2016/1103 para perfilar el alcance de este concepto. Son dos las cuestiones apuntadas por este considerando a tales efectos. En primer lugar, incide en esta delimitación el ámbito de aplicación sustantivo de la ley aplicable (ley rectora del régimen económico) de conformidad con el art. 27; donde se relacionan de manera extensa las materias relacionadas con el régimen económico (y por tanto cubiertas por éste) desde su nacimiento (con la celebración del matrimonio) hasta su extinción (típicamente por la disolución del vínculo)²⁵. En consecuencia, se incluirán en el régimen económico todos los aspectos de Derecho civil de la figura relacionados tanto con la administración habitual del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen; en particular, como consecuencia de la separación o disolución de la unión o del fallecimiento de uno de los cónyuges²⁶. En segundo lugar, ha de recordarse que se trata de un concepto autónomo, propio a los efectos del instrumento, que debe interpretarse e integrarse en este sentido, sin acudir a los Derechos nacionales. De esta suerte, en el régimen económico se han de englobar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también aquellas dispositivas que puedan acordarse de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional aplicable al fondo -así como todas aquellas de carácter subsidiario de este Derecho nacional aplicable, en defecto de reglamentación particular por las partes-. Esto supone que se incluyen las eventuales capitulaciones matrimoniales -específicas y exclusivas- que por el ordenamiento jurídico nacional rector permita a los matrimonios²⁷, así como toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución. En términos análogos, la misma argumentación es aplicable para la delimitación del término “efectos patrimoniales de las uniones registradas” para el R.2016/1104 (en atención a su Considerando 18 y en relación con el amplio alcance de la ley rectora designada por su art. 27, en claro paralelismo con el R.2016/1103²⁸). Así, estarían cubiertas todas las

²³ Regulado en el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DOUE-L-2012-81342

²⁴ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DOUE-L-2009-80018

²⁵ Con las cuestiones expresamente excluidas por el propio R.2016/1103 en su artículo 1.2°.

²⁶ Considerando 18 R.2016/1103.

²⁷ Si se toma como referencia el sistema español éstas deben ser conformes con lo previsto en los artículos 1315 y 1325 y siguientes del Código Civil para el Derecho común (dejando al margen las particularidades del Derecho foral).

²⁸ Así, el ámbito de la ley aplicable se concreta en: la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges o miembros de la

materias conectadas con los efectos patrimoniales de las uniones registradas desde su constitución hasta su extinción²⁹.

En particular, qué conjunto concreto de normas se incluyen dentro del régimen económico cubierto, es relevante al objeto de estudio. Respecto del Reglamento 2016/1103, se ha establecido que las normas que por éste se incluyen³⁰ son aquellas que contienen alguna especialidad por razón del vínculo matrimonial, por lo que no son identificables *a priori* estas cuestiones y difieren de un Estado a otro³¹. Expresamente el derecho de ocupación de la vivienda familiar se constata como una de esas especialidades incluidas -dentro de lo que en la generalidad de sistemas se denomina régimen primario-; no obstante, se limita durante la vigencia del matrimonio en este sentido³². Esta aproximación puede extrapolarse sin problemas para determinar las normas que integran el Reglamento de uniones registradas. Desde esta perspectiva, cabría argumentarse que una pretensión principal sobre el derecho de uso o atribución de la vivienda familiar, planteada fuera de la vigencia del matrimonio o de la unión, podría escaparse de su ámbito de aplicación³³; en la medida que la fundamentación específica en el régimen económico sirve para delimitar el ámbito de aplicación de los Reglamentos en relación con otros posibles instrumentos. En consecuencia, la calificación de la pretensión principal como cuestión cubierta o prevista dentro del régimen económico matrimonial -o efectos patrimoniales de las uniones registradas- es necesario para que puedan concretarse los tribunales competentes de conformidad con sus reglas³⁴. Mientras que en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la pretensión, se debe tener en cuenta, de manera previa, las normas previstas en el ordenamiento jurídico localizado por el instrumento, para ver si existen o no normas de régimen económico que establezcan alguna especialidad derivada de las relaciones patrimoniales vinculada al matrimonio³⁵ (o paralelamente a la unión de hecho registrada). En caso de que no existan, resultará de aplicación el régimen general -típicamente en materia de obligaciones contractuales³⁶-. También quedarán sometidos al régimen contractual general los contratos celebrados entre los cónyuges -o las partes de la unión- cuando del régimen matrimonial -o análogo de la unión- no se derive una limitación específica³⁷.

En los ámbitos de aplicación de los Reglamentos de 2016 no se enuncia como tal el conocido como régimen económico primario, dentro del que se encuadran típicamente las normas de protección sobre la vivienda familiar en la generalidad de sistemas nacionales³⁸. Cabría presumir que esta ausencia buscaba evitar problemas de calificación en atención a la diversidad normativa nacional en este sentido.

unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio o de la unión registrada; la transferencia de bienes de una categoría a otra; la responsabilidad de uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada por las obligaciones y deudas del otro; las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión registrada o de ambos con respecto al patrimonio; el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio en caso de disolución del régimen económico matrimonial o de la unión registrada; los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial o de la unión registrada sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges o uno de los miembros de la unión registrada y un tercero; así como la validez material de las capitulaciones matrimoniales o de la unión registrada.

²⁹ Con las cuestiones expresamente excluidas por el propio Reglamento 2016/1104 en su artículo 1.2º.

³⁰ Dentro de ese conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales que definen el régimen económico.

³¹ Cfr. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2021, p. 35.

³² *Ibid.*, p. 36; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial.... ob. cit.*, pp. 84 y ss.

³³ Para concretar los tribunales competentes y el ordenamiento jurídico aplicable a esta cuestión

³⁴ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.; *Regímenes Económicos Matrimoniales.... ob. cit.*, y doctrina internacional allí citada en nota n° 17.

³⁵ Lo que se traduce en una necesaria consulta previa de ese ordenamiento nacional. Sobre el particular, *Ibid.*, párrafo 106.

³⁶ Siendo de aplicación, en consecuencia, las reglas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I.

³⁷ Así pues, si en el ordenamiento jurídico existen limitaciones, restricciones o prohibiciones a la contratación entre cónyuges, el R.2016/1103 actúa como límite a la ley contractual general (*lex contractus*, de conformidad con el Reglamento Roma I). Mientras que si existe libertad de contratación entre esas partes, esto supone el sometimiento al régimen contractual general del Reglamento Roma I. Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.; *Regímenes Económicos Matrimoniales.... ob. cit.*, párrafo 18 (pág. 48).

³⁸ Entre las obligaciones de régimen matrimonial primario, aplicables a todo régimen económico, se encuentra la protección de la vivienda familiar en la generalidad de sistemas. En particular, en el sistema español este régimen primario se recoge en los arts. 1315-1324 CC y se integra por cuestiones tales como: la contribución a los gastos familiares, la gestión doméstica y responsabilidad por deudas familiares, la solidaridad familiar, el uso de la vivienda familiar y ajuar familiar, los contratos entre cónyuges o incluso los derechos de predación (disposición *mortis causa*) en caso de disolución del vínculo por fallecimiento de uno de los miembros. Vid. SANTANA NAVARRO, F. L.; "Los regímenes matrimoniales en el sistema español: Especial referencia al régimen primario", en A. RODRIGUEZ BENOT; C. HORNERO MÉNDEZ (Dirs.), *Régimen económico matrimonial.... ob. cit.*, pp. 19-57

No obstante, parece justificado entender que las cuestiones relativas al régimen primario, en sus aspectos económicos, estarían incluidos dentro de la ley rectora del régimen económico (art. 27 de ambos Reglamentos). Esta afirmación se fundamentaría por el hecho de que este precepto realiza (en ambos instrumentos) una delimitación del ámbito de aplicación de la ley aplicable que es ejemplificativa, no exhaustiva, por lo que permite su aplicación a otros aspectos no enunciados vinculados a las relaciones patrimoniales entre las partes³⁹. El régimen primario se configura como un conjunto de reglas esenciales para organizar los aspectos básicos de convivencia familiar, establecen los derechos y deberes esenciales de contenido económico de las partes una vez contraído el matrimonio y que podría extrapolarse a las uniones formales por aplicación analógica en aquellos sistemas en los que se prevea en este sentido o a través de otras normas que les sean de aplicación⁴⁰. Estas normas operan con independencia del régimen económico pactado o legal⁴¹ -cuando se aplica el R.2016/1103-, o de los efectos patrimoniales de la unión- cuando se aplique el R.2016/1104-, por el hecho de la constitución de la unión⁴². Son materias que se refieren a valores esenciales de un ordenamiento jurídico (la protección a la familia, por ejemplo), defendido directamente por estas normas que conforman el régimen primario. De esos derechos y deberes los miembros de la pareja no pueden disponer, en principio, libremente, ni pueden ser regulados de otra forma en ciertos aspectos. Es esencial centrarse en la cuestión de la vigencia del matrimonio -o de la unión- para que estas reglas que operan con independencia del régimen económico⁴³ puedan considerarse -en su vertiente patrimonial- como pertenecientes a la ley rectora del régimen económico y, en consecuencia, como incluidas. Esto supone que, en lo relativo al uso del domicilio familiar, esta cuestión encajaría dentro del régimen económico y su ley rectora -según los Reglamentos-, cuando se vincule a la vigencia de la unión. Cuestión distinta es cuando este régimen se platee tras la disolución de la unión, pues entonces habrá que analizarse si por las circunstancias del caso se encuentra dentro del marco de los Reglamentos, como parte del régimen económico, o de otros instrumentos si se puede calificar la medad como de naturaleza alimenticia, por ejemplo. Consecuentemente, será necesario analizar cada caso concreto para determinar el marco jurídico potencialmente aplicable para resolver las cuestiones de DIPr (*infra*).

2. Sistema de fuente interna español como subsidiario

10. Al margen de aquellas cuestiones no cubiertas por los dos Reglamentos de 2016, los sistemas de fuente interna o nacionales emergen incluso para cuestiones netamente económicas cuando se refieren en todo caso a uniones no registradas o *de facto* ya que quedan fuera del ámbito de aplicación

³⁹ La doctrina mayoritaria se manifiesta en este sentido. Entre otros, *ibid*, párrafo 107 y doctrina ahí referida.

⁴⁰ Como en el caso del Derecho francés, aplicando las normas igualmente básicas entre “socios” al menos en lo que respecta a algunos de esos principios básicos, como el de solidaridad entre los miembros de la unión registrada, de conformidad con el art. 515-4 del Código Civil francés.

⁴¹ Esta reglamentación puede aproximarse de diversas maneras, puede consistir en ausencia de reglas específicas (como ocurre en los países árabes) o bien en reglas detalladas que se integran dentro de una categoría propia conocida como “régimen primario”. En supuestos transfronterizos en el ámbito de los matrimonios, se aproxima este “régimen primario” atendiendo a que los distintos sistemas jurídicos nacionales conocen reglas por defecto para organizar los aspectos básicos de la convivencia familiar, reglas de carácter uniforme para todo matrimonio. *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 95 y ss.

⁴² *Vid.* P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, donde establece que “el matrimonio genera desde su celebración una serie de consecuencias matrimoniales (...) en primer lugar, abarca los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que hace referencia a una serie de disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles por las partes. Este conjunto de relaciones jurídicas recibe, en algunos ordenamientos jurídicos, el nombre de régimen matrimonial primario” (p. 40).

⁴³ Conocido como régimen secundario, esto es, el régimen económico matrimonial que eligen los cónyuges o el supletorio legal en defecto de elección, de conformidad con el ordenamiento nacional aplicable (localizado de conformidad con el Cap. III R. 2016/1103); o del régimen económico de la unión registrada (efectos patrimoniales) previsto por el ordenamiento nacional aplicable de conformidad con el R.2016/1104 (Cap. III). *Vid.* G. PALAO MORENO, “La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 Y 2016/1104”, *REEI*, Estudios, Vol. 71/1, enero-junio 2019, pp. 89-117.

del R.2016/1104⁴⁴. En todas las materias no cubiertas, será necesario localizar el sistema de DIPr aplicable para dar respuesta a las cuestiones de competencia, de ley aplicable o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. El sistema subsidiario de fuente interna se alza siempre y cuando no exista un instrumento institucional o convencional aplicable. En consecuencia, en defecto de aplicación de los Reglamentos de 2016, habrá que determinar previamente si es posible la operatividad de otros instrumentos europeos y/o convencionales existentes en el ámbito del Derecho internacional privado patrimonial de familia antes de recurrir a los sistemas de fuente interna -como es el caso de obligaciones de alimentos⁴⁵ reclamados entre las partes, por sí mismos o en representación de los menores en común⁴⁶-. Asimismo, la presencia de menores en común y las eventuales pretensiones vinculadas a estos -medidas de protección- condiciona el marco jurídico aplicable, alzándose los instrumentos específicos propios articulados en el ámbito de la tutela de sus intereses⁴⁷.

11. La premisa de la que debe partirse en lo que respecta a la aplicación del sistema autónomo español de DIPr, es que no existen soluciones específicas previstas en relación con los litigios transfronterizos sobre uniones civiles, no así para la institución matrimonial y las pretensiones vinculadas a aquella. Consecuentemente, tanto las soluciones de competencia -contenidas en la LOPJ⁴⁸- como de ley aplicable -reglamentadas en el Código Civil español, CC- serán siempre aplicadas por analogía en este ámbito⁴⁹; lo que supone, en términos generales, extender erróneamente la aplicación de las soluciones previstas para la institución del matrimonio a esta figura -con la que no puede ni debe equiparse de conformidad con la jurisprudencia de nuestros TS y TC⁵⁰-. Centrándonos exclusivamente en las cuestiones de índole patrimonial vinculadas a las uniones familiares, específicamente las autoridades españolas para concretar si son o no competentes para conocer de estas pretensiones tendrían que acudir concretamente al art. 22 *quáter* letra c) de la LOPJ⁵¹. Respecto de la localización de la ley aplicable, si se trata de cuestiones vinculadas a los efectos patrimoniales del matrimonio (no cubiertos por el Reglamento

⁴⁴ Arts. 1.1 y 3.1 letra a) R.2016/1104.

⁴⁵ Siendo aplicable el Reglamento (CE) n. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L 7, 10 enero 2009, pp. 1 y ss.

⁴⁶ Alimentos que típicamente son reclamaciones de cuantía económica pero también podrían ser pretensiones en especie, en un sentido europeo de alimentos; siendo en este supuesto donde podría encajar, en su caso, el uso de la vivienda familiar reclamada por una de las partes si no estuviera cubierto por el régimen económico.

⁴⁷ Su calificación como medida de protección de los menores supone, en caso de litigios transfronterizos, la aplicación de los instrumentos internacionales de DIPr sobre protección de menores. Así pues, en estos casos -al margen de la posible incidencia de las leyes de policía del foro de protección de la vivienda familiar con independencia del régimen económico aplicable en función de la ley rectora, de conformidad con los Reglamentos 2016-, las cuestiones de DIPr a este respecto cabría encajarlos dentro del marco del DIPr europeo en materia de menores, eso es, el Reglamento 2019/1111, para determinar la competencia y para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sobre esta cuestión dentro de la UE (a excepción de Dinamarca, al que no se le aplica), y el Convenio de la Haya de 1996 para determinar el Derecho nacional aplicable al fondo a esta pretensión (en especial la norma de conflicto contenido en su art. 15)

⁴⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE-A-1985-12666

⁴⁹ No existe problemas en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjera de terceros Estados o Estados miembros no vinculados por los Reglamentos (o dictadas en materias no cubiertas por aquellos o en todo caso en relación con las uniones no registradas), ya que se engloban dentro de la materia civil cubierta por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI). BOE-A-2015-8564

⁵⁰ El TS español define “pareja de hecho” como la creada por la convivencia “more uxorio” de dos personas, con carácter diario, estable, con permanencia temporal consolidada, y además practicada de forma pública, de forma que se cree una comunidad de vida, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar. Este concepto aborda una realidad amplia basada en un modelo fáctico y no registral. *Vid.* STS de 18 de mayo de 1992, FJ. 4 y STS de 17 de junio de 2003, FJ. 2. El TC caracteriza a nivel estatal estas uniones basándose en su comparación con el matrimonio, atribuyéndoles como característica la “voluntad libremente configurada de quedar al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial”. Véase STC 93/2013, de 23 de abril, BOE, núm.123, 23 mayo 2013, FJ 8. Sobre esta cuestión de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Las parejas no casadas” en M. YZQUIERDO TOLSADA; M^a T. CUENA CASAS, *Tratado de la familia*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 643-821, esp. p. 643; C. M. DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho civil. Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2008, p. 289.

⁵¹ Sobre el alcance e interpretación de esta norma de competencia de fuente interna para las pretensiones de carácter económico entre las partes vinculadas no solo a las uniones matrimoniales sino en especial a las uniones civiles de hecho -no registradas por estar excluidas del Reglamento 2016/1104) véase M^a. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en derecho internacional privado español”, *CDT* (Marzo 2018), Vol. 10, N^o 1, pp. 127-143, en esp. pp. 136-137.

2016/1103⁵²) las normas de conflicto aplicables son las expresamente previstas en el art. 9.2 CC para el caso de que no existan capitulaciones entre las partes, o en el art. 9.3 cuando estos acuerdos concurren. Cuestión más complicada se manifiesta la concreción de la solución de ley aplicable en relación con las uniones de hecho (registradas o *de facto*); toda vez que la aplicación por analogía de las anteriores disposiciones no resulta adecuada al tratarse de instituciones jurídicas distintas desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español⁵³.

III. La atribución del domicilio familiar tras la ruptura: entre el régimen económico de la pareja y las obligaciones de alimentos

12. La cuestión relativa a la atribución de la vivienda familiar en el momento de la disolución de la unión (matrimonial, registrada o simplemente de hecho), puede plantear significativas cuestiones jurídicas por razón de su posible calificación y, en consecuencia, del marco jurídico aplicable para dar solución a las cuestiones de DIPr en los supuestos transfronterizos. En los siguientes párrafos se tratarán de abordar esta cuestión desde un punto de vista caustico, tratando de ofrecer respuestas conformes con la deseada previsibilidad y seguridad jurídica, a la luz de los instrumentos vigentes. Se comenzará por aquellos supuestos en los que la unión entra dentro del ámbito de aplicación de alguno de los Reglamentos de 2016, para aproximar la cuestión desde este posible marco normativo. En último lugar, se realizará este análisis para aquellos supuestos en los que la unión no sea formal y, en consecuencia, no se cuente con un marco regulatorio institucional de partida.

1. Opciones de los instrumentos europeos: uniones registradas y relaciones matrimoniales

13. Una aproximación de esta materia que permitiría unificar las soluciones de competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en esta materia, es incluir esta cuestión dentro del ámbito del régimen económico de la pareja. Así resultaría cuando se tratara de litigios internacionales en relación con los Estados miembros vinculados por los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. La cuestión determinante en este sentido es poder incluir este tipo de pretensiones dentro del marco del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión. Como punto de partida es necesario recordar que régimen especial de protección de la vivienda familiar se manifiesta tanto durante la vigencia de la unión (como parte del régimen económico primario), como en el momento de la disolución. En lo que se refiere al primero de estos momentos, este régimen se traduce en una limitación de los actos de disposición o gravamen de la vivienda, con independencia de la titularidad del inmueble -incluso puede incidir en el desarrollo de los contratos de arrendamiento sobre los bienes que constituyen esa vivienda familiar⁵⁴-. Como se ha anticipado, estas normas operan en este contexto -vigencia de la unión- al margen

⁵² Típicamente por tratarse de matrimonios celebrados antes de la entrada en aplicación del R.2016/1103.

⁵³ En relación con el régimen económico de las uniones de hecho, la doctrina -no sólo nacional- se encuentra muy dividida en cuanto a las posibles soluciones. Por un lado, hay autores que optan por aplicar analógicamente las normas que regulan los efectos del matrimonio (en España, los arts. 9.2 y 9.3 CC). En este sentido, cabe referir entre otros, L. BARNICH; "Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé", en AA.VV., *Mélanges Roland DE VALKENNEER*, Bruselas, 2000, p. 10; M. MIGNOT; "Le partenariat enregistré en droit international privé", *RIDC*, Vol. 53 N°3, Juillet-septembre, 2001, pp. 601-653, en esp. p. 635. Por otro lado, otros autores e inclinan por aplicar la norma de conflicto relativa a los derechos y deberes familiares (en el sistema español, la regla del art. 9.1 CC) por considerar que las parejas de hecho son "relaciones de familia" pero que no pueden equipararse al matrimonio al ser instituciones distintas. *Vid.* J. M^a. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 276-63; M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, "Los efectos patrimoniales...", *ob. cit.*, pp. 138-139. De forma más residual, hay incluso autores que indican la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual (RRI o art. 10.5 CC), sobre la base de que estas parejas se fundan en un acuerdo *inter-partes*. En este sentido, M. REVILLARD, "Le pacte civil de solidarité en droit international privé", *Defrenois*, n. 6, 2000, pp. 337-351, en esp. p. 340.

⁵⁴ Estas reglas pueden suponer establecer supuestos de subrogación legal en el contrato para el caso de arrendamiento de vivienda, si ésta se constituye en domicilio familiar. Aunque no es una cuestión pacífica entre la doctrina nacional la presunción de ganancialidad y subrogación legal de los contratos de arrendamiento de la vivienda habitual bajo el prisma del Derecho nacional español. Hay en este sentido jurisprudencia relevante del TS, que parece se decanta por el sometimiento a las reglas

del derecho de propiedad; pudiendo limitar la libre disposición del inmueble aunque sea un bien privativo de la parte disponente, con incidencia además en el ámbito de la publicidad (registro), e incluso con la posible sanción de nulidad de la venta si no se cuenta con el consentimiento de la otra parte⁵⁵. Este régimen especial -primario o de mínimos-, que opera durante la vigencia de la unión, y que se integra en el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre las partes que define el régimen económico en ambos Reglamentos⁵⁶, permite identificar su naturaleza. Por consiguiente, en caso de reclamar la atribución del uso de la vivienda durante la vigencia de la unión por alguna de las partes, esta aproximación determina su inclusión dentro del régimen económico de la unión -y por tanto en su ley rectora, identificada de conformidad con el Reglamento que corresponda⁵⁷-. Ahora bien, en el momento de la disolución y correlativa liquidación del régimen económico, la vivienda habitual se sitúa entre la ley rectora régimen económico y la ley rectora de los alimentos⁵⁸ en lo que respecta a la concreción de la ley aplicable a la asignación de su uso. Esto, por consiguiente, condiciona el marco jurídico aplicable y las soluciones de DIPr.

A) La protección de la vivienda como norma de policía en los Reglamentos

14. En esta parte vamos a analizar si la posible consideración de las normas sobre protección de la vivienda como leyes de policía del foro a la luz de los Reglamentos de 2016, condiciona la naturaleza de la pretensión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en el momento de la disolución y, en consecuencia, el régimen aplicable. Como en la generalidad de Reglamentos europeos, en estos dos instrumentos se contempla la aplicación de normas internacionalmente imperativas o leyes de policía, pero sólo del Estado foro⁵⁹ -eliminado cualquier referencia a la aplicación de normas imperativas de cualquier otro Estado-⁶⁰. A estos efectos, ambos instrumentos recogen una definición expresa de lo que se entiende por leyes de policía. Se trata de que se trata de normas de aplicación siempre con carácter excepcional, a discreción de la autoridad competente (pues se trata de una facultad para ésta) y con una interpretación siempre en sentido estricto. De esta suerte, “*Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada en virtud del presente Reglamento*” (apdo. 2 del art. 30 de sendos Reglamentos). De conformidad con estos preceptos, es posible la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro junto con la ley rectora del régimen económico matrimonial y la ley reguladora de los efectos patrimoniales de la unión registrada⁶¹.

generales de subrogación. Así la STS (civil) de 3 de abril de 2009 (RJ 2009/2806). Vid. C. ARGELICH COMELLES, “La calificación individual de la titularidad arrendaticia de la vivienda familiar”, en C. LASARTE ÁLVAREZ y M^a. D. CERVILLA GARZÓN (Dir), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia Tirant lo Blanch, 2018, pp. 49-68.

⁵⁵ Así resulta en el ordenamiento español, de conformidad con el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario al establecer que “cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”. Esta manifestación habrá de ser expresa, sin que baste a tal efecto la mera indicación en la comparecencia de la escritura de un domicilio distinto a la finca transmitida, domicilio que puede ser el posterior resultante de la transmisión efectuada, y por tanto no garantiza el cumplimiento de la previsión legal.

⁵⁶ Vid. *supra* Ap. II.1.B).

⁵⁷ Dejando al margen la posible incidencia de estas normas como leyes de policía del foro.

⁵⁸ En este sentido se manifiesta, JIMÉNEZ BLANCO, P.; *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, ob. cit., p. 137.

⁵⁹ “*Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro*” (arts. 30 apartado 1 del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1004).

⁶⁰ Como por ejemplo, en materia contractual, el Reglamento Roma I (Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) prevé la operatividad de las normas imperativas -de policía- del lugar de ejecución de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato “en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal” (art. 9.3). Sobre el particular, véase C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: Especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *CDT*, Vol. 9, núm. 2 (octubre 2017), pp. 174-193.

⁶¹ A las llamadas leyes de policía, los Reglamentos de 2016 dedican sus respectivos artículos 30, pero su delimitación debe completarse con los Considerandos 53 y 52, respectivamente. Sobre esta cuestión, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales...”, loc. cit., pp. 43-44.

15. Los dos Reglamentos expresamente refieren al hogar familiar, no en su articulado sino en sus considerandos⁶², en relación con aquellas normas nacionales de protección de la vivienda familiar como ejemplo típico de normas imperativas del foro de los Estados miembros. En consecuencia, son posibles normas que, en su caso, puede incidir en este tipo de litigios privados transfronterizos con independencia de cuál sea la ley rectora del régimen económico matrimonial o de los efectos patrimoniales de la unión -y pueden operar tanto si son normas integrantes de ese régimen económico y consecuente ley rectora como si no lo son-. Estas normas de protección de la vivienda familiar, si se alzan durante la vigencia de la unión, al ser normas que conforman típicamente el régimen primario de los efectos patrimoniales de la pareja, se integran dentro del régimen económico (y en consecuencia en el ámbito de la ley aplicable), pero si no forman parte del régimen económico⁶³ esto no impediría en su caso su operatividad y consecuente aplicación por las autoridades del foro. La tutela del régimen primario en general -y la vivienda u hogar familiar en particular como parte de aquel en los términos expuestos-, se puede articular tanto a través de las leyes de policía, como a través de la excepción de orden público⁶⁴. Ahora bien, en términos generales, no cabe equiparar orden público, leyes de policía y normas relativas al régimen primario. Estas últimas, si bien son normas de aplicación imperativa al margen del concreto régimen económico, no tienen por qué resultar operativas necesariamente cuando la ley rectora del fondo (reguladora del régimen económico) sea extranjera. Pues solo será aplicable una norma del foro, como ley de policía, cuando la ley aplicable al fondo vulnere un valor de especial protección -no así cuando simplemente reglamente esa cuestión de manera distinta al foro⁶⁵-.

Otra cuestión resulta relevante aclarar en este aspecto. Las normas o principios que integran el régimen primario son, en principio, de naturaleza imperativas y, por tanto, potencialmente pueden caracterizarse como leyes de policía. No obstante, esta afirmación requiere ser matizada en función de las normas que integran este régimen por los sistemas nacionales. Desde la perspectiva del ordenamiento español, no todas las normas que integran el régimen primario son imperativas, comenzando por el hecho de que se permite a los cónyuges la posibilidad de estipular capitulaciones matrimoniales (art. 1315 CC)⁶⁶. En cualquier caso, sí se constata un carácter tuitivo de este régimen en el sistema español en la medida en que contiene normas básicas de la convivencia conyugal, aplicables a todo régimen matrimonial (no solo civil común sino también en relación con los eventuales regímenes económicos forales)⁶⁷.

⁶² Considerandos 53 R. 2016/1103 y 52 R. 2016/1104.

⁶³ Por ejemplo, al no ser parte de ese régimen primario o reglas mínimas de convivencia patrimonial entre las partes durante la vigencia de la unión, por reclamarse en un momento posterior como consecuencia de la disolución y sobre la base de una obligación de alimentos (en especie) entre los excónyuges.

⁶⁴ En este sentido, H. PÉROZ, "Régime matrimonial: Les lois applys au régime primaire: Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français", *Journal du droit international (JDI)*, Nº. 3, 2017, pp. 813-829; S. CLAVEL, "Article 30", en S. CORNELOUP; V. EGÉA; E. GALLANT; F. JAULT-SESEKE (Dir.), *Commentaire des Règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Ed. Société de législation comparée (SLC), coll. Trans Europe Experts, Vol. 3, 2018, pp.305-318. Hay doctrina nacional que, en relación con los derechos y deberes esenciales entre los cónyuges tras el matrimonio, aboga por su aplicación a través del orden público. En este sentido, *vid.* A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, "Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103", *CDT* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 259-285; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa... (ob. cit.)* establece que, "el contenido de la materia regulada es de tal entidad que solo puede ser objeto del Derecho interno a través de normas de carácter imperativo, muy próximas al concepto de orden público" (pp. 158-159).

⁶⁵ En este sentido, cabe traer a colación la STJUE de 5 de septiembre de 2024, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II* (as. C-86/23, ECLI:UE:C:2024:689) donde se estableció una serie de requisitos que limitan la aplicación de las disposiciones de policía previstas en el artículo 16 RRII (indicando expresamente que resultan extrapolables al RRI), doctrina que puede traerse a colación aunque no sea expresamente referida a los Reglamentos objeto de estudio. Dentro de los nuevos requisitos indicados, nos centrarnos en aquél que se refiere a su necesaria aplicación, en todo caso, por su carácter imperativo. Para el Tribunal el foro debe verificar si la aplicación de la disposición imperativa es absolutamente necesaria para alcanzar su objetivo (lo que no es nuevo), pero de esta obligación se extrae una consecuencia novedosa y es que el foro debe verificar si la aplicación de la ley designada por la regla de elección de la ley es suficiente para alcanzar el objetivo perseguido por la disposición, en cuyo caso no cabría aplicar la norma de policía ya que se cubre con la ley rectora del fondo el objetivo buscado.

⁶⁶ Incluso es posible contemplar pacto de naturaleza prematrimonial que aborden estas cuestiones (*infra*).

⁶⁷ *Vid.* P. DIAGO DIAGO, "La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional", *Actualidad Civil*, nº 4, 1999, pp. 1343-1363,

En la medida en que las reglas de protección de la vivienda familiar estén incluidas en el régimen primario -o equivalente-, como integrantes de la ley rectora del régimen económico, éstas se aplicarán en los términos establecidos en esa ley (localizada por el Reglamento en los casos cubiertos). Solo en aquellos supuestos (hipotéticos) en los que esa ley rectora del régimen económico no prevea especial protección para el domicilio familiar, es cuando las reglas del foro sobre el particular pueden ser consideradas como leyes de policía en los términos previstos en los Reglamentos (arts. 30 y Considerandos 52 y 53 de sendos Reglamentos)⁶⁸. Asimismo, no se establece en estos instrumentos que esta caracterización -ley de policía del foro- se condicione a que el inmueble se encuentre ubicado en dicho país⁶⁹. No obstante, para que pueda aplicarse estas reglas de protección del foro a una vivienda no ubicada en su jurisdicción debe estar suficientemente justificado -ya que se aplicaría al margen de la ley rectora del régimen económico además de su ubicación-. En este sentido, habría de justificar la concurrencia del valor social de estas normas de protección en el caso concreto en atención a las personas que se pretenden tutelar: protección de la familia y del interés superior del menor en su caso (criterios universales que deben operar al margen del Estado de situación de la vivienda)⁷⁰.

16. El análisis de la cuestión debe ser otro cuando se trata de la atribución de la vivienda familiar en el momento de la disolución -y correlativa liquidación del régimen económico de la pareja-. La previsión de la protección de la vivienda familiar como ejemplificación de leyes de policía, aplicables con independencia de la ley localizada por los Reglamentos, permitiría afirmar que la atribución del hogar familiar (como pretensión formulada por alguno de los miembros de la pareja en el momento de la disolución) se integra dentro del ámbito de régimen económico cubierto. En consecuencia, las demandas de este tipo deberían tramitarse de conformidad con las reglas contenidas en dichos instrumentos⁷¹. Sin embargo, esta presunción no puede ser considerada de otra forma que no sea *iuris tantum*, porque, como se ha anticipado, el régimen especial de la vivienda familiar en el momento de la disolución pivota entre la ley rectora del régimen económico y la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, en atención a las posibles circunstancias concurrentes.

⁶⁸ Ahora bien, Derecho francés y su reciente doctrina jurisprudencial, el régimen económico matrimonial primario se define por leyes imperativas, que resultan de aplicación cuando los cónyuges residen habitualmente en Francia. En este sentido el 12 de junio de 2024, la Corte Suprema de lo Civil y lo Penal (*Cour de cassation*, Apelación No. 22-17.231) confirmó mediante sentencia (www.courdecassation.fr) esta aproximación; reiterando la solución adoptada anteriormente ya en 1987 (sentencia Cressot, Civ. Ire, 20 de octubre de 1987, asunto n° 85-18.877), si bien en relación con la contribución a los gastos del matrimonio (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007019367/9>). En el asunto de referencia se trataba de determinar si procedía o no la aplicación del principio de solidaridad doméstica (*solidarité ménagère*) como norma imperativa francesa integrante del régimen primario -de conformidad con los arts. 212 al 216 del Código civil francés: Capítulo VI: De los respectivos deberes y derechos de los cónyuges-, a un matrimonio de nacionales sirios con residencia en Francia, en relación con un contrato de alquiler de inmueble celebrado por uno de los miembros del matrimonio antes del divorcio, ante un impago de parte de ese alquiler que se reclama solidariamente frente a ambos cónyuges por la propiedad. Por parte del cónyuge no contratante se alegaba la no obligación de pago dado que los efectos del matrimonio se rigen por una ley extranjera, por lo que las disposiciones de la ley francesa, en particular las relativas a la solidaridad doméstica, no eran aplicables al caso. El Tribunal de Apelación aplicó la ley francesa considerando que el régimen económico primario es una norma imperativa de primer orden en el D° francés y de obligatoria aplicación al caso dado que los cónyuges residían en Francia (alcance territorial de las leyes de policía según el art. 3 Código civil), ya que el demandante no había demostrado que la ley extranjera invocada -ley rectora del régimen económico matrimonial- condujera a una solución diferente. El Tribunal Supremo francés confirma esta posición sin entrar en la cuestión de la ley aplicable al fondo y lo que en ella se indicaba. Sobre esta sentencia, *vid.* F. JAULT-SESEKE, “French Supreme Court Rules Primary Matrimonial Property Regime is an Overriding Mandatory Provision”, *Case law, Developments in PIL*, EAPIL blog, 15 July 2024 (<https://lc.cx/HD2-GU>).

⁶⁹ En la versión final esta condición no aparece, a diferencia de las Propuestas iniciales, en las que se “para garantizar la protección de la vivienda familiar, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre podrá imponer sus propias normas de protección de la vivienda familiar”. *Vid.* respecto de las uniones matrimoniales, Documento COM (2016), 106 final, p. 11; respecto de las uniones registradas, Documento COM(2011), 16.3.2011, 127 final, p. 9

⁷⁰ Sobre la operatividad de las normas de protección de la vivienda familiar como leyes de policía desde el prisma del ordenamiento nacional español, en particular, aquellas que suponen restricciones de disponibilidad de la vivienda durante la vigencia del matrimonio, véase P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, *ob.cit.*, pp. 139- 142, y doctrina allí citada.

⁷¹ Cumpléndose todo los ámbitos de aplicación.

Al margen del hecho de que la referencia general a la vivienda familiar se enmarca, concretamente, dentro de los considerandos de los Reglamentos como ejemplo de leyes de policía nacionales⁷², esta cuestión no se recoge expresamente en las disposiciones relativas a la delimitación del ámbito material de aplicación de estos instrumentos (Considerandos 17 y arts. 3 y 27, en sendos Reglamentos⁷³); por lo que habrá que determinar en cada caso si esta cuestión entra o no dentro de ese ámbito. Como ya se indicó al abordar esta delimitación, esta ausencia no impide que las normas de protección de la vivienda, en la medida que sean parte de ese régimen económico primario –o conjunto de normas mínimas que reglamentan los aspectos patrimoniales de las partes durante la convivencia- no impiden su consideración como parte del régimen económico y consecuente integración en su ley rectora. Ahora bien, en sentido contrario, en caso de la ya no vigencia de la unión, cabe entender que cuestión de la atribución de la vivienda familiar no cae dentro de ese régimen de protección primario y, en consecuencia, debe determinarse su naturaleza jurídica (calificarse), para concretar su régimen aplicable. El hecho de que puedan operar normas imperativas del foro que afecten a esta cuestión -atribución de la vivienda familiar- como parte de un régimen especial de protección, no supone que se trate siempre y en todo caso de una cuestión integrada dentro del régimen económico⁷⁴. Ante la eventual existencia en el ordenamiento del foro de una regulación imperativa de protección de la vivienda familiar -que incida en esta cuestión de la atribución-, que opere tras la vigencia de la unión (fuera del régimen primario) e incluso con independencia de la propiedad del inmueble (por ejemplo, vinculado a la atribución de la custodia de los hijos menores o a un supuesto de necesidad de una de las partes), si estuviera justificado -aun estando fuera del régimen económico- se posibilitaría que se tomaran en cuenta. En consecuencia, las pretensiones sobre estos inmuebles deben en todo caso deben ser calificadas como cuestión cubierta por el régimen económico -y consecuente ley rectora- cuando se haya producido ya la disolución para que sea aplicable el Reglamento 2016 correspondientes⁷⁵; y ello con independencia de que puedan operar normas imperativas del foro⁷⁶sobre esta materia.

En cualquier caso, la consideración de vivienda familiar si concurren menores viene determinado típicamente por el lugar donde aquellos tengan su residencia (con independencia del lugar donde se encuentre la residencia de los progenitores miembros de la unión, que puede ser común o distinta). Esto se traduce en que en la generalidad de sistemas jurídicos la atribución de dicha vivienda corresponde al menor en el momento de la ruptura y correlativamente al progenitor custodio (aunque no lo haya pedido)⁷⁷- y ello con independencia de la titularidad del inmueble y sea cual sea el régimen económico, o de si este existe o no (pues es posible que no se haya formalizado la unión o celebrado matrimonio

17. En definitiva, si bien es innegable que en la generalidad de ordenamientos jurídicos las normas protectoras sobre la vivienda familiar tienen la consideración de leyes imperativas (potencialmente de policía), esto lo que supone es su necesaria aplicación cuando esta cuestión se vea afectada en el

⁷² (esto es, como cuestiones de interés general conectadas con la materia regulada por los instrumentos: litigios privados internacionales sobre los efectos patrimoniales o régimen jurídico de las uniones

⁷³ *Vid., supra*, Ap. II.1.B).

⁷⁴ Y por tanto reglamentada por estos instrumentos si se cumple el resto de condiciones de aplicación

⁷⁵ *Vid. infra*, Ap. III. 1. B).

⁷⁶ Como leyes de policía o incluso a través del orden público, aun cuando el inmueble no forme parte del patrimonio de las partes constituido durante la vigencia de la unión y en consecuencia no se trate de materia incluida en el régimen económico de las partes (como así se prevé en el PH de 2007, art. 13, si se trata de una cuestión vinculada a la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en especie).

⁷⁷ En este sentido, desde la perspectiva del sistema español, *vid.* TS, Sala de lo Civil, Sentencia 1039/2024, 22 Jul. Recurso 2833/2023 (LA LEY 184857/2024). El alto tribunal español, en base al ordenamiento jurídico nacional, determina que no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a uno de los padres y la custodia de los hijos al otro, aunque este solo solicitase tal custodia y no el uso de la vivienda. A estos efectos, se aclara que la cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse, con petición o sin ella, en beneficio e interés de las menores (de conformidad con el art. 96 del Cód. civil español, según el cual en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden). Solo se establecen dos factores que eliminan el rigor de esta norma cuando no existe acuerdo previo entre las partes: por un lado, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida; por otro, que el menor no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

procedimiento transfronterizo seguido ante el foro con independencia de la ley rectora del fondo (o leyes rectoras⁷⁸): tanto respecto del eventual régimen económico (si es que fuera el objeto de discusión entre las partes y siempre que existiera tal régimen) como cualesquiera otras materias vinculadas en Derecho de Familia. El hecho de que los Reglamentos de 2016 ejemplifiquen en sus considerandos como leyes de policía este tipo normas nacionales de protección, se justifica porque esta cuestión está típicamente vinculada en la práctica a los litigios sobre efectos patrimoniales matrimonial o uniones registrada. Esto no supone que la cuestión de la atribución de la vivienda familiar entre las partes siempre se encuentre integrada dentro del régimen económico a los efectos de estos instrumentos europeos⁷⁹; sólo cuando la cuestión de fondo (o una de ellas) encaje dentro del ámbito de aplicación estos Reglamentos, si se afecta a las normas de protección de la vivienda habitual, estas últimas podrán entrar en juego como leyes de policía en los términos previstos en estos instrumentos.

B) Posible entrada en juego de las normas sobre alimentos

18. En este apartado se analizarán ciertos casos en los que la cuestión de la atribución de la vivienda familiar en favor de una de las partes, solicitada en el momento de la disolución del vínculo, puede no estar dentro del ámbito de los Reglamentos de 2016 y, en consecuencia, habrá que indicarse el marco jurídico aplicable. Ya se adelanta que la opción que se maneja es su inclusión dentro del ámbito de las obligaciones de alimentos entre las partes, con la consecuentes implicaciones jurídicas que esto supone. En primer lugar, se comenzará con los pactos previos al matrimonio -o a la unión registrada-, articulados en previsión de ruptura, de naturaleza económica o patrimonial -típicamente de renuncia anticipada de derechos o a compensaciones económicas-. Estos acuerdos manifiestan cada vez una mayor importancia práctica en la litigación trasfronteriza de familia⁸⁰. Para finalizar, abordaremos el régimen especial protección de la vivienda tras la disolución y su dispar naturaleza en función de las circunstancias, que permite pivotar entre dos leyes rectoras: ley del régimen económico o la ley aplicable a las obligaciones de alimentos.

a) Pactos previos sobre la vivienda familiar

19. Los acuerdos o pactos previos de naturaleza económica en caso de ruptura⁸¹ que las partes pudieran haber realizado antes de la constitución del vínculo, pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos de 2016. Esta exclusión es indubitada si estos se celebraron antes de la entrada en aplicación de estos instrumentos (29 de enero de 2029)⁸². Ahora bien, si se formalizaron después de

⁷⁸ Cuando haya distintas cuestiones o pretensiones planteadas en el marco de un mismo procedimiento que de conformidad con la ley procesal del foro puedan sustanciarse conjuntamente. Ha de recordarse que en materia de Derecho de familia transfronterizo se manifiesta con particular intensidad la sectorización y especialización de los instrumentos aplicables para la concreción no los de la Ley aplicable sino también de la competencia judicial internacional.

⁷⁹ Esta concreta aproximación puede apreciarse en la práctica jurisprudencial española. Así, la SAP Barcelona, de 7 mayo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:4960), se considera que las medidas sobre uso de la vivienda familiar se integran dentro del ámbito de los alimentos en especie y por tanto reglamentada por ley indicada por el art. 3 PH2007.

⁸⁰ Aunque de origen en los sistemas anglosajones (en particular Estados Unidos), los llamados acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements* o *prenups*) cada vez cuentan con mayor relevancia en los sistemas continentales. Sobre esta cuestión, véase ANTÓN JUÁREZ, I., *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; M^a. D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Valencia Tirant lo Blanch, 2013; CH. CHALAS, “contracts de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?”, *Journal du Droit International*, n^o 3, 2016, pp. 781-826; E. GALLANT, “Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?”, *La Revista In Dret* n^o 2 (abril). 2017, pp. 139-164. P. JIMÉNEZ BLANCO; *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, *ob.cit.*, Cap. IV. 2., pp. 104-120.

⁸¹ Cláusulas en las que se renuncian a derechos futuros.

⁸² Planteando más que significativa cuestiones de índole jurídico más cuanto a la determinación de la ley aplicable a la validez de fondo y forma de estos acuerdos previos en función de la calificación que se dé a este tipo de medidas a la luz de los posibles instrumentos europeos (o convencionales en su caso) potencialmente aplicables. En particular, sobre la aproximación

esa fecha, el texto de los instrumentos permiten llegar a una conclusión y a la contraria sobre su inclusión dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones sobre sus ámbitos de aplicación material hacen referencia expresa a “capitulaciones matrimoniales” y “capitulaciones de la unión registrada”, esto es, acuerdos entre las partes realizados tras la constitución de la institución del matrimonio o de la unión registrada; sin que exista indicación alguna en los instrumentos sobre acuerdos o pactos previos. Esta reglamentación permitiría deducir que quedan, en consecuencia, excluidos de su ámbito de aplicación. No obstante, precisamente esta no exclusión expresa de este tipo de pactos puede servir para fundamentar razonablemente la conveniencia de incluirlos dentro de su ámbito de aplicación -al menos en lo que respecta al R.2016/1103-⁸³; salvo o hasta que se manifieste en sentido contrario el TJUE.

20. Un análisis de esta particular figura a la luz de los Reglamentos de 2016 permite extraer algunas significativas conclusiones sobre la cuestión en particular. En primer lugar, que no todos los aspectos previstos en este tipo de acuerdos tendrán cabida dentro del concepto de régimen económico matrimonial o efectos patrimoniales de unión registrada -solo aquellos que cumplan con las condiciones indicadas anteriormente respecto del ámbito material de aplicación de estos instrumentos-. En segundo lugar, la delimitación temporal del ámbito de aplicación de los Reglamentos es clara y permite excluir en todo caso todos aquellos acuerdos formalizados antes de esa fecha. En tercer lugar, vinculado igualmente a su ámbito material de aplicación, la referencia expresa a futuros esposos (arts. 3.1.b y 22.1 del R. 2016/1103) y a futuros miembros de la unión registrada (arts. 3.1.c y 22.1 R.2016/1104)⁸⁴, plantea más dudas cuando sí concurren los elementos requeridos. Consecuentemente, la celebración posterior válidamente del matrimonio o contribución de la unión registrada será la que condicione el argumento favorable de su inclusión. En cualquier caso, estas sólo son conjeturas ya que en algún momento esta cuestión deberá ser abordada y resuelta por el Tribunal de Justicia. Hasta entonces queda en manos de cada Estado Miembro aplicar o no a estas figuras las normas de los respectivos Reglamentos de 2016.

21. Entre los eventuales pactos previos de índole patrimonial se encuentra el típico acuerdo de renuncia a una eventual pensión compensatoria -frente a desequilibrio económico de las partes como consecuencia de la ruptura-, pero también cabe pactar la renuncia al uso de la vivienda que pudieran corresponder como consecuencia de la separación, divorcio o disolución de la unión. En lo que respecta a los primeros, relativos en general a alimentos o pensión compensatoria, estos pueden quedar sometidos a diferente reglamentación. Si la obligación de alimentos pactada tiene base legal, se someterá a las normas del PH 2007 -y en los mismos términos los acuerdos de renuncia de estos alimentos-. Cuestión distinta es que los acuerdos de atribución de alimentos o derechos compensatorios se realizan al margen de fundamentación legal. En estos casos los acuerdos de previsión de ruptura sí podrían considerarse como incluidos dentro del régimen económico⁸⁵. Ahora bien, en lo que respecta al objeto de estudio, los pactos previos de atribución de uso de la vivienda después de la ruptura, cuando no estén vinculados a la custodia

conflictual de esta material en relación con los pactos prematrimoniales desde el punto de vista del sistema español, véase I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *CDT*, (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 82-111; A. M^a. PÉREZ VALLEJO, “Notas sobre la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 a los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura matrimonial”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 21, Diciembre de 2019.

⁸³ En este sentido, se considera que encajarían dentro del término de acuerdos entre cónyuges que maneja el Reglamento en lo relativo a las previsiones relativas al régimen económico matrimonial. *Cfr.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura...”, *ob. cit.*, p. 89. En términos análogos, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, *ob. cit.*, párrafo 18 (p. 48).

⁸⁴ Lo que permitiría afirmar la inclusión de este tipo de pactos en su ámbito material de aplicación. En relación con el R. 2016/1103 para los acuerdos prematrimoniales, *Cfr.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión...”, *ob. cit.*, p. 89. Ya en el momento de la presentación de la propuesta de los dos Reglamentos se alzaron voces que reclamaban la necesidad de que expresamente estos instrumentos debían pronunciarse sobre su inclusión o no. *Vid.* I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, vol. 13 (2011), pp. 199-215, en esp. p. 204.

⁸⁵ En este sentido, respecto de los pactos prematrimoniales de este tipo, se manifiesta P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, *ob. cit.*, p. 114. Para ello se fundamenta en la finalidad del pacto, que en ausencia de obligación legal sería “establecer modalidad de organización y liquidación patrimonial entre los cónyuges y, en consecuencia, estarían sometidos al Reglamento 2016/1103 (nota 159).

de los hijos, resultan más controvertidos en cuanto a su naturaleza⁸⁶. Para estos acuerdos habrá de determinarse la ley aplicable tanto a la validez de fondo como a los requisitos de forma (*ad solemnitatem*)⁸⁷. Para ello habrá que concretar el instrumento aplicable donde localizar las soluciones conflictuales (y materiales). En particular, las posibilidades que se plantean para este tipo de pactos son dos. En primer lugar, subsumirlos dentro de la pensión compensatoria o una obligación de alimentos entre excónyuges (o uniones análogas) en especie, cuando exista fundamento legal para ello⁸⁸. En estos casos, el instrumento aplicable para concretar la ley rectora sería el PH de 2007 por su consideración dentro del concepto amplio de alimentos⁸⁹ (en la medida que el Reglamento 4/2009 remite a este instrumento a través de su art. 15). En segundo lugar, cabría considerar que esta obligación resulta de un acuerdo libremente asumido entre las partes -sin que exista obligación legal para ello-, por lo que, en consecuencia, podrían estar incluidos en un eventual régimen económico y, en consecuencia, cubiertos por los Reglamentos. Ahora bien, en este último aspecto, cabría diferenciar entre aquellos pactos previos de atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura, de los de renuncia de esa atribución. En cuanto a los primeros, si el inmueble es propiedad común de las partes -adquirido como consecuencia o por motivo de la unión-, esta disposición de mutuo acuerdo encajaría sin problemas dentro del régimen económico -en su liquidación como consecuencia de la disolución-, siendo la ley rectora del régimen económico la que establezca sus requisitos de validez. En caso de que el inmueble que constituye la vivienda familiar no fuera de propiedad común, un pacto previo de atribución en favor del no titular, sin que exista obligación legal para ello⁹⁰, caería dentro de la libertad de disposición de las partes pero no necesariamente tendría que estar vinculado a su régimen económico. En este caso, podría razonablemente argumentarse que se aplicaría a estos pactos el régimen general de contratación del RRI.

Por otro lado, en los casos de pactos previos de renuncia de la atribución, la titularidad del inmueble resulta igualmente determinante. Si la renuncia al uso de la vivienda familiar se realiza por el no titular de la vivienda, típicamente esto se vincula a la renuncia de un eventual derecho de alimentos -en especie- que a esta parte le pudiera corresponder en el momento de la ruptura por su situación⁹¹; de tal manera que la validez y eficacia de este pacto -en el momento de hacerse efectivo- debería analizarse a luz de la ley de alimentos. Ahora bien, si el inmueble es propiedad de ambas partes (como parte del patrimonio adquirido por razón o motivo de la unión), ese pacto de renuncia por una de las partes en caso de ruptura -correlativo de atribución a la otra parte- tiene la misma consecuencia que la ya referida: acuerdo libremente asumido entre las partes -sin que exista obligación legal- incluido en su eventual régimen económico-. Por lo que su validez y eficacia viene condicionada por lo establecido en la ley rectora del régimen económico.

⁸⁶ Y consecuente régimen jurídico aplicable.

⁸⁷ Siendo una cuestión esencial ya que de ello dependerá su exigencia u oponibilidad frente a la parte que no quiere que despliegue efectos en el momento de su ejecución (la ruptura). De tal forma que típicamente el acuerdo debe enfrentarse a una revisión judicial. A estos efectos para poder dotar de la mayor seguridad jurídica a las partes en este sentido, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia en esta materia, se ha elaborado un posible test que permitiría analizar ex post si un acuerdo prematrimonial puede desplegar efectos en el ordenamiento jurídico español de conformidad con las normas de Derecho internacional privado españolas y Derecho civil común español (dejando al margen la posible incidencia de las particularidades de los derechos forales en esta materia). Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura...", *ob. cit.*

⁸⁸ Si el ordenamiento aplicable fuera el Derecho español, de conformidad con el art. 97 CC, la pensión compensatoria (compensación por desequilibrio económico, tras la reforma del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio) tiene la finalidad de compensar económicamente al cónyuge que debido a la separación o al divorcio va a quedar en una situación de desventaja económica respecto del otro cónyuge. Siendo este artículo una norma de derecho dispositivo, en la medida que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez deberá fijar su importe en atención a una serie de criterios que no son *numerus clausus*. Este carácter dispositivo de la pensión compensatoria es el que permite plantear si es posible renunciar a ella mediante pacto prenupcial. Sobre el derecho de pensión compensatoria y su carácter dispositivo, véase L. ALLUEVA AZNAR, *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 43 y ss.

⁸⁹ El Reglamento 4/2009 se aplica para las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, parentesco, matrimonio o afinidad. Desde la perspectiva española, esta materia abraza los alimentos entre parientes de los arts. 142 y siguientes del Cód. Civil Español, pero también la pensión compensatoria entre cónyuges y la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque en el Derecho de familia español no se consideran estas cuestiones como alimentos en sentido estricto.

⁹⁰ Justificada por la necesidad o desequilibrio de alguna de las partes: lo que determinaría su naturaleza como alimentos

⁹¹ Tratando de garantizar al titular exclusivo del inmueble que pueda recuperar su uso y disfrute en caso de ruptura.

b) El régimen especial de protección de la vivienda tras la disolución

22. Como ya se ha indicado, el régimen especial de protección de la vivienda familiar se manifiesta tanto durante la vigencia de la unión como en el momento de la disolución, incidiendo en el posible sistema aplicable; pues esta cuestión condiciona su calificación. Durante la vigencia de la unión, las reglas de protección de la vivienda se integran generalmente dentro del régimen económico primario⁹², y se configuran como parte de la ley rectora del régimen económico. En consecuencia, en caso de cumplirse el resto de condiciones de aplicación, estas normas -incluidas las referidas a la atribución del domicilio familiar- se incluirían dentro de los Reglamentos de 2016 según corresponda. Ahora bien, en el momento de la disolución de la unión, y correlativa liquidación del régimen económico, la vivienda habitual pivota entre la ley rectora del régimen económico y la ley rectora de los alimentos⁹³ para la concreción de la ley aplicable a la asignación de su uso. Esta no es una cuestión baladí ya que la asignación del uso de la vivienda familiar es uno de los puntos de especial pronunciamiento -especialmente, en los procedimientos judiciales de crisis matrimonial-. Nos encontramos en este ámbito con problemas de calificación en la práctica que inciden en la delimitación entre la ley rectora de alimentos⁹⁴ y la ley rectora del régimen económico.

Recordemos que durante la vigencia de la unión -típicamente matrimonial- las reglas de protección del domicilio familiar previstas en la generalidad de sistemas nacionales⁹⁵ se traducen en una serie de restricciones de disponibilidad sobre ese bien que operan con independencia de su titularidad. Pero este elemento -titularidad- sí puede tener relevancia cuando se trate de la atribución de la vivienda con la disolución de la unión para determinar el régimen aplicable (dentro de la ley rectora del régimen económico o de la ley de alimentos). Parece que la aplicación de la ley de alimentos resultaría preferente atendiendo a la naturaleza de la medida -como alimentos en especie- y los destinatarios de la medida -asignación del uso de la vivienda- a las que se dirige la protección buscada⁹⁶. En este sentido, encontramos jurisprudencia nacional que apoya esta tesis⁹⁷. Generalmente, la atribución del uso de la vivienda familiar se produce para cubrir una necesidad de protección especial -en relación, por ejemplo, con la atribución de la custodia de los hijos, pero no en exclusiva, pues la necesidad puede venir por parte del otro miembro de la expareja-, y esa asignación se realiza con independencia de la titularidad del bien y del régimen económico existente durante la vigencia de la unión. Tampoco la existencia de posibles pactos entre las partes en esta materia debería incidir, en la medida que cualquier acuerdo en este sentido debe ser ratificado por los tribunales ante la existencia de una obligación legal para esa medida de protección. Desde esta perspectiva debe aproximarse la validez de los eventuales pactos previos en previsión de ruptura que, en el momento de la disolución, pudieran dejar en una situación de vulnerabilidad a alguna de las partes⁹⁸.

⁹² O conjunto de normas mínimas en aquellos Derechos que carecen propiamente de régimen primario, como es el caso del Derecho inglés, como ya se ha manifestado.

⁹³ En este sentido se manifiesta P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos...*, ob. cit., p. 137.

⁹⁴ Sobre la problemática de esta delimitación en torno a la vivienda familiar, véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestación alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 72 y ss., 163 y ss.

⁹⁵ Dentro del mencionado régimen primario o al menos dentro de las normas mínimas operativas entre los cónyuges durante la existencia de la unión donde no existe dicho régimen.

⁹⁶ Dejando al margen los posibles pactos entre las partes antes y después de constituir la unión sobre la asignación de uso de esa vivienda que no vengán fundamentados en obligaciones legales.

⁹⁷ Esta aproximación se consolida como doctrina en segunda instancia. Así, la ya referida SAP de Barcelona, de 7 mayo 2019 (*loc. cit.*), en un supuesto de divorcio transfronterizo en el que si bien el objeto de recurso giraba exclusivamente en torno a la ley aplicable a la pensión compensatoria, la Audiencia aborda la cuestión de la concreción de la ley aplicable al divorcio y al uso de la vivienda, al tratarse de una cuestión de orden público no disponible por las partes. Se establece que la ley aplicable a la medida sobre el uso del domicilio familiar viene determinada por el Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos, por el componente claramente alimenticio que tiene dicha medida como aportación en especie, siendo aplicable el art. 3 PH 2007 (confirmando doctrina previa: SA , Civil del 17 de mayo de 2016 y SAP, Civil del 29 de enero de 2018).

⁹⁸ Su validez dependerá de esta cuestión. *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos*, ob. cit. párrafo 105.

23. El componente claramente alimenticio, como aportación en especie desde la perspectiva nacional⁹⁹, que tienen generalmente las medidas por las que se atribuye el uso de la vivienda familiar, condiciona el régimen aplicable cuando la pretensión quede fuera del régimen económico. La exclusión de los alimentos tanto del R.2016/1103 como el R.2016/1104, y su inclusión en el ámbito del Reglamento 4/2009 y, por incorporación, en el PH 2007¹⁰⁰, unido a la falta de definición del concepto de alimentos en estos dos instrumentos, no resuelve el problema de la difusa frontera entre los alimentos y los efectos del matrimonio/unión¹⁰¹. La ausencia de una definición que opere a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de los instrumentos europeos conduce en la práctica a importantes problemas de calificación respecto de aquellas cuestiones vinculadas a las partes que son de naturaleza híbrida¹⁰²; en particular, en relación con la asignación de la vivienda familiar¹⁰³. La principal razón de esta falta de determinación se justifica por el hecho de que la medida de atribución del uso de la vivienda puede entenderse tanto como una carga del matrimonio como también un deber de asistencia entre los esposos¹⁰⁴. Esta cuestión podrá estar incluida dentro del régimen económico (y en consecuencia dentro de su ley rectora) cuando el bien inmueble que constituye el hogar de la familia, cuyo uso o atribución es objeto de controversia, fue adquirido durante la vigencia de la unión o como consecuencia de ésta, sin que pueda establecerse el carácter privativo del bien en favor de alguna de las partes. Más problemático resulta esta calificación cuando el inmueble fue adquirido antes de la constitución de la unión por alguna de las partes, aunque sea posteriormente destinada para la vivienda familiar y se pretende por el no titular del inmueble la atribución de su uso con la disolución del vínculo; o cuando se trate de inmueble de titularidad de un tercero, o incluso cuando exista un pacto previo sobre la atribución/renuncia del uso de la vivienda que se escapa del ámbito de los Reglamentos 2016 (*supra*). Para estos casos habría que calificar esta pretensión en función de si existe componente alimenticio en la pretensión o se basa en la libertad de pacto entre las partes. Otro supuesto que en la práctica puede ser problemático, en cuanto a esta calificación, se manifiesta cuando esta cuestión se vincule con la disolución de uniones de hecho no registradas, al que dedicaremos el siguiente apartado.

24. Para determinar la inclusión o no de las medidas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del régimen económico tras la ruptura, habrá que tomar como referencia las disposiciones que delimitan en los Reglamentos 2016 su ámbito material de aplicación¹⁰⁵. Nos remitimos en

⁹⁹ En este sentido se manifiesta la jurisprudencia nacional española, siendo esta aproximación doctrina consolidada en segunda instancia. Así, la ya referida SAP de Barcelona, de 7 mayo 2019, (*loc. cit.*), en un supuesto de divorcio transfronterizo en el que si bien el objeto de recurso giraba exclusivamente en torno a la ley aplicable a la pensión compensatoria, la Audiencia aborda la cuestión de la concreción de la ley aplicable al divorcio y al uso de la vivienda, al tratarse de una cuestión de orden público no disponible por las partes. A este respecto se establece que la ley aplicable a la medida sobre el uso del domicilio familiar viene determinada por el R.4/2009 en materia de obligaciones de alimentos, por el componente claramente alimenticio que tiene dicha medida como aportación en especie, siendo aplicable el art. 3 del Protocolo de la Haya de 2007 (por remisión del Reglamento en su art. 15). Se confirma así doctrina previa de esta misma audiencia: SAP Barcelona (secc. 18ª) de 25 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:APB:2018:8937) y de 7 de mayo de 2019 (*loc. cit.*), aplicando PH2007. En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Secc. 12ª) de 11 de mayo 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4893).

¹⁰⁰ La norma especial contenida en el art. 5 de este Protocolo, en relación con los alimentos entre cónyuges y excónyuges, evidencia su aplicación a las obligaciones alimenticias tanto durante la vigencia del matrimonio como después tras su disolución -aplicable para uniones análogas-.

¹⁰¹ En este contexto, especialmente problemático resulta el pacto de renuncia al derecho de compensación por el trabajo para la casa (art. 1438 CC). Esta compensación forma parte del régimen económico matrimonial primario, por cuanto que se desarrolla este trabajo durante la vigencia de la unión-, que entraría en el ámbito de aplicación del R.2016/1103 y guarda estrecha relación con el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. *Vid.* A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA; “Las cuestiones del régimen matrimonial primario...”, *ob. cit.*, pp. 259 y ss.

¹⁰² Cuestiones tales como la indemnización por razón del trabajo para el hogar. Esta indefinición obliga a ubicar estas pretensiones en uno u otro instrumento con consecuencias muy significativas en cuanto a su resolución.

¹⁰³ *Cf.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos...*, *ob. cit.*, p. 49.

¹⁰⁴ *Vid.* P. DIAGO DIAGO, “La protección de la vivienda familiar...”, *ob. cit.*, donde en su p. 1343 establece que: “el carácter híbrido o bifronte de dicho régimen, a medio camino entre lo personal y lo patrimonial, ha dado lugar a un complicado debate doctrinal sobre la determinación de la ley aplicable”. En términos similares se plantea la cuestión de la pensión compensatoria entre cónyuges por desequilibrio económico. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas...”, *ob. cit.*, Apartado 36; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura...”, *ob. cit.*, p. 97.

¹⁰⁵ Arts. 1, 3 y 27 (*supra*, Ap. II.1. B).

este aspecto a lo ya analizado a lo largo del trabajo. Lo concluyente, en todo caso, para que pueda estar la pretensión incluida dentro de ese régimen económico reglamentado es que se trate de efectos patrimoniales entre las partes surgidas como consecuencia de la unión. Si la supuesta vivienda familiar se constituye sobre un inmueble que no ha sido adquirido por las partes como consecuencia del matrimonio o de la unión formal -por ejemplo que sea de titularidad de uno de ellos adquirido con carácter previo o de propiedad de tercera persona-, parece complicado atribuir automáticamente la consideración de esta medida como cuestión de régimen económico que resulte directamente del vínculo o de su disolución.

25. En definitiva, la cuestión de la calificación y correlativa de localización de las reglas aplicables queda en manos de las autoridades nacionales que conozcan de la materia, con potenciales aproximaciones dispares, condicionantes del resultado del litigio. Atendiendo a la función que cumpla la medida, lo razonable es optar por la calificación de la asignación de la vivienda familiar tras la ruptura como de naturaleza alimenticia si es el caso¹⁰⁶. En estos supuestos, la atribución del derecho de uso de la vivienda prevalece sobre el derecho de propiedad -con independencia de que el inmueble sea de una de las partes o de ambas-, y al margen de lo que se establezca en este sentido por la ley del lugar de su ubicación¹⁰⁷. Ahora bien, la asignación y la titularidad definitiva (en su caso) de ese bien serán determinadas en el marco de la liquidación del régimen económico de conformidad con la ley aplicable a esta, si es que el inmueble forma parte de esa comunicad de bienes constituida durante la vigencia de la unión¹⁰⁸.

2. Uniones de hecho no formales: establecimiento del sistema DIPr

26. El R.2016/1104 tiene un ámbito de aplicación muy específico, limitado a los litigios privados internacionales sobre efectos patrimoniales (cubiertos) de las uniones de hecho registradas¹⁰⁹. La consecuencia directa es que quedan fuera todas aquellas pretensiones o acciones vinculadas a la atribución del uso de la vivienda familiar instadas en el momento de la separación o disolución de la unión, cuando ésta es informal. En estos supuestos aun pudiendo calificarse eventualmente dentro del marco de los efectos patrimoniales de la unión, habrá que buscar externamente el sistema que pueda resultar adecuado -lo que es particularmente complejo, como ya se ha referido, cuando sea la autoridad española la que deba resolver dada la ausencia de soluciones en relación con las uniones civiles en sistema de fuente interna -.

27. Para acercar la naturaleza de este tipo de pretensiones en relación con las uniones no registradas desde el punto de vista de su inclusión o no dentro de los efectos patrimoniales de las partes, va a recurrirse esencialmente a la misma argumentación esgrimida en anteriores párrafos en relación con las uniones matrimoniales y formales. En primer lugar, cabe plantearse la posible aplicación por analogía del régimen primario, para conectar la cuestión con un eventual régimen económico. Este régimen o conjunto de normas obligatorias entre las partes por la constitución de unión formal o registrada puede deducirse para aquellos casos en los que así se establezca en el ordenamiento jurídico nacional de refe-

¹⁰⁶ Así se han pronunciado los tribunales españoles, como ya se ha referido. SAP Barcelona (secc. 18ª) de 25 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:APB:2018:8937) y de 7 de mayo de 2019 (*loc. cit.*), aplicando PH2007. En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Secc. 12ª) de 11 de mayo 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4893).

¹⁰⁷ En este sentido, el Derecho comparado se manifiesta diverso. Así, en el Derecho italiano puede tratarse de la atribución de un derecho de uso, o en el Derecho francés o portugués en régimen de alquiler. *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, E.; *Régimen económico matrimonial...ob. cit.* p. 206, nota 405.

¹⁰⁸ Supuestos en los que la atribución de la que era vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja sea consecuencia de la disolución de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio causado por la extinción de la unión matrimonial, en cuyo caso el supuesto entra dentro de la materia cubierta por el R.2016/1103, al ser un litigio privado sobre el régimen económico matrimonial. *Vid.* Asunto C-67/17: Auto TJUE (Sala Sexta) de 14 de junio de 2017. ECLI:EU:C:2017:459.

¹⁰⁹ Recordemos el considerando 18: “todos los aspectos de Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros”. Que completa a los arts. 1, 3 y 27 R.2016/1104.

rencia -así como los efectos patrimoniales o régimen económico secundario de la unión formal¹¹⁰-. Sin embargo, esta aplicación extensiva no se prevé en ningún caso para las uniones *de facto* o no formales (situaciones de convivencia *more uxorio*¹¹¹) en ningún sistema jurídico, toda vez que no hay constitución alguna de institución jurídica con efectos equivalentes a la relación matrimonial¹¹². De esta suerte, las eventuales disposiciones de protección de la vivienda familiar que pudieran articularse en el ordenamiento jurídico del foro, con independencia de la titularidad de este, no entrarían dentro del régimen económico primario -al no existir matrimonio ni unión formal registradas con efectos jurídicos patrimoniales y, en consecuencia, régimen económico-.

Estas normas operarían típicamente como medida de protección con componente claramente alimenticio -como aportación en especie- dentro de la obligación de alimentos entre ellos (durante la vigencia de esa unión formal o en el momento de sus disolución).

A esta misma conclusión cabe llegar, con mayor fundamentación, para aquellos casos en los que el bien inmueble en el que se constituye durante la convivencia -no formal- el hogar familiar es de propiedad exclusiva de uno de los miembros adquirido con anterioridad a esa cohabitación -o incluso de titularidad de tercera persona-. En estos supuestos no es posible aproximar la atribución del uso del domicilio desde la perspectiva de un eventual régimen económico -o efectos patrimoniales entre las partes- configurado como consecuencia de esa convivencia. En consecuencia, la solución más plausible en caso de pretensión de esta naturaleza en el momento de la ruptura, es articularla a través del recurso a la obligación de alimentos entre las partes -en ausencia de acuerdo cuando no exista obligación legal-.

28. Los eventuales acuerdos de naturaleza patrimonial que los miembros de las uniones no formales pudieran haber realizado antes de iniciar la convivencia (que pudieran afectar al uso de la vivienda familiar en caso de ruptura), van a analizarse a la luz de los argumentos esgrimidos para la posible inclusión de este tipo de acuerdos previos en los Reglamentos 2016, para determinar si se elimina o no esta opción de calificación por las autoridades nacionales¹¹³. La principal argumentación¹¹⁴ para fundamentar la inclusión de este tipo de acuerdos, desde el punto de vista material, es que fueran pactos de naturaleza patrimonial (lo que se cumple en relación con esta cuestión del uso de la vivienda familiar) y acordados entre futuros esposos o miembros de las uniones registradas. La constitución de matrimonio o unión registrada condiciona su posible inclusión dentro del eventual régimen económico de la pareja; lo que podría extrapolarse para las uniones no formales para el momento de la efectiva convivencia común. De tal manera que si finalmente no llega a celebrarse formalmente dicha unión -matrimonial, unión registrada o cohabitación continuada para las uniones meramente *de facto*- queda desvirtuado este argumento favorable para su eventual calificación como parte del régimen económico. No obstante, aun verificándose que realmente la convivencia continuada pero no formal se ha producido, la inclusión de este tipo de acuerdos dependerá del ordenamiento jurídico de referencia. De esta suerte, solo en el hipotético caso de que el Derecho nacional reconozca efectos jurídicos a este tipo de convivencias continuadas no formales, podría permitir incluir este tipo de pactos previos dentro del marco de los eventuales efectos patrimoniales de la unión. En definitiva, en caso de acuerdo entre las partes sobre la atribución del domicilio en el momento de la disolución, si existe obligación legal, con independencia de la titularidad del inmueble, debe operar la calificación de alimentos, con la consecuente determinación

¹¹⁰ Cuando así se recoja específicamente en la legislación aplicable, como es el caso italiano, donde la Ley n° 76 de 2016 (LEGGE 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. (16G00082) (GU n.118 del 21-5-2016), equipara el régimen económico y los derechos sucesorios del matrimonio a las uniones civiles constituidas a su amparo).

¹¹¹ *Vid.* STS 5683/2015, sec. 1º, 16-XII-2015, rec. 1888/2014 (ECLI:ES:TS:2015:5683).

¹¹² Como así se establece expresamente en España de conformidad con la doctrina jurisprudencial consolidada del alto tribunal español (TS), que establece la prohibición de aplicar por “analogía legis” las normas que regulan la ruptura matrimonial en general y las referentes a las reguladoras de la compensación económica a uno de los cónyuges en particular, a las situaciones de convivencia “*more uxorio*”. *Vid.* SSTs de la Sala Primera de fecha 12 de septiembre de 2005 (Recurso 980/2002) y de fecha 30 de octubre de 2008 (Recurso 1058/2006).

¹¹³ Si bien, y en todo caso, desde la perspectiva de su sistema de fuente interna de DIPr ya que se trata de acuerdos particulares entre miembros de unión no registrada.

¹¹⁴ Eliminado el primer escoyo del ámbito de aplicación temporal de los Reglamentos

del marco jurídico aplicable para determinar su validez. En caso de ausencia de base legal, este pacto se articularía, en atención a la titularidad del inmueble: o bien como manifestación de la libre voluntad de las partes dentro del régimen económico, para el hipotético caso de que en el ordenamiento de referencia se establezca normas específicas para este tipo de uniones no formales en relación con domicilio de titularidad común¹¹⁵; o bien entender estos pactos dentro del régimen general de contratación (cuando la propiedad no sea común).

Por todo ello, las eventuales normas de protección de la vivienda cuya pretensión pueda plantearse por uno de los miembros de unión no formal en relación con la que ha constituido la vivienda familiar, parece que no puede encajar fácilmente dentro del ámbito del régimen económico (ni primario ni secundario), ya que no hay institución constituida y reconocible con eficacia jurídica¹¹⁶; y respecto de los eventuales pactos previos sobre el particular, esto dependerá de la aproximación de las autoridades nacionales del foro en función del ordenamiento jurídico de referencia, así como de la fundamentación legal de la medida. Consiguientemente, ante el desafío de los operadores jurídicos de localizar, ante supuestos de tráfico externo, qué instrumentos resultaría de aplicación para concretar la competencia de los tribunales nacionales así como para determinar la ley aplicable al fondo, sería manifiestamente simplificado si se puede canalizar a través de la institución de la obligación de alimentos entre familiares (en toda la extensión del término). En este sentido, ha de recordarse que en los instrumentos aplicables en esta materia optan por un concepto amplio de alimentos incluyendo, asimismo, la pensión compensatoria entre los cónyuges tras un procedimiento de divorcio o separación judicial¹¹⁷ -o relaciones análogas como parejas o uniones de hecho-¹¹⁸; sin que exista impedimento en aplicar esta calificación a las medidas sobre atribución del uso de la vivienda familia (y ajuar) como alimentos en especie. La aproximación positiva de esta cuestión desde esta perspectiva, sin duda resulta más que conveniente para los operadores, ya que permite unificar las soluciones de competencia y sobre todo, de ley aplicable a estos aspectos económicos derivados de la disolución de la unión. Esto evitaría la potencial diversidad normativa en su resolución, al tener que investigar en cada uno de los sistemas de DIPr de fuente interna de las eventuales autoridades nacionales ante las que pueda plantearse (con el consecuente fomento del indeseado *forum shopping*)¹¹⁹.

VI. Conclusiones

29. La especialización o sectorialización en el ámbito del Derecho de familia transfronterizo que se constata a la luz de los distintos instrumentos concurrentes conlleva una labor más que significativa

¹¹⁵ Como parte de la liquidación de ese eventual régimen económico.

¹¹⁶ Incluso si el bien inmueble que constituye la vivienda habitual es de propiedad común. En el sistema español, a falta de una regulación sistemática, al no poder aplicarse por analogía el régimen económico matrimonial, la opción es que a voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan estos inscribirse a nombre de aquellos (en el Registro de la propiedad), pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes (RDGRN de 7 de febrero de 2013, 12 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017). De tal manera que en el caso de uniones de hecho la atribución en su caso a uno de los miembros de la vivienda destinada a la vivienda habitual, típicamente será el resultado de la adjudicación del inmueble como consecuencia de la disolución o extinción de la comunidad de bienes constituida durante la convivencia.

¹¹⁷ *Vid.* STS de 17 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS2021:532). Un análisis en profundidad de esta resolución puede verse en M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021”, *CDT* (Oct.2022), Vol. 14, Nº 2, pp. 1108-1116.

¹¹⁸ Y ello aunque la jurisprudencia nacional española las califica también en ocasiones como relativas al régimen económico matrimonial -resulta muy significativa en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, vinculando la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria al régimen económico matrimonial (STS 864/2010, Sala 1ª, Sección Pleno, sentencia de 19.01.2010, *LA LEY* 1539/2010).

¹¹⁹ Si es que tuvieran previstas soluciones de competencia y de ley aplicable para estos casos. Recordemos que en el sistema español no existen normas de DIPr para dar solución a estas cuestiones en relación con las uniones civiles, no solo *de facto* sino incluso si fueran registradas; con el correspondiente problema de inseguridad jurídica que esto supone (en especial en lo que respecta a la concreción de la ley aplicable al fondo) al estar en manos de la autoridad la eventual solución que se articule para suplir esta laguna del legislador español (que puede no ser siempre la adecuada, *supra* Ap. II.2).

de delimitación previa para los operadores jurídicos vinculada con la calificación de las pretensiones. En la regulación de la ruptura de la pareja -típicamente divorcio respecto del matrimonio o disolución para las uniones civiles- y sus efectos, las soluciones en el marco jurídico se han fragmentado¹²⁰. Por una parte, se centran en los aspectos personales, esto es, la disolución del vínculo matrimonial (no así de las uniones, incluso formalizadas, que carecen de cualquier reglamentación supranacional) y los aspectos relativos a los hijos menores en común. Por otro lado, se concretan en lo que respecta a los aspectos económicos o patrimoniales, los que a su vez se escinden en cuestiones pertenecientes al régimen económico y a las obligaciones de alimentos derivadas de la ruptura. Esta especialización afecta tanto al ámbito de la competencia como a la determinación del derecho aplicable. Cada una de estas materias se encuentran sujetas hoy a distintos instrumentos internos, europeos y convencionales, siendo la elección de uno u otros de significativa importancia para el resultado del litigio y, en definitiva, para la tutela de los derechos e intereses de las partes implicadas. En este complicado de por sí potencial marco jurídico, la materia objeto de estudio viene a complicar aún más la labor de los operadores jurídicos, en la medida que su delimitación material (calificación) no resulta en todos los casos sencilla ni automática para concretar el sistema aplicable.

30. Para los litigios transfronterizos relativos al destino de la vivienda -y ajuar familiar-, cuando esta pretensión no está vinculada a los menores en común¹²¹ sino a las partes integrantes de la hasta ahora unión, el marco de DIPr aplicable puede variar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. En aquellos supuestos en los que no quepa encajarse en el marco del régimen económico -a la luz de los Reglamentos de 2016, para las uniones matrimoniales y de hecho registradas, y en todo caso para las uniones de facto no formales- cabría plantear varias opciones para resolver y localizar el sistema de DIPr operativo. La aproximación que resulta más conveniente de articular, ya que coadyuva con el objetivo de conseguir la mayor previsibilidad y seguridad jurídica para las partes en este tipo de pleitos¹²², es la de considerar tales medidas como alimentos en sentido europeo (en especie)¹²³ cuando así sea posible. De esta forma, se permitiría a las partes beneficiarse de la unificación de normas de competencia y de ley aplicable, dentro de la UE¹²⁴. Las autoridades nacionales de los Estados miembros (incluida Dinamarca) aplicarían el Reglamento 4/2009 para concretar la competencia, así como las cuestiones de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sobre la materia en el mercado interior¹²⁵. Además de la seguridad jurídica que esta aproximación aporta a los operadores jurídicos, resulta que es una solución razonable y adecuada desde el punto de la naturaleza de la medida en cuestión.

¹²⁰ Siendo en el ámbito de los divorcios transfronterizos en los que los tribunales deben articular los distintos instrumentos europeos y convencionales concurrentes para resolver las distintas cuestiones implicadas en este tipo de litigios. Un análisis de esta problemática en R. ESPINOSA CALABUIG, "Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination", en N. RUIZ ABOU-NICH; M. B. NOGHETAQUELA (Eds), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edimburg University Press, 2019, pp. 65-82.

¹²¹ Siendo en ese caso una medida de protección de menores, por lo que el tribunal español tendría que aplicar para las cuestiones de competencia y reconocimiento el Reglamento 2019/1111 y en su defecto, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre protección de los niños, y en todo caso este texto convencional para la cuestión de la Ley aplicable. *Vid.* M^a. A. CEBRIÁN SALVAT, "Los efectos patrimoniales de las parejas...", *ob. cit.*, p. 137. Aunque hay doctrina que establece que cuando la atribución de la vivienda familiar se vincula a la custodia de los hijos, debe calificarse como de naturaleza alimenticia en especie). En este sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes Económicos Matrimoniales...*, *ob. cit.*, p. 114.

¹²² Especialmente en relación con las uniones civiles en la medida que hay sistemas de fuente interna, como el español, que no tienen prevista solución alguna en materia de competencia y de ley aplicable para este tipo de uniones fuera de la institución del matrimonio.

¹²³ En este sentido, podemos encontrar manifestaciones favorables de la doctrina nacional, como es el caso de A. L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I, 18^a ed., Comares, 2018, p. 495.

¹²⁴ Fuera del ámbito de aplicación territorial de este Reglamento habría que localizar los posibles instrumentos internacionales con soluciones de competencia y reconocimiento aplicables en esta materia: como es el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, del que es parte la propia UE (en vigor para esta desde el 1 de agosto de 2014), y vincula con terceros Estados signatarios (como Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

¹²⁵ Siendo el PH 2007 el aplicable para determinar la Ley rectora del fondo, por remisión del art. 15 del Reglamento 4/2009, a excepción de Dinamarca cuyas autoridades aplicaría el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

The Fight Against Greenwashing in the European Union: Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, and the Portuguese Case^{*}

O Combate ao *Greenwashing* na União Europeia: A Diretiva (EU) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024 e o caso português

SÉRGIO MANUEL DA COSTA MACHADO*

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto e Professor Adjunto Convidado da Escola Superior de Ciências Empresariais do Instituto Politécnico de Viana do Castelo; Investigador Integrado do CEJEIA (Centro de Estudos Jurídicos Económicos, Internacionais e Ambientais).

Recibido: 01.01.2025 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9333

Abstract: In contemporary society, issues of environmental protection are a constant concern and can challenge acquired habits, as well as the acquisition of goods and products. Thus, the consumer is called to have an active and proactive role in sustainable development, as their choices, to a certain extent, will focus on goods and services that are less harmful to the environment.

It is certain that humans, as consumers, need to acquire goods and services to meet their essential needs and, in this sense, play a primordial role in the development of the economic and commercial circuit, aiming to address their deficiencies. To do so, they need true, reliable information about the products and services they intend to acquire so that they are sustainable and less harmful to the environment.

However, in commercial relations between professionals and consumers, advertising practices are used by economic agents to claim that their products, goods, and services are the least harmful to the environment. This is where greenwashing comes in, which is nothing more than a false environmental claim aimed at suggesting or giving the impression, through advertising or marketing campaigns, that a certain product, good, or service has a less harmful environmental impact. But, in reality, such environmental claims are unfounded, inaccurate, incorrect, or even false.

Following the European Green Deal, around the circular economy, there is a concern by the European Union in combating greenwashing practices, ecological bleaching, or eco-bleaching. In this fight, the Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, emerges, aiming to combat unfair commercial practices that prevent consumers from making the most sustainable choices for the environment.

Keywords: Greenwashing; environmental sustainability; consumer; unfair commercial practices.

Resumo: Na sociedade contemporânea as questões de proteção ao meio ambiente são uma preocupação constante e que podem colocar em causa os hábitos adquiridos, bem como as aquisições de bens e produtos. Deste modo, o consumidor é chamado a ter um papel ativo e pró-ativo no desenvolvimento sustentável, pois as suas escolhas, em certa medida, vão incidir sobre bens e serviços que sejam menos lesivos do ambiente.

*sergiomachado@por.ulusiada.pt

Certo que, o ser humano, enquanto consumidor, necessita de adquirir bens e serviços para suprir as suas necessidades essenciais e nessa medida tem um papel primordial no desenvolvimento do circuito económico e comercial, no sentido de colmatar as suas carências. Para tal, necessita que tenha informações verdadeiras, fidedignas acerca dos produtos e serviços que pretende adquirir no sentido que sejam sustentáveis e pouco lesivos ao meio ambiente.

Todavia, nas relações comerciais, entre profissionais e consumidores, são utilizadas práticas publicitárias, pelos agentes económicos, que os seus produtos, bens e serviços são os menos lesivos para o ambiente. É aqui que surge, o *greenwashing* que não passa de uma falsa alegação ambiental e tem por objetivo sugerir ou dar a impressão, através de meios publicitários ou de campanhas de *marketing*, de um determinado produto, bem ou serviço tem um impacto ambiental menos nocivo para o ambiente, mas, no fundo, tais alegações ambientais são infundadas, imprecisas, inexatas ou até mesmo falsas.

Dando seguimento ao pacto ecológico europeu, em torno da economia circular, existe uma preocupação por parte da União Europeia no combate a práticas *greenwashing*, branqueamento ecológico ou eco-branqueamento. Neste combate é que surge a Diretiva (EU) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024, que visa combater as práticas comerciais desleais que impedem os consumidores de fazer as escolhas mais sustentáveis para o meio ambiente.

Palavras-Chave: *Greenwashing*, sustentabilidade ambiental, consumidor, práticas comerciais desleais.

Sumario: I. Introduction; II. Environmental Sustainability; III. The Concept of Consumer and Unfair Commercial Practices: The Portuguese Legal System; IV. The Fight Against Greenwashing in the European Union; V. Final Considerations.

I. Introduction

1. With the economic growth we have been witnessing, especially since World War II, there is also a significant change in consumer society. New paradigms and consumption patterns have emerged¹. As such, around the late 1960s, new legal instruments emerged to safeguard consumer relations, aiming at consumer protection².

2. The European Union has since introduced Directives to defend consumer relations. Initially, there was a need to regulate the commercialization of products such as foodstuffs, particularly regarding price indication. Among others, regulations on the marketing of dangerous products, misleading advertising, liability for defective products, and sales outside commercial establishments or distance sales have also emerged. There are also norms related to consumer credit, unfair commercial practices, product warranty conditions, among other important aspects for the consumer³.

¹ This text was based on our study: vide Sérgio Manuel da Costa Machado, “Greenwashing, branqueamento ecológico ou eco-branqueamento: uma prática comercial desleal”, *Nuevas Perspectivas del Derecho en Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Porto, 2024, pp. 452-467. S. Passinhas, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 36-42.

² S. PIEDELÉVRE, *Droit de La Consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 1 et seq.. On the legislative evolution of consumer protection in the European Union, see, M. T. ÁLVAREZ MORENO, *La Protección Jurídica En La Contratación En General*, Reus, Madrid, 2015, p. 6 et seq., in which the author outlines four phases of consumer protection within the European Union: 1) the era of merchants (1957 to 1974); 2) the Europe of citizens (1974 to 1984); 3) the relationship between Europe and citizens (1984 to 2001); 4) which begins in 2001, called “reorganization and consolidation of consumer protection standards,” starting with the European Commission’s Communication on “European Contract Law” of 11.07.2001 [COM (2001) 398 final], as well as the “Green Paper” on consumer protection in the European Union [COM (2001) 531 final], presented by the Commission on 02.10.2001. See also, A. LEÓN ARCE, *El Consumo Como Realidad Social, Económica Y Jurídica*, in *Derecho de Los Consumidores y Usuarios – Doctrina, Normativa, Jurisprudencia, Formularios*, Tomo I, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 59 et seq..

³ Cfr. D. F. GATTA SÁNCHEZ, “Sistema Normativo, Competencias y Organización Administrativa en Materia de Consumo: Unión Europea, Estado y Comunidad de Castilla y León”, *Estudios Sobre Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 134 et seq.; T. HUALDE MANSO, *Del Consumidor Informado al Consumidor Real – El Futuro del Derecho de Consumo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 11 et seq.; C. LASARTE, *Manual Sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, 12.^a ed., Dykinson, Madrid, 2022, pp. 15-28.

3. In this regard, Consumer Law has a function of preventing imbalances, as it is closely related to the principle of commutative justice, aiming to lead to a contractual balance⁴.

4. It is clear that, over the last few decades, consumer law has primarily focused on protecting consumers when acquiring goods (such as refrigerators, radios, televisions, etc.). Next, there is a concern to protect consumers concerning services provided to them (for example, water supply, electricity, gas, telephone, etc.). Thirdly, there is a concern to protect the digital consumer. Finally, and more recently, there is a concern with environmental sustainability issues⁵.

5. For all the reasons presented and given the current circumstances, consumer law is constantly being altered and adjusted. Such changes have significant impacts on the economy, politics, industry, and, in general, the entire society. This is the challenge of consumer law, at each time or moment, to know its scope and reach.

II. Environmental Sustainability

6. The environment is now one of the fundamental concerns of our planet⁶. Environmental issues become a community problem and a political issue⁷. As such, the legal environment is challenged due to the damages inflicted upon it⁸, leading to several alerts for behavioral changes.

7. Environmental degradation is scientifically presented as being, on a large scale, due to the acceleration of economic and technological development that intensified with industrialization, particularly from the 19th century, in Western civilization⁹. Since the late 20th century, concerns about environmental quality and the need to preserve it have been felt worldwide, even in countries globally more averse to the environmental protection movement¹⁰.

8. With alerts about environmental issues, the European Union¹¹ has not remained indifferent and has played an important and decisive role, defining strategies to empower the consumer for the ecological transition, regulate the actions of economic operators, ensure sustainable consumption, and guarantee greater durability of goods. Consequently, in recent years, environmental sustainability issues have entered the concerns of consumer law, aiming to outline policies and legislation for more sustainable choices by consumers¹².

⁴ A. AGOSTINHO GUEDES, *Estudos Sobre a Decisão Judicial – Coordenadas da decisão Judicial em Direito Privado*, UCP Editora, Lisboa, 2024, pp. 53-55. For an understanding of the contractual balance in consumer contracts, particularly in B2C relationships, see A. F. MORAIS ANTUNES, “Equilíbrio negocial e fair dealing no Direito dos contratos”, *Encontros de Direito Civil – Limites à Autonomia Privada*, UCP Editora, Lisboa, 2023, p. 141 et seq..

⁵ M. BEJA, *Sociedade de Consumo e Consumidores em Portugal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2023, pp. 67-92.

⁶ A. CRISTAS, “A Sustentabilidade no Centro da Evolução Legislativa Europeia: Os novos princípios estruturantes da taxonomia climática e ambiental e os seus reflexos”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 843-860.

⁷ F. REIS CONDESSO, *Direito do Ambiente – Ambiente e Território. Urbanismo e Reabilitação Urbana*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 14-16

⁸ M. MIRANDA BARBOSA, *A dignidade da Pessoa – A fundamentação do jurídico, a (re)compreensão do direito à luz do dever e o bloqueio da simples aspiração*, Gestlegal, Coimbra, 2024, pp. 272-294.

⁹ M. G. F. P. D. GARCIA, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 59.

¹⁰ C. AMADO GOMES AND H. CHENG LEONG, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 6.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2023, pp. 27-36.

¹¹ Regarding environmental protection in the European Union and environmental responsibility, see C. ARAGÃO SEIA, *A Responsabilidade Ambiental na União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2022, p. 23 et seq..

¹² On the evolution of the general lines of the European Union in the protection, empowerment of the consumer for the ecological transition, and issues surrounding environmental sustainability, see S. ALMEIDA, “A tutela e a capacitação do consumidor para a transição ecológica: linhas gerais do quadro europeu e seus reflexos no ordenamento luso”, *Novo Liber Amicorum Mário Frota – Sempre a Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 827-831.

9. For example, related to environmental concerns, the European Union has briefly highlighted some initiatives, such as: “in 2001, the European Union (EU) adopted a strategy for sustainable development, which was revised in 2006, providing «a long-term vision of sustainability in which economic growth, social cohesion, and environmental protection are inseparable and mutually reinforcing»”¹³.

10. In December 2015, the European Commission published an EU Action Plan for the Circular Economy, stating: “the transition to a more circular economy, in which the value of products, materials, and resources is maintained in the economy for as long as possible, and waste production is minimized, is a fundamental contribution to the EU’s efforts to develop a sustainable, low-carbon, resource-efficient, and competitive economy. This transition is an opportunity to transform our economy and create new and sustainable competitive advantages for Europe”¹⁴.

11. In December 2019, the European Commission launched the European Green Deal with the aim of reducing carbon dioxide emissions by 2050, preserving natural heritage, biodiversity, and investing in cutting-edge research and innovation to combat the climate crisis¹⁵.

12. In March 2020, the European Commission outlined the New Circular Economy Action Plan, following the European Green Deal (Green Deal), with the aim of “accelerating the transition to a regenerative growth model that gives back to the planet more than it takes, moving towards resource consumption not exceeding planetary boundaries, and in that aim, striving to reduce the ecological impact of consumption and doubling the rate of circular material use in the next decade”¹⁶. In November 2020, the European Commission outlined the New Consumer Agenda, the EU’s consumer policy for the period 2021 to 2025¹⁷, in five priority areas: green transition; digital transformation; enforcement and redress of consumer rights; specific needs of certain consumer groups; and international cooperation. Thus, it highlighted sustainable consumption as one of the EU’s concerns.

13. At the end of February 2024, the Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, was approved, amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU regarding the empowerment of consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information¹⁸, with transposition to be carried out by Member States by March 27, 2026, with its provisions applicable from September 27, 2026. This Directive aims to combat unfair commercial practices, including: misleading environmental claims, or greenwashing, ecological bleaching or eco-bleaching practices; early obsolescence of goods; the use of non-transparent and non-credible sustainability labels or sustainability information tools; and improving the information that should be available to consumers, to promote circular and ecological choices, through a harmonized label.

¹³ European Union, “Desenvolvimento Sustentável”, available at [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=LEGISSUM:sustainable_development](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=LEGISSUM:sustainable_development), last accessed November 29, 2024.

¹⁴ European Commission, “Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Closing the loop – an EU action plan for the circular economy”, COM/2015/0614 final, available at [www: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614), last accessed November 29, 2024.

¹⁵ European Council, “European Green Deal”, available at [www: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/](https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/), last accessed November 29, 2024.

¹⁶ European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions”, available at [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=COM:2020:98:FIN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=COM:2020:98:FIN), last accessed November 29, 2024.

¹⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “New Consumer Agenda – Strengthening consumer resilience for sustainable recovery” COM (2020) 696 final, available at [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696), last accessed November 29, 2024.

¹⁸ Regarding the whole process: European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)*, EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:52022PC0143>, last accessed November 29, 2024.

III. The Concept of Consumer and Unfair Commercial Practices: The Portuguese Legal System

14. At the beginning of the 19th century, a codification movement was observed on the European continent. Initially, in France, in 1804¹⁹, the first Civil Code emerged, considered a legislative monument, which greatly influenced the 19th-century European codifications²⁰.

15. However, the legal concept of the consumer was entirely unknown in the 19th-century codifications. These codifications greatly influenced the 20th-century codifications, which still mark today's legal systems, where the legal concept of the consumer is unknown; thus, various doubts persist today regarding the concept of the consumer, as seen in legislation, jurisprudence, and doctrine²¹.

16. As BAPTISTA DE OLIVEIRA informs us, the first movements associated with the awareness of the intrinsic imbalance in the contractual consumer relationship emerged in the 1920s in the United States of America, leading to the initial concerns about consumer rights, as the weaker party in a legal relationship. In Europe, this consumer protection movement began in the 1950²².

17. A historical milestone in consumer protection is the speech by US President John F. Kennedy, delivered to Congress on March 15, 1962, in which he states: “consumers, by definition, we are all.” From here, a legislative movement gradually began to protect consumer relations, particularly the weaker party, the consumer²³.

18. In Europe, the first step towards a notion of consumer emerged in the “Consumer Protection Charter of the Council of Europe” of May 17, 1973, defining it as “«a natural or legal person to whom goods are supplied and services are provided for private use»”²⁴.

19. Subsequently, the European Economic Community (now the European Union) in the Preliminary Program of 1975, aimed at consumer protection, indicated that “in the future, the consumer will not only be considered as a buyer or user of goods and services for personal, family or collective use but as a person who participates in the various aspects of social life that can affect them directly or indirectly as a consumer”²⁵. From here, the European Economic Community initiated a legislative process aimed at protecting consumers, promoting their rights and interests, specifically through the issuance of Directives.

20. We note some Directives, as examples, that advance a notion of the consumer²⁶: 1) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of May 11, 2005, concerning unfair busi-

¹⁹ On the conditions for the drafting, writing, and promulgation of the French Civil Code of 1804, see R. C. VAN CAENEGEM, *Introduction Historique au Droit Privé*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1988. P. 3 et seq., considering that the French Civil Code of 1804 was an important milestone for the time, affirming property law and family law. The French Civil Code of 1804 sought a new society to concretize freedom and equality (only legal), but not fraternity itself. See M. ASCHERI, *Introduzione Storica al Diritto Moderno e Contemporaneo – Lezioni e Documenti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 278.

²⁰ ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Storia del Diritto in Europa – Dal Medioevo all'età contemporânea*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 2007, p. 465.

²¹ J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2024, pp. 77-78.

²² F. BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor: Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 47.

²³ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 35; A. HIDALGO CEREZO, *Nuevas Tendencias de Derecho de Consumo – Aspectos generales, legislación especial y de consumo digital*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 31-34.

²⁴ F. BAPTISTA DE OLIVEIRA, *cit.*, p. 47.

²⁵ Council of the European Communities, “Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary program of the European Economic Community for a consumer protection and information policy”, Official Journal of the European Communities, 1975, p. 66.

²⁶ At the level of the European Union, the concept of a consumer varies from Directive to Directive without a unified definition: see, B. SCHÜLLER, “The Definition Of Consumers In EU Consumer Law”, *European Consumer Protection – Theory And Practice*, Edited by James Devenney and Mel Kenny, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 124, which considers that a consumer is a person acting for non-commercial or professional purposes.

ness-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No 2006/2004 («Unfair Commercial Practices Directive»), in Article 2(a), states: “«Consumer» means any natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside their trade, business, craft or profession”; 2) Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of October 25, 2011, on consumer rights, in Article 2(1), states: “«Consumer» means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside their trade, business, craft or profession”; 3) Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of May 20, 2019, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, in Article 2(6), states: “«Consumer» means any natural person who, in relation to contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside their trade, business, craft or profession”.

21. Regarding the Portuguese legal system, there is no single concept of the consumer. Instead, various notions of the consumer can be found, with the Consumer Protection Law (Law No. 24/96, of July 31) being the most relevant, as it incorporates the general principles of consumer law²⁷. Under Article 2(1) of the Consumer Protection Law, a consumer is understood as “anyone to whom goods are supplied, services are provided or any rights are transferred for non-professional use by a person who engages in a professional economic activity aimed at obtaining benefits”²⁸.

22. Thus, a consumer is considered to be the purchaser of a good or service for purposes not related to their professional activity, i.e., for private use, whether personal, family, or domestic. Acquisitions of goods to meet professional or business needs are not considered²⁹.

23. In case of doubt about the consumer’s status, under the rules of burden of proof distribution provided in Article 342(1) of the Portuguese Civil Code, it is up to the allegedly injured party to prove it³⁰.

24. It should be noted that, in the case of mixed use, Article 49 of Decree-Law No. 84/2021, of October 18 (regulates consumer rights in the purchase and sale of goods, digital content, and services, transposing Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2019/770), states the following: “the verification of professional use of goods, digital content, or services by the consumer, provided that the commercial purpose is not predominant in the overall context of the contract, does not preclude the application of the regime provided for in this decree-law”³¹.

²⁷ F. D. GRAVATO MORAIS, *Teoria Geral das Obrigações. A Relação Jurídica Obrigacional – Fontes das Obrigações: Contratos*, Vol. I, Editora d’Ideias, Coimbra, 2024, pp. 18-21.

²⁸ In Portuguese legislation, we find various notions of consumer, such as Article 4(1)(a) of Decree-Law No. 133/2009, of June 2 (Consumer Credit Contracts): “«Consumer» means a natural person who, in the legal transactions covered by this decree-law, acts for purposes outside their commercial or professional activity”; Article 3(e) of Decree-Law No. 24/2014, of February 14 (Distance and Off-Premises Contracts): “Consumer means a natural person acting for purposes outside their commercial, industrial, craft, or professional activity”; Article 2(g) of Decree-Law No. 84/2021, of October 18 (Consumer Rights in the Purchase and Sale of Goods, Digital Content, and Services): “Consumer means a natural person who, in relation to contracts covered by this decree-law, acts for purposes outside their commercial, industrial, craft, or professional activity”. See J. ENGRÁCIA ANTUNES, “O Conceito de Consumidor”, *Revista de Direito Civil*, No. 4, 2018, pp. 771-796; N. M. PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda – Introdução, Formação do Contrato*, Vol. I, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 121-210.

²⁹ In this sense, see the Judgment of the Supreme Court of May 15, 2003, Case No. 03B1015, Rapporteur Abílio Vasconcelos; as well as the Judgment of the Supreme Court of May 27, 2008, Case No. 08A1104, Rapporteur Paulo Sá, both available at www.dgsi.pt, last accessed on November 15, 2024.

³⁰ In this sense, see the Judgment of the Supreme Court of March 24, 2015, Case No. 7002.11.OTBOER.L1.S1, Rapporteur Gregório Silva Jesus, *Coletânea de Jurisprudência*, Vol. I, 2015, pp. 167-173: “according to the rules of distribution of the burden of proof provided in Article 342(1) of the Civil Code, it will be up to the allegedly injured party to prove their status as a “consumer””.

³¹ In the law of the European Union, the criterion of predominant use is already adopted. For example, recital 17 of Directive 2011/83/EU on consumer rights states that “in the case of dual-purpose contracts, if the contract is concluded for purposes related partly to the person’s trade and partly outside it and the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract, that person should also be considered a consumer”, see, A. JUÁREZ TORREJÓN, *Garantías y Servicios Postventa a Favor de los Consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 55-58; J. MORAIS CARVALHO and J. CAMPOS CARVALHO,

25. Without entering into other considerations, briefly, we note that the consumer is exposed to the most diverse behaviors of a professional. Thus, the consumer is subject to acts and omissions of information that can be harmful and detrimental to their personal and family life, i.e., they are in a position of vulnerability³², subject to unfair commercial practices that can pose risks, such as, for example, entering into a transaction that they would not have otherwise made³³.

26. Unfair commercial practices in the Portuguese legal system are regulated by Decree-Law No. 57/2008, of March 26, resulting from the transposition of a European Directive aimed at business-to-consumer relations. This is Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of May 11³⁴, concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, which aims to prevent behaviors that directly harm consumers' economic interests³⁵.

27. Decree-Law No. 57/2008, of March 26, prohibits, in Article 4, unfair commercial practices. Article 5(1) of the same Decree-Law provides a general clause that establishes as “unfair any commercial practice that is contrary to professional diligence and that distorts or is likely to distort substantially the economic behavior of the average consumer whom it reaches or affects with regard to a particular good or service.” This notion is translated as follows: if it is a legal consumer relationship, there is a commercial practice, and that commercial practice must be contrary to professional diligence, and finally, that commercial practice distorts the consumer's economic behavior³⁶.

28. For assessment criteria and according to Decree-Law No. 57/2008, of March 26, it is understood: “«Commercial practice of the company in relations with consumers, or, briefly, commercial practice»: any action, omission, conduct, or assertion by a professional, including advertising and commercial promotion, directly related to the promotion, sale or supply of a good or service to the consumer” (Article 3(d)); “«Substantially distort the economic behavior of consumers» the carrying out of a commercial practice that significantly impairs the consumer's ability to make an informed decision, leading them, consequently, to take a transaction decision that they would not have otherwise taken” (Article 3(e)); “«Professional diligence» the standard of specialized competence and care that can reasonably be expected from a professional in their dealings with consumers, assessed according to honest market practice and/or the general principle of good faith in the professional's field of activity” (Article 3(f)).

“O(s) Contrato(s) de Fornecimento de Conteúdos ou Serviços Digitais”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 415-416.

³² As observes, M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Consumidor Vulnerable*, Reus, Madrid, 2015, p. 23, the consumer's vulnerability should be assessed in the abstract and considering a particular circumstance. See also S. PASSINHAS, “O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 15, 2019, pp. 258-263.

³³ M. MIRANDA BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito*, 2.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 813 e 814.

³⁴ The process that led to Directive 2005/29/EC of the European Parliament and the Council of May 11 began in the 1960s, bringing together elements of Private, Public, and Criminal Law, dispersed until then in the legal instruments of the various Member States: see, H.-W. MICKLITZ, “A General Framework Directive on Fair Trading”, *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices – Contract, Consume and Competition Law Implications*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 43 et seq.; S. NEWMAN RODRÍGUEZ, “Directiva 2005/29/CE Sobre Práticas Comerciales Desleales: La Protección de Los Consumidores En Europa”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, No. 2, 2009, p. 33 et seq.; B. B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks In The Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Heidelberg - New York - Dordrecht - London, 2015, p. 14 et seq.; C. GOANTÁ, *Convergence In European Consumer Sales Law – A Comparative And Numerical Approach*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 125 et seq..

³⁵ A. SOVERAL MARTINS, “A Transposição da Directiva Sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, p. 571; C. FUENTESECA DEGENEFÉ, *Práticas Comerciales Desleales y Validez del Contrato – El último inciso del art. 19.2 TRLGDCU*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 11 et seq.; A. CASADO NAVARRO, *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores – Relaciones entre el derecho contractual de consumo y el derecho de la competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 23 et seq..

³⁶ L. M. T. MENEZES LEITÃO, “A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais”, *I Congresso De Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 75; S. PASSINHAS, “A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, No. 13, 2017, p. 107 et seq..

29. Besides the general clause, Article 6 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, refers to special provisions on unfair commercial practices: “a) Commercial practices likely to substantially distort the economic behavior of a clearly identifiable group of particularly vulnerable consumers, due to their mental or physical infirmity, age, or credulity, in relation to the commercial practice or the underlying good or service, if the professional could reasonably foresee that their conduct would be likely to cause such distortion; b) Misleading commercial practices and aggressive commercial practices referred to in Articles 7, 9, and 11; c) Misleading commercial practices and aggressive commercial practices referred to, respectively, in Articles 8 and 12, considered as such in any circumstances”.

30. Misleading actions are provided for in Article 7 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, which, in general terms, are considered “the commercial practice that contains false information or that, even if factually correct, by any means, including its overall presentation, deceives or is likely to deceive the consumer concerning one or more of the elements listed below and that, in both cases, leads or is likely to lead the consumer to take a transaction decision that they would not have taken otherwise.” Misleading omissions are found in Article 9 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, which, in general terms, can occur when: “the professional omits material information necessary for an informed transactional decision by the consumer; when the professional hides or provides information in an unclear, unintelligible, ambiguous, or untimely manner; when the professional fails to identify the commercial intent of the practice if not already apparent from the context.” Article 8 of the said Decree-Law lists various misleading commercial practices in any circumstances, including a “blacklist” of misleading business practices.

31. Article 11 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, considers “a commercial practice to be aggressive if, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to impair the consumer’s freedom of choice or conduct concerning a good or service and, therefore, leads or is likely to lead the consumer to make a transactional decision that they would not have taken otherwise.” Article 12 of the same Decree-Law also establishes an extensive “blacklist” of aggressive commercial practices in any circumstances.

32. Finally, it is important to highlight the means of reacting to unfair commercial practices, which are combated in both public and private domains. The public domain involves the imposition of an administrative fine or precautionary measures, payment of fines, and judicialization of the Public Administration – Articles 19, 20, and 21 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26. The private domain allows for civil actions, whether for civil liability or price reduction or contract resolution (actions carried out by the consumer) – Article 14 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26. Moreover, there is always the possibility of an injunction to cease conduct harmful to the consumer – Article 16 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26³⁷.

33. Consider, for example, the following: Maria is concerned about environmental issues and makes a conscious effort to buy environmentally friendly products produced under fair conditions. In July 2024, Maria bought from the company “Health and Beauty,” through its website, cosmetic products described as: “100% organic,” “responsibly and sustainably produced for the environment,” “biodegradable formula,” “products with a positive impact on the environment,” and “certified as the most environmentally friendly products”.

³⁷ A. MENEZES LEITÃO, *Direito do Consumo*, AAFDL, Lisboa, 2023, pp. 167-168. In Portuguese jurisprudence, we can see the Judgment of the Lisbon Court of Appeal of July 8, 2017, Case No. 1199/16.0Y5LSB-3, Rapporteur A. Augusto Lourenço, where a telecommunications operator was condemned for misleading advertising practices, under Articles 7(1)(b) and 21(1), both of Decree-Law No. 57/2008, of March 26. Also, the Judgment of the Lisbon Court of Appeal of March 18, 2024, Case No. 236/23.6YUSTR.L1-PICRS, Rapporteur Paulo Registo, considered: “The offer of false information or even the presentation of true information by the company, provided that they mislead or are likely to mislead the consumer concerning the contractual elements provided for in the various subparagraphs of Article 7(1) of DL No. 57/2008, of March 26, should be considered “misleading commercial practice” and, therefore, prohibited by law,” both available at www.dgsi.pt, last accessed on November 15, 2024.

34. Convinced by “Health and Beauty” that she was making the most ecological choice possible, Maria was very surprised, after receiving the cosmetic products, to find that they were only one color, green, composed of harmful chemicals, and not carrying any certification, notably the “EU Ecolabel”³⁸. She immediately realized that the received products did not match the advertised ones, i.e., they were not “environmentally friendly” products. Maria felt deceived.

35. In this hypothetical case, the consumer can claim an unfair commercial practice since the environmental claims of the cosmetic products should be presented clearly, unequivocally, with truthful information that can be verified. In the presented example, and under Portuguese law, we may be led to a misleading action - Article 7 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, as well as a misleading omission - Article 9 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26, with the burden of proof on the supplier of the cosmetic products that they possess the announced characteristics, as provided for in Article 22 of Decree-Law No. 57/2008, of March 26.

IV. The Fight Against Greenwashing in the European Union

36. In contemporary society, the call for more sustainable consumption leads consumers to choose products, goods, and services that are less harmful to the environment. However, consumers are often misled in their choices, as they are not making the most sustainable choices.

37. Many consumers nowadays opt to buy goods and products that are less harmful to the environment as a way to play an active role in sustainability. Moreover, consumption can be a form of political commitment, with choices based on values of justice and equity. Citizens take responsibility for contributing to political and social change through boycotts, buycotts, fair trade, green consumption, and anti-consumption³⁹.

38. The existence of false environmental claims can lead consumers to make decisions they did not intend to make. Thus, the consumer is placed in a position of particular vulnerability, as they are often not familiar or informed about greenwashing practices⁴⁰.

39. We can say, simply, that greenwashing manifests itself in a widespread commercial practice that can be harmful to consumers. This practice aims to suggest or give the impression, through advertising or marketing, that a certain product or service has a positive sustainable impact on the environment, but in reality, such environmental claims are unfounded, inaccurate, incorrect, or even false.

40. It should be emphasized that greenwashing can be identified by the color, usually green, used on the product packaging, with the inclusion of vague symbols and references that may be present, such as “ecological,” “green,” “environmentally friendly,” or “environmentally respectful,” misleading the consumer about its sustainability, as well as the manufacturing method. However, false environmental claims are easily justified by the lack of financial capacity to adapt companies to new manufacturing methods and production models governed by sustainable development policies.

³⁸ For better understanding, see: European Union, *Ecolabel: O rótulo ecológico da UE*, Your Europe, https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/labels-markings/ecolabel/index_pt.htm, last accessed November 29, 2024.

³⁹ S. PASSINHAS, *Propriedade...*, *cit.*, pp. 38-39.

⁴⁰ For an approach to greenwashing practices, see, among others, D. SILVA, “O Combate ao greenwashing na União Europeia”, *VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*, Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação. Universidade do Minho. Escola de Direito, Braga, 2022, pp. 152-161; D. BLADT, G. VAN CAPELLEVEEN and D. MURAT YAZAN, “The influence of greenwashing practices on brand attitude: A multidimensional consumer analysis in Germany”, *Business Strategy and the Environment*, No. 10, 2023, pp. 597-625; A. MIRANDA AN-GUITA, “Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o greenwashing”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, No. 1, 2024, pp. 423-459.

41. However, some companies gradually implement sustainable development policies, where their advertisements or marketing campaigns use ways to convey truthful information to consumers, known as green marketing⁴¹.

42. With the general population's access to communication means and new technologies, such as a computer with internet access, we see an increase in advertising campaigns about products and services whose utility and effects are often unknown. Many of these products only have their main characteristics visible, without reference to their consumption dangers. On the other hand, now more than ever, online shopping is increasingly accessible, requiring just a click. There is no consumer awareness nor merchant responsibility in most cases. For example, imposing the obligation to expose the buyer to the negative and positive aspects of a product or even a link so that, during electronic purchases, the consumer is required to read and accept the quality principles and the negative and positive effects of the product. Creating a link for a more complete description and the risks involved in using the product would be an alternative.

43. Young people, in particular, are a large group open to new technologies and everything they offer. They are therefore heavily encouraged to consume due to age, fashion issues, vanity, among others. They consume without reflecting on the product, its components, and everything that comes from using them. Campaigns for greater awareness and education, providing an electronic description (e.g., keyRcode) of the product's characteristics, aid in decision-making at the time of purchase. Besides a computer, the population has a mobile phone, tablet, and other devices that easily allow reading such information.

44. The increase in consumer misinformation campaigns is another reality. Campaigns only focus on highlighting the best qualities and effects of acquiring and using a product. What is important is to make it appear that all products are magnificent and of the best quality. However, many of these end up sometimes compromising consumer safety, causing environmental pollution, among others.

45. Aggressive sales tactics are another factor that contributes significantly to product consumption. Pressure to consume, often accompanied by gift offers, special prices, lead consumers to purchase the product without reflecting on it. The obligation to buy one good when purchasing another is another issue that, indirectly, can lead to consuming unsustainable products.

46. Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU concerning empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information demonstrates the European Union's concern for environmental issues, besides leaving a significant challenge to all Member States as observed in recital 1 of the Directive which states: "in order to contribute to the proper functioning of the internal market, based on a high level of consumer protection and environmental protection, and to make progress in the green transition, it is essential that consumers can make informed purchasing decisions and thus contribute to more sustainable consumption patterns. That implies that traders have a responsibility to provide clear, relevant, and reliable information. Therefore, specific rules should be introduced in Union consumer law to tackle unfair commercial practices that mislead consumers and prevent them from making sustainable consumption choices, such as practices associated with the early obsolescence of goods, misleading environmental claims ('greenwashing'), misleading information about the social characteristics of products or traders' businesses, or non-transparent and non-credible sustainability labels. Those rules will enable competent national bodies to effectively address such practices. Ensuring that environmental claims are fair, understandable, and reliable will allow traders to operate on a level

⁴¹ R. MARIA D'ANGELO and D. VOCALELLI, "Green Marketing": An analysis of definitions, strategy steps, and tools through a systematic review of the literature", *Journal of Cleaner Production*, No. 165, 2017, pp. 1263-1279; A. URIBE AREVALO, "La responsabilidad del marketing verde", *Tendencias*, Vol. 24, No. 2, 2023, pp. 288-306.

playing field and will enable consumers to choose products that are genuinely better for the environment than competing products. This will encourage competition leading to more environmentally sustainable products, thereby reducing the negative impact on the environment.” Recital 6 of the said Directive also mentions: “comparing products based on their environmental or social characteristics or circularity aspects, such as durability, reparability, or recyclability, is an increasingly common marketing technique that could mislead consumers, who are not always able to assess the reliability of that information. In order to ensure that such comparisons do not mislead consumers, Article 7 of Directive 2005/29/EC should be amended to require traders to provide consumers with information about the method of comparison, the products which are the object of comparison and the suppliers of those products, and the measures to keep information up to date. This should ensure that consumers make better-informed transactional decisions when relying on such comparisons. It should be ensured that such comparisons are objective by, in particular, comparing products which serve the same function, using a common method and common assumptions, and comparing material and verifiable features of the products being compared”.

47. The amendments to Directive 2005/29/EC introduced by Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, aim to ensure that professionals do not mislead consumers about environmental impacts, the duration, and repair of products; reinforce professionals’ duties of information regarding environmental claims, to combat greenwashing; and prohibit the display of sustainability labels that are not based on certification schemes or not established by public authorities.

48. Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, amends Article 2 of Directive 2005/29/EC, adding conceptual terms such as: “environmental claim” means any message or representation that is not mandatory under Union or national law, in any form, including text, pictorial, graphic, or symbolic representation, such as labels, brand names, company names, or product names, in the context of a commercial communication, and which states or implies that a product, product category, brand, or trader has a positive or zero impact on the environment or is less damaging to the environment than other products, product categories, brands or traders, or has improved its impact over time; “generic environmental claim” means any environmental claim made in written or oral form, including through audiovisual media, that is not included on a sustainability label and where the specification of the claim is not provided in clear and prominent terms on the same medium; “sustainability label” means any voluntary trust mark, quality mark or equivalent, either public or private, that aims to set apart and promote a product, a process or a business by reference to its environmental or social characteristics, or both, and excludes any mandatory label required under Union or national law; “certification scheme” means a third-party verification scheme that certifies that a product, process or business complies with certain requirements, that allows for the use of a corresponding sustainability label, and the terms of which, including its requirements, are publicly available and meet the following criteria: (i) the scheme is open under transparent, fair, and non-discriminatory terms to all traders willing and able to comply with the scheme’s requirements; (ii) the scheme’s requirements are developed by the scheme owner in consultation with relevant experts and stakeholders; (iii) the scheme sets out procedures for dealing with non-compliance with the scheme’s requirements and provides for the withdrawal or suspension of the use of the sustainability label by the trader in case of non-compliance with the scheme’s requirements; and (iv) the monitoring of a trader’s compliance with the scheme’s requirements is subject to an objective procedure and is carried out by a third party whose competence and independence from both the scheme owner and the trader are based on international, Union or national standards and procedures”.

49. Also, Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, introduces new prohibitions in Annex I of Directive 2005/29/EC, including: a) “Displaying a sustainability label that is not based on a certification scheme or not established by public authorities”; b) “Making a generic environmental claim for which the trader is not able to demonstrate recognized excellent environmental performance relevant to the claim”; c) “Making an environmental claim about

the entire product or the trader's entire business when it concerns only a certain aspect of the product or a specific activity of the trader's business"; d) "Claiming, based on the offsetting of greenhouse gas emissions, that a product has a neutral, reduced, or positive impact on the environment in terms of greenhouse gas emissions"; e) "Presenting requirements imposed by law on all products within the relevant product category on the Union market as a distinctive feature of the trader's offer"; f) "Withholding information from the consumer about the fact that a software update will negatively impact the functioning of goods with digital elements or the use of digital content or digital services"; g) "Presenting a software update as necessary when it only enhances functionality features"; k) "Any commercial communication in relation to a good containing a feature introduced to limit its durability despite information on the feature and its effects on the durability of the good being available to the trader"; l) "Falsely claiming that under normal conditions of use a good has a certain durability in terms of usage time or intensity"; m) "Presenting a good as allowing repair when it does not"; n) "Inducing the consumer to replace or replenish the consumables of a good earlier than necessary for technical reasons"; o) "Withholding information concerning the impairment of the functionality of a good when consumables, spare parts, or accessories not supplied by the original producer are used, or falsely claiming that such impairment will happen".

50. It is also important to note that Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, makes amendments to Directive 2011/83/EU of the European Parliament and the Council, of October 25, 2011, on consumer rights, aiming to reinforce information duties on the existence and duration of the commercial durability guarantee of a product, for all types of goods, as well as prohibiting practices related to the early obsolescence of goods.

51. In short, the European Union, through Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU regarding empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information, seeks to improve the criteria of information and communication limitations of products and goods. This aims to protect consumers, allowing them to make more sustainable purchases and gradually change habits and behaviors.

52. With this, the European Union aims to raise awareness among consumers of the various Member States to a new reality which is sustainable development. Thus, the importance of having a more informed consumer about the origin and manufacturing conditions of goods, as well as greenwashing practices, arises.

V. Final considerations

53. Consumer law today leads us to reflect on its role and what function it can play in environmental sustainability. The consumer is called to have an active and proactive behavior towards the challenges posed to environmental sustainability and, inherently, the entire circular economy. In the contemporary world, several challenges must be faced, deserving profound reflection from society in general.

54. Environmental sustainability depends on individual behavior. Excessive consumption and harmful products to the environment jeopardize everyone's well-being.

55. It is emphasized that consumer law aims, in essence, to protect consumers. However, there is a need for consumer law to adapt to emerging new realities, particularly in sustainable development. This is because it is essential to protect consumers and sensitize them to environmental issues.

56. As technologies facilitate the contracting of goods and services, particularly online, consumers make quick but often hasty decisions. The good is not physically visible, and the lack or even distortion of information contributes to this.

57. Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and the Council, of February 28, 2024, amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU regarding empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information, aims to combat unfair commercial practices, including misleading environmental claims, such as greenwashing, ecological bleaching or eco-bleaching; early obsolescence of goods; the use of non-transparent and non-credible sustainability labels or sustainability information tools; and improving the information that should be available to consumers, promoting more ecological choices through a harmonized label.

58. Here lies a significant challenge for the Member States of the European Union on a path towards more sustainable development.

59. We live in a period where major issues arise, and in the face of globalization, these tend to be solved on a global scale.

60. One of the biggest problems the world faces is related to global warming and, inherently, uncontrolled consumption, which certainly affects the entire population on a global scale. This new problem undoubtedly challenges environmental sustainability.

61. The issue of environmental sustainability is a central problem, implicitly linked to all other spheres of humanity: economic, social, cultural. Thus, it is possible to say that the problem can only be overcome by changing behaviors, both in production and consumption, such as new ways of producing, buying, educating, being, thinking, and living. Change happens in every part of our lives, and collectively it will translate into a more sustainable and environmentally friendly planet.

62. Therefore, facing future challenges means fully assuming the prerogatives of the globalization process, particularly as a warning of mutability that will lead us to a better world, discovering new models that are less harmful to the environment.

La regulación jurídica de la inteligencia artificial (IA) en Europa: dos pasos decisivos, aunque insuficientes, del Consejo de Europa y la Unión Europea*

The legal regulation of Artificial intelligence (AI) in Europe: two decisive (but insufficient) steps of the Council of Europe and the European Union

ELENA C. DÍAZ GALÁN

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-0914-8944

Recibido: 18.09.2024 / Aceptado: 20.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9334

Resumen: El presente trabajo examina los avances más notables que se han producido en la regulación de la Inteligencia Artificial (IA) en el continente europeo, a través de las dos organizaciones europeas más relevantes: El Consejo de Europa que aprobó el Convenio-Marco sobre la IA; y la Unión Europea (UE) que aprobó la denominada “Ley de IA”, en realidad, un Reglamento en la materia, ambos de 2024. Estos dos instrumentos son vitales para entender la regulación jurídica de esa materia en Europa, y en buena parte de la comunidad internacional. El estudio de estos instrumentos depara conclusiones útiles para conocer los detalles de la reglamentación normativa de la IA, al ser Europa pionera en la tarea destinada a su regulación.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Estado de derecho, principios éticos, supervisión humana, sanciones.

Abstract: This paper examines the most notable developments in the regulation of Artificial Intelligence (AI) on the European continent, through the two key European organizations: The Council of Europe adopted “The Framework Convention on Artificial Intelligence”; and the European Union adopted the “EU Artificial Intelligence Act” which is a European regulation on this field, both of 2024. These two instruments are vital to understanding the legal regulation of this matter in Europe as well as in much of the international community. The study of these norms provides useful conclusions for understanding the details of AI legal regulation, being Europe a pioneer in regulating it.

Keywords: fundamental rights, rule of law, ethical principles, human supervision, sanctions.

Sumario: I. Introducción. II. La labor del Consejo de Europa en el sector de la IA: La aprobación de un Convenio-Marco. 1. El proceso que condujo a la aprobación del Convenio-Marco. 2. La definición de la Inteligencia Artificial y el objeto del Convenio-Marco. 3. Principios y obligaciones que dimanen del Convenio-Marco. 4. Cómo hacer efectivas las obligaciones del Convenio-Marco.

* Este trabajo se ha hecho en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Agencia Estatal de Investigación y titulado “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España”, Referencia: PID 20202022-138339OB-I00, 2023-2027. Además, se corresponde con la labor llevada a cabo como miembro del Grupo de investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional (INTERCIVITAS) de la Universidad Rey Juan Carlos. Y también este trabajo está vinculado con el Proyecto Acción Módulo Jean Monnet (2023-2026) “CLAEU - European union policy in latin america and the caribbean: values, principles and areas of action”, Comisión Europea, Referencia externa: 101127378, Referencia interna: V1371.

III. El quehacer de la Unión Europea (UE): El significado de la “Ley de Inteligencia Artificial”. 1. Los primeros y más destacados instrumentos sobre la regulación de la Inteligencia Artificial. 2. La trascendencia y contenido de la “Ley de Inteligencia Artificial” de la Unión Europea: Su impacto en el marco regulatorio. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Uno de los temas que más interés despierta en la actualidad en todos los órdenes es el relativo a la IA, en todas sus facetas y dimensiones, también la jurídica¹. Se reconoce con frecuencia que las nuevas tecnologías proporcionan grandes beneficios a la vida social, pero que al mismo tiempo existen riesgos en su empleo y que la IA, en particular, podría producir inconvenientes y efectos negativos. A partir de ahí, la ética y el derecho se deslizan para encontrar fórmulas y enunciados, así como reglas jurídicas, que permitan un empleo de las nuevas tecnologías acorde con los valores y principios de la comunidad internacional, y conforme a las reglas que regulan las relaciones ente los Estados y otros actores de las relaciones internacionales. Como lo reconoce el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, es evidente que “la IA es un conjunto de tecnologías en rápida evolución que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales”, aunque al mismo tiempo se indica que “dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, utilización y nivel de desarrollo tecnológico concretos, la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos fundamentales”, siendo así que dicho “menoscabo puede ser tangible o intangible y abarca los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos”². Todas las manifestaciones de las nuevas tecnologías, y también la IA, producen efectos positivos en las relaciones sociales y permiten avances significativos y, asimismo, se debe regular su empleo y aplicación por los eventuales efectos negativos y perniciosos que produzcan, particularmente en la industria, la producción, el mercado, la vida social y en las personas.

Los rápidos desarrollos de las tecnologías emergentes, el surgimiento de los ecosistemas digitales y, en el fondo, la profunda transformación digital que se está produciendo en todos los continentes y países del planeta, hace que la práctica y la doctrina se hayan lanzado a estudiar y elaborar los criterios relativos a la reglamentación jurídica de las diversas dimensiones de las nuevas tecnologías y, en concreto, en lo concerniente a la IA, con la convicción de que es una materia en constante proceso evolutivo y que, por lo tanto, esos criterios deben ser flexibles y acordes a los cambios que se vienen produciendo³. Las cuestiones centrales giran en torno a si existe un vacío normativo en esta materia y si es preciso una profunda modificación del derecho en vigor cuando se trate de asuntos que afecten a la IA⁴. Es evidente que la reglamentación de los diversos aspectos de la IA está en curso, al menos, en lo que se refiere al

¹ En el campo del Derecho internacional y la Unión Europea, con carácter general: Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Inteligencia artificial en el Derecho Internacional, Naciones Unidas y Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2022, 22, pp. 1-28; y F. LAMAS LÓPEZ, y A. PERALTA GUTIÉRREZ, “Marco de Derecho internacional público y usos militares de la inteligencia artificial en la UE”, *REEI* 2023, 46, pp. 505-525. La importancia jurídica del tema se observa en el trabajo de C. LEON CORONADO, “La carrera por la regulación de la inteligencia artificial”, *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital* 2023, 4, pp. 1-22. También: M. HILDEBRANDT, “The Artificial Intelligence of European Union Law”, *German Law Journal* 2020, 21 (1), pp. 74-79; CL. NOVELLI; F. CASOLARI; P. HACKER; G. SPEDICATO, y L. FLORIDI, “Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity”, *Working Paper*, 15 March 2024, pp. 1-36; TH. BURRI, “International Law and Artificial Intelligence”, *German Yearbook of International Law*, 2018, 60, pp. 91-108; y J. LIU, “Artificial Intelligence and International Law: The Impact of Emerging Technologies on the Global Legal System”, *Economics Law and Policy* 7, 2, 2024, pp. 73-82.

² Parlamento Europeo, 2019-2024, P9_TA (2024) 0138. Reglamento de Inteligencia Artificial. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM (2021) 0206 – C9-0146/2021-2021/0106(COD)). El presente trabajo tiene una visión más normativa que jurisprudencial.

³ Se aboga por fomentar la colaboración internacional, ya que “dado que la IA es un ámbito en constante evolución y desarrollo, podría ser necesario fomentar la colaboración internacional para compartir buenas prácticas y promover una regulación armonizada a nivel mundial”, P. MARTÍNEZ ESPIN, “La propuesta de marco regulador de los sistemas de inteligencia artificial en el mercado de la UE”, *Revista CESCO*, 2023, 46, pp. 1-2, p. 19.

⁴ R. SANROMÁN ARANDA, “La inteligencia artificial: su alcance y falta de regulación jurídica y ética”, *Revista Quaestio Juris*, 2023, 16, pp. 2314-2333.

Derecho internacional y, al mismo tiempo, se advierte un claro interés, no solo por los Estados, sino también especialmente por las Organizaciones internacionales por abordar todos los componentes de la IA en perspectiva jurídica⁵. La ausencia de una regulación completa en esta materia se debe fundamentalmente a que se encuentra en constante proceso de evolución, pero también a que las nuevas tecnologías y la IA van penetrando progresivamente en los diversos sectores del Derecho internacional, afectando a algunos tan relevantes como el reconocimiento y protección de los derechos humanos; el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; el derecho internacional humanitario; el derecho internacional económico; el desarrollo sostenible; e, incluso, en el campo más amplio y general de la responsabilidad internacional, donde adquiere una relevancia capital⁶. En pocas palabras, el eventual vacío normativo que se cierne sobre la IA en el Derecho internacional se va colmando paulatinamente, sin que todavía se haya alcanzado un grado plenamente satisfactorio en la regulación jurídica de esta materia⁷.

2. El interés que ha desvelado la IA se explicitó de manera preferente a partir de 2018, aunque antes la comunidad internacional hubiera expresado en algunas ocasiones la relevancia de los diversos aspectos del empleo de la IA y de su vinculación en el campo de las relaciones internacionales. Por esto, no debe sorprender cómo con anterioridad y con ocasión de la aprobación de instrumentos significativos para la comunidad internacional, apenas se hiciera referencia a las nuevas tecnologías y, menos todavía, a los aspectos relativos a la digitalización o la IA⁸. Esto sucedió, por ejemplo, en uno de los textos de mayor trascendencia en lo que va del siglo XXI, y que tiene un gran impacto, como es la resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, en la que se alude muy poco a las nuevas tecnologías y nada a los fenómenos de la IA o la digitalización. Así, lo más que se dice en esta resolución es que “la expansión de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la interconexión mundial brinda grandes posibilidades para acelerar el progreso humano, superar la brecha digital y desarrollar las sociedades del conocimiento, y lo mismo sucede con la innovación científica y tecnológica en ámbitos tan diversos como la medicina y la energía”⁹. Más allá de algunas otras referencias sobre la contribución de las tecnologías al logro de los Objetivos y metas de la Agenda 2030, que se recogen en el texto, la que se ha indicado será la única referencia general a estas materias¹⁰. Por lo demás, solo existe una alusión marginal a la brecha digital y ninguna alusión específica a la IA

Sin embargo, a partir de 2018 abundan las alusiones en instrumentos de alcance universal y regional tanto al fenómeno de la digitalización como a los casos referidos a la IA e, incluso, se inicia

⁵ El papel de la Organizaciones internacionales será decisivo en esta materia y de ellas han emanado las principales propuestas de regulación, así como los avances normativos más significativos. Esto ya se advertía que iba a suceder en el periodo inmediatamente anterior a que las Organizaciones internacionales se interesarán específicamente por la IA. P. A. GARZÓN ESPITIA y A. M. RODRÍGUEZ PADILLA, “Análisis sobre marcos regulatorios internacionales sobre en la evolución de la inteligencia artificial (2008-2018)”, *Punto de vista* 2022, 13, 20, pp. 127-144.

⁶ J. S. VIVEROS ÁLVAREZ, “La inteligencia artificial y la responsabilidad internacional de los Estados”, *Revista Estudios en Derecho a la Información*, 2022, 14, pp. 83-105. Con carácter general: M. ORTIZ FERNÁNDEZ, “El derecho de daños ante la inteligencia artificial: la intervención de la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 2023, 18, pp. 1296-1325.

⁷ Así se insistía en relación con los principios éticos, al decir que “los avances en esta materia son tan inmediatos que es imprescindible regular de manera precisa los principios éticos que deben regir, de forma que no puedan omitirse valores tan fundamentales como la dignidad de la persona, la libertad, la privacidad, los principios básicos de seguridad, entre otros. Ello debe plantearse de manera minuciosa y exhaustiva porque pueden producirse periodos en los que exista un vacío legal”, A. T. ESTER SÁNCHEZ, “El desafío de la Inteligencia Artificial a la vigencia de los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)* 48, 2023, pp. 111-139, p. 113.

⁸ Habitualmente, en el Derecho internacional, los autores venían haciendo referencias genéricas a las nuevas tecnologías y a su eventual impacto en la sociedad internacional, sin penetrar apenas en los aspectos jurídicos de esta materia. Con frecuencia, se han abordado las nuevas tecnologías en relación con ciertos sectores del Derecho internacional, como los derechos humanos, véase el número especial: “El uso de las nuevas tecnologías y los derechos humanos”, *Defensor; Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal* 6, XIV, 2016.

⁹ A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

¹⁰ A. N. MARTÍNEZ, y A. M. PORCELLI, “La informática en la Agenda 2030. Reflexiones sobre la tecnología informática en las Cumbres Internacionales del 2015 (DES) Ventajas de la denominada computación verde”, *Lex, Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 2016, 17, XIV, pp. 301-344; y E. PERNAS CIUDAD, “Inteligencia artificial y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: cooperación necesaria”, *Revista de Derecho UNED*, 2022, 29, pp. 495-520.

con vigor el camino conducente a la regulación jurídica de estas materias. Tan es así que se ponen en marcha acciones destinadas a elaborar instrumentos que las regulen. Por ejemplo, en el ámbito regional se aprueban dos declaraciones no vinculantes, pero de gran importancia para la regulación de este campo, como serán la *Declaración europea sobre los Derechos y Principios digitales* de 2023¹¹; y, el mismo año, la *Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los entornos digitales*, aprobada en Santo Domingo, al hilo de la XXVIII Cumbre iberoamericana¹². Lo mismo acontece en el sector específico de la IA y, a tal efecto, estaría la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 78/265, titulada: “Aprovechar las oportunidades de sistemas seguros y fiables de inteligencia artificial para el desarrollo sostenible”, en la que se alienta textualmente a los Estados y a múltiples interesados de todas las regiones y países en este campo “a que, dentro de sus respectivas funciones y responsabilidades, elaboren y apoyen enfoques y marcos normativos y de gobernanza referentes a los sistemas seguros y fiables de inteligencia artificial (...”¹³.

3. En cualquier caso, se ha abierto un campo para la investigación científica que, a través de diversas fases, se irá precisando en el futuro y se irán centrando también los aspectos que deben ser abordados desde el prisma jurídico, sobre todo a los efectos de elaboración de normas que reglamenten los distintos componentes de la IA¹⁴. Esta regulación no solo será de alcance universal, sino también de carácter regional, siendo precisamente en lo regional donde se están produciendo los mayores avances y logros. En especial, está ocurriendo en el continente europeo que está expresando la voluntad de ser un espacio pionero en la reglamentación, tanto de carácter recomendatorio como vinculante, de los aspectos más relevantes que cubren la IA. En esta línea, resalta la tarea que vienen realizando dos Organizaciones internacionales: Por un lado, el Consejo de Europa que, en el marco de la cooperación y con una visión prioritaria en el campo de los derechos humanos, decidió hace algún tiempo abordar la IA a través de un tratado en la materia. Como se indica, se aprobó el 17 de mayo de 2024, “el Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, que es el primer acuerdo internacional sobre esta materia, al que pueden adherirse también países no pertenecientes a la Unión Europea”¹⁵. Por otro lado, la Unión Europea (UE) que, desde la óptica de la integración política y económica, viene desde hace tiempo, y particularmente desde 2018, produciendo textos políticos y normativos orientados a regular la IA y abordando determinados aspectos de esta materia, hasta que finalmente ha aprobado la denominada “Ley sobre IA”. En concreto, el Parlamento Europeo aprueba el reglamento de inteligencia artificial, el 13 de marzo de 2024, siendo el primero que se aprueba sobre inteligencia artificial y en el que se recogen “obligaciones para los operadores de sistemas con estas tecnologías y presenta un enfoque basado en el riesgo que considera los efectos sobre los interesados”¹⁶.

¹¹ A. RODRÍGUEZ BRIBIESCA, “Declaración europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital: retos y oportunidades para las agendas públicas”, *Blog del CEPC* 18 de octubre de 2023., Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/blog/declaracion-europea-sobre-los-derechos-y-principios-digitales-para-la-decada-digital-retos-y>.

¹² S. MORÁN BLANCO y C. M. DÍAZ BARRADO, “La Cumbre Iberoamericana de Santo Domingo. Una hoja de ruta marcada por la digitalización, la sostenibilidad, la seguridad alimentaria y el medio ambiente”, *Documentos de trabajo (Fundación Carolina)*, 2023, 81, pp. 1-27.

¹³ A/RES/78/265, 1 de abril de 2024. Naciones Unidas también se ha embarcado en la regulación jurídica de diversos aspectos de la IA. Y parte de la afirmación de que “es necesario intensificar los esfuerzos de los múltiples interesados en la cooperación mundial en materia de inteligencia artificial para ayudar a crear una capacidad mundial para el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial de una manera que sea digna de confianza, basada en los derechos humanos, segura y sostenible, y que promueva la paz”. Disponible en: <https://www.un.org/techenvoy/es/content/artificial-intelligenc>.

¹⁴ D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Implicaciones jurídicas y bioéticas de la inteligencia artificial (IA). Especial consideración al marco normativo internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, 13 (1), pp. 255-276.

¹⁵ FINREG. Disponible en: <https://finreg360.com/alerta/el-con-ejo-de-europa-aprueba-el-primer-convenio-internacional-sobre-inteligencia-artificial>. Véase: *El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, Consejo de Europa, 2023.

¹⁶ FINREG. Disponible en: <https://finreg360.com/alerta/el-parlamento-europeo-aprueba-el-reglamento-de-inteligencia-artificial>. E. GAMERO CASADO, “El enfoque europeo de inteligencia artificial”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2021, 20, pp. 268-289; *Informe Especial Ambición de UE en materia de inteligencia artificial. Una gobernanza más sólida y una inversión mayor y mejor orientada son fundamentales de cara al futuro*, Tribunal de Cuentas Europeo, 2024. M. MARZETTI, “La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea: ¿Un espejo para América Latina?”, *Anuario de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 2022, 4, pp. 109-135.

II. La labor del Consejo de Europa en el sector de la IA: La aprobación de un Convenio-Marco

4. La tarea desarrollada por el Consejo Europa en el sector de la IA parte de la premisa de que las nuevas tecnologías al tiempo que causan grandes beneficios a las personas, también provocan perjuicios. En palabras de la propia Organización “la IA conlleva tanto beneficios como riesgos. El papel del Consejo de Europa es garantizar que los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho se protejan y promuevan en el entorno digital. Por lo tanto, debemos garantizar que la IA se utilice para promover y proteger nuestras normas”¹⁷. Desde hace algún tiempo, los diversos órganos del Consejo de Europa se empeñaron en llevar hacia adelante la aprobación de una normativa en materia de IA, teniendo en cuenta los valores y principios en los que se inspira desde su instauración esta organización netamente europea y que en la práctica agrupa a la totalidad de los países de la región¹⁸. Una de las claves del Convenio Marco es que gira siempre alrededor del respeto de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos y, en consecuencia, las reglas que recoge están destinadas a fortalecer estos valores y los principios que de ellos dimanen. El propio Consejo de Europa así lo reseña al decir que “la tecnología de la inteligencia artificial (...) conlleva grandes riesgos potenciales para el disfrute de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia y la observancia del Estado de derecho”¹⁹.

1. El proceso que condujo a la aprobación del Convenio-Marco

5. Con independencia de los avances que se han venido produciendo en otros contextos en la regulación de la IA, y que han repercutido en la labor del Consejo de Europa en esta materia, se pueden anotar antecedentes específicos que han conducido a la elaboración y aprobación del Convenio-Marco. Ante todo, los primeros intentos de proporcionar una reglamentación de aspectos de la IA se sitúan en el segundo decenio del siglo XXI y, en particular, a partir de 2018. Además, se constata cómo han intervenido diversos órganos del Consejo de Europa a la hora de ir perfilando una reglamentación jurídica de la IA y, de esta manera, ir llenando el vacío normativo que existía sobre el tema en el seno de esta Organización internacional. Desde esta perspectiva, como hitos más relevantes estarían los siguientes:

6. Las posiciones que en la materia expresaron tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria, en cuanto que constituyen los dos órganos principales que configurarán la estructura orgánica del Consejo de Europa. El primero fue señalando las orientaciones y lineamientos en materia de IA y, de esta forma, animando las tareas que debían llevar a cabo otros órganos para abordar los aspectos jurídicos de la IA; y señalar con trazo grueso los elementos que resultan más esenciales en la regulación de este sector. Las decisiones del Comité de Ministros han tenido un carácter eminentemente político y sirvieron de indicación en el camino que se debía seguir por los órganos del Consejo de Europa en el diseño y regulación de la IA. La segunda, la Asamblea Parlamentaria, fue entrando de manera más detallada y específica en aspectos concretos de la IA, así como expresando la voluntad de que se llevara a cabo una reglamentación de este sector como parte del sistema jurídico internacional. Los postulados de la Asamblea Parlamentaria se plasmaron en textos de carácter no vinculante, a pesar de que en ellos se incorporaron indicaciones normativas, más allá de las orientaciones meramente políticas. Pero veámoslo con más detalle.

Por lo que se refiere al Comité de Ministros, destaca cómo en la reunión de Helsinki de 2019, se abogó por la creación “de un marco jurídico para el desarrollo, el diseño y la aplicación de inteligencia artificial, basado en las normas del Consejo de Europa sobre los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”²⁰, y se señalaron las líneas básicas de actuación en esta materia. Tan solo unos

¹⁷ Marija Pejčinović Burić, Secretaria General del Consejo de Europa (Prólogo), *El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial... op. cit.*, p. 1.

¹⁸ En estos momentos, únicamente quedarían excluidos Bielorrusia, por carecer de un régimen democrático, que respete los derechos humanos; y, Rusia como consecuencia de la invasión de Ucrania en 2022.

¹⁹ *El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial... op. cit.*, p. 3.

²⁰ *Ibid.*, p. 4.

meses después se decide crear un Comité sobre Inteligencia Artificial que, como se dice, “(...) tendrá como misión principal examinar la viabilidad y los elementos integrantes de un marco jurídico para el desarrollo, diseño y aplicación de la inteligencia artificial. Este marco deberá estar basado en las normas del Consejo de Europa sobre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho y se elaborará a partir de una amplia serie de consultas con múltiples partes interesadas”²¹. A partir de ahí, y a impulsos de este Comité, se comprueba que el Comité de Ministros, como sucedió en Turín en 2022, acogería muy favorablemente la necesidad de “introducir un instrumento transversal jurídicamente vinculante sobre la inteligencia artificial y los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”²², para lo que se podría inspirar en textos internacionales sobre la materia.

En lo relativo a la Asamblea Parlamentaria, diversas resoluciones y recomendaciones abordan la cuestión de la IA y propician que se produzcan avances en este sector. Así, entre otros, sobresalen distintos textos de 2020, como la Resolución 2341 (2020) sobre la necesidad de gobernanza democrática de la inteligencia artificial; la Resolución 2342 (2020) sobre la Justicia por algoritmo - El papel de la inteligencia artificial en los sistemas policiales y de justicia penal; la Resolución 2343 (2020) sobre la Prevención de la discriminación causada por el uso de la inteligencia artificial; la Resolución 2344 (2020) relativa a la interfaz cerebro-computadora: ¿nuevos derechos o nuevas amenazas a las libertades fundamentales?; la Resolución 2346 (2020) que alude a los aspectos jurídicos de los vehículos autónomos; y la Recomendación 2185 (2020) referida a la Inteligencia artificial en la atención de la salud: desafíos médicos, jurídicos y éticos por delante. En todos estos casos, la Asamblea Parlamentaria pretende subrayar “la importancia estratégica de proporcionar respuestas adecuadas a los desafíos relacionados con la aparición de nuevas tecnologías, en particular la inteligencia artificial (IA) (...)”²³.

Por supuesto que otros órganos del Consejo de Europa expresaron su preocupación por la reglamentación de la IA y todos ellos contribuyeron, de un modo u otro, a hacer realidad la aprobación del Convenio-Marco. Así y todo, le corresponderá al Comité sobre Inteligencia Artificial (CIA) el reconocimiento de haber llevado a cabo las tareas principales en esta materia, con la elaboración de determinados documentos que sirvieron de base a la aprobación del citado Convenio. Entre estos textos, cabría resaltar el titulado: “Posibles elementos de un marco legal sobre inteligencia artificial, basado en las normas del Consejo de Europa sobre derechos humanos, democracia y estado de derecho” de 2021, considerando que se debía aprobar un instrumento transversal jurídicamente vinculante en este campo²⁴. Este Documento apunta y reseña los elementos centrales que configuran la regulación de la IA en el continente europeo; y sirve de guía y referencia en el estudio de los diferentes campos y sectores, así como de las dimensiones, de los que se ocupa la IA, todo ello entendido siempre desde el prisma de la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos. Para este Documento es fundamental que exista un instrumento transversal que sea jurídicamente vinculante y que, además, recoja principios fundamentales relativos a la protección de la dignidad humana, el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, en el campo del diseño y la aplicación de la IA²⁵.

2. La definición de la Inteligencia Artificial y el objeto del Convenio-Marco

7. Una de las mayores dificultades que enfrenta la regulación jurídica de la IA con carácter general es la necesidad de establecer un lenguaje común en esta materia, de tal manera que los términos y los conceptos tengan un significado al menos similar, y en todo caso comprensible a los efectos jurídicos. Dos factores han contribuido a que no se cuente con expresiones compartidas y, por lo tanto, que se

²¹ El Consultor de los Ayuntamientos, III La Ley, 13/09/2019. *El Consejo de Europa crea un Comité para impulsar la regulación de la Inteligencia artificial.*

²² *El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial cit.*, p. 4.

²³ Diplomacia Parlamentaria, Segunda parte de la sesión ordinaria de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), 19 – 22 de abril de 2021, p. 51.

²⁴ CAHAI (2021) 09rev., Strasbourg, 3 décembre 2021, p. 2.

²⁵ *Ibid.*, p. 4.

produzca la ausencia de una definición generalmente aceptada de lo que debe entenderse por IA y por cada uno de los componentes y dimensiones en los que se manifiesta esta nueva tecnología.

Por una parte, el fenómeno de la IA es relativamente nuevo o reciente, particularmente por lo que se refiere a su tratamiento jurídico, es decir, hasta hace poco tiempo la comunidad internacional no se ocupaba de la reglamentación jurídica de la IA y se iban produciendo avances tecnológicos de gran calado sin que existiera una mínima regulación de estos. Incluso, no se llegó a trazar un marco general de reglamentación jurídica de la IA en su conjunto. Todavía más, se carecía de los principios éticos que debían inspirar el empleo y aplicación de la IA en la vida social. De esta manera, aunque se iban produciendo avances técnicos y el surgimiento de nuevas tecnologías, con aplicaciones cada vez más sofisticada, sin embargo, el derecho permanecía prácticamente ausente y no proporcionaba regulación alguna de esta materia. Esto ha contribuido de manera decisiva a que no se acogiese una definición común y aceptada en la comunidad internacional de lo que significa la IA y sus principales componentes, en la medida en que no era objeto de regulación y, a lo más, únicamente se elevaba la preocupación de los Estados en cuanto a los elementos éticos. En este terreno se sitúan, por ejemplo, las Directrices éticas en la Inteligencia artificial de 2019; y las Recomendaciones sobre la ética de la IA, 2021, aprobadas por la UNESCO, puesto que se reconoce, como lo señaló Audrey Azoulay, Directora General de esta Organización que “el mundo necesita reglas para que la inteligencia artificial beneficie a la humanidad. La Recomendación sobre la ética de la IA es una respuesta importante. Establece el primer marco normativo mundial, al tiempo que otorga a los Estados la responsabilidad de aplicarlo a su nivel”²⁶. Lo mismo hizo la Unión Europea con la aprobación en 2019 de las Directrices éticas para una IA fiable por parte del Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, creado en 2017²⁷.

Por otra parte, el interés que despierta a partir de 2018 la regulación jurídica de la IA hace que no solo los ordenamientos jurídicos internos, sino particularmente diversas Organizaciones internacionales se ocupen de esta cuestión, sin que exista apenas coordinación entre ellas y abordando cada una el fenómeno de la IA desde su propia perspectiva. De ahí que se utilicen expresiones y términos diferentes y que, asimismo, se proporcionen diversas definiciones de la IA. Como ejemplos, estarían las definiciones acordadas por la OCDE en la recomendación sobre la Inteligencia Artificial de 2019, y por la UE en el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial- Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza de 2020. En el primer caso, se entiende por sistema de IA: “un sistema basado en una máquina que puede, para un objetivo definido por el ser humano, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos reales o virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía”²⁸. También la UE acogió una definición distinta de la IA y en la nota 46 del Libro Blanco hace suya la definición de la Comunicación de 2018 sobre la IA, entendiéndolo que el término “inteligencia artificial” se aplica a “los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía -con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)”²⁹.

8. Aunque se puedan encontrar similitudes y puntos en común en las diversas definiciones que se vienen acuñando de la IA y, aunque se vaya produciendo una progresiva aproximación respecto al lenguaje a utilizar en esta materia, es innegable que cada Organización internacional tiende a categori-

²⁶ Disponible en: <https://blogs.comillas.edu/FronterasCTR/?p=6429>.

²⁷ *Directrices éticas para una IA fiable*, Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Bruselas, 2019

²⁸ Esta definición fue posteriormente actualizada por la que entiende que el sistema de IA es “un sistema basado en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la información que recibe (input), cómo generar resultados como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su despliegue”. Disponible en: https://www.lksnext.com/es/noticias_boletin/la-ocde-actualiza-la-definicion-del-concepto-inteligencia-artificial .

²⁹ LIBRO BLANCO sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19.2.2020, COM (2020) 65 final

zar la IA de una manera distinta y que se albergan definiciones que tienen sus propias peculiaridades y que ponen el acento en una u otra cuestión de distintos elementos que definen los sistemas de IA. Por esto no debe extrañar que el Consejo de Europa parta también de una definición singular que, por un lado, estaría inspirada en definiciones anteriores de otros entes; y que, por otro lado, aprisiona rasgos peculiares. El Convenio Marco en su artículo 2 dispone que “A los efectos de este Convenio, se entiende por -sistema de inteligencia artificial- un sistema automatizado que, con fines explícitos o implícitos, infiere, a partir de los insumos recibidos, cómo generar resultados tales como pronósticos, contenidos, recomendaciones o decisiones que puedan tener un impacto en los entornos físico o virtual. Los diferentes sistemas de IA exhiben distintos grados de autonomía y adaptabilidad después del despliegue”³⁰. Esta definición se aproxima mucho a la proporcionada por la OCDE o, por lo menos, pone los énfasis en los mismos aspectos.

Con independencia de aceptar una u otra definición, lo importante es que la IA “es una tecnología tan amplia y revolucionaria que es difícil dar una definición precisa”³¹; y que, al mismo tiempo, la constante evolución de esta tecnología irá sobrepasando los límites de cualquier definición que se establezca al respecto³². Con frecuencia, se apuntan las dificultades para construir una definición única y especialmente aceptada de manera general por la comunidad internacional en su conjunto, algo que resulta complicado desde el momento en que el fenómeno de la IA también entra dentro del campo político y de los intereses geopolíticos de Estados. Los Estados, en particular las grandes potencias en el campo tecnológico, pondrán todo el esmero que puedan para alcanzar una definición y contenido de la IA que les sea favorable al logro de sus intereses nacionales. Por lo menos, se puede suscribir que se produce “un desarrollo orientado a favorecer los intereses geopolíticos y geoeconómicos nacionales”³³. En resumen, cualquier definición que se instaure de la IA no es inocua, sino que responde a intereses, en nuestro caso de los diferentes Estados que integran la comunidad internacional.

Esto sucede también con la definición que contiene el Convenio-Marco del Consejo de Europa en el que prevalecen los aspectos que serán útiles para la defensa de la democracia y el estado de derecho, así como para el respeto de los derechos humanos. Este es un enfoque que emerge no solo en el Consejo de Europa, sino también en otras Organizaciones internacionales. En el Documento final de la Conferencia Internacional sobre la Inteligencia Artificial y la Educación, titulado: “Planificación de la educación en la era de la inteligencia artificial: dirigir los avances”, que tuvo lugar en Pekín en 2019 se dice textualmente que “el desarrollo de la inteligencia artificial debe estar controlado por el ser humano y centrado en las personas; (...) que la implantación de la inteligencia artificial debe estar al servicio de las personas para mejorar las capacidades humanas; que la inteligencia artificial debe concebirse de manera ética, no discriminatoria, equitativa, transparente y verificable; y que el impacto de la inteligencia artificial en las personas y la sociedad debe ser objeto de seguimiento y evaluación a lo largo de las cadenas de valor”³⁴. En otros términos, la definición que ampara el Consejo de Europa entronca con una visión humanista y responde a los valores y principios que fundamentan el quehacer de esta Organización europea.

9. Lo mismo acontece, y con mayor intensidad, cuando se pretende delinear el objeto del Convenio-Marco. En este caso, el párrafo 1 del artículo 1 estipula con toda claridad que las reglas del Convenio “tienen por objeto garantizar que las actividades realizadas dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial sean plenamente compatibles con los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho”. En este caso, queda absolutamente diáfano que la finalidad del Convenio está en línea con los objetivos básicos que pretende la Organización y que quedan plasmados a lo largo

³⁰ El Convenio aún no ha sido traducido oficialmente al español o, al menos, no es fácil encontrar esta traducción oficial. Por ello, la traducción que se hace es propia a lo largo de todo el artículo.

³¹ Inteligencia artificial: definición, historia, usos, peligros. Disponible en: <https://datascientest.com/es/inteligencia-artificial-definicion>.

³² Como se ha dicho, “a diferencia de lo que ocurre en otras áreas, en la inteligencia artificial no existe una única definición, sino que hay muchas correspondientes a puntos de vista diferentes”, V. TORRA I REVENTÓS, *Qué es la Inteligencia artificial*, Barcelona, UOC, Tercera edición, 2019, p. 11.

³³ J. M. BLANCO, y J. COHEN, “Inteligencia artificial y poder” *Real Instituto Elcano*, ARI 93/2018, pp. 1-6, p. 6.

³⁴ R. de ASÍS, “Inteligencia artificial y derechos humanos”, en *Materiales de Filosofía del derecho* 2020/04, pp. 19-20.

de todo el Convenio-Marco, preferentemente en el Preámbulo. En especial, cuando se sostiene desde el principio que el propósito del Consejo de Europa “es lograr una unión más estrecha entre sus miembros, basada en particular en el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”; y cuando se asegura y reconoce que “las actividades realizadas dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial pueden brindar oportunidades sin precedentes para la protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho”. Todo un rosario de intenciones que está dirigido a situar en el centro de la regulación jurídica de la IA a las personas³⁵; y que se pretende alcanzar colocando desde el principio como objeto del Convenio-Marco a los valores bien asentados del Consejo de Europa.

Desde este enfoque, el Consejo de Europa desarrolla una labor pionera en materia de IA o, al menos, se posiciona entre las principales Organizaciones internacionales que deciden abordar esta materia desde un ángulo jurídico y enfrentando las eventuales cuestiones que plantea la aplicación de los sistemas de IA en la vida social³⁶. Con lo que se cumple una vez más lo que dijera su Secretaria General, es decir que esta organización ha venido demostrando “en numerosas ocasiones su capacidad para impulsar nuevas normas, que se han convertido ulteriormente en puntos de referencia mundiales”³⁷, y que de nuevo lo hace, en este caso, mediante la elaboración del Convenio-Marco en el campo de la IA. Por de pronto, este Convenio encarna el primer tratado y, en consecuencia, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el sector de la IA, más allá de las normas internas que se han aprobado o de la normativa que se ha elaborado en el seno de esquemas de integración, particularmente en la UE, y que pudieran tener carácter vinculante³⁸.

Habiendo decidido que la perspectiva principal es la defensa de la democracia y los derechos humanos, el Consejo de Europa a través de la aprobación del citado Convenio, cumple simultáneamente las tres funciones que generalmente se le atribuyen a la eventual regulación jurídica del sector de la IA. Primero, el propósito central del Convenio es que se respeten las reglas sobre derechos humanos y el estado de derecho que están en vigor cuando se aplican o interpretan en los entornos en los que actúan los sistemas de IA, de tal modo que no se produzca cambio sustancial alguno en cuanto al derecho a aplicar. Segundo, el Convenio actualiza y adapta las normas en materia de democracia y derechos humanos a las situaciones en las que están presentes las nuevas tecnologías y las tecnologías emergentes, haciendo que las normas en vigor resulten aplicables con los ajustes que correspondan. Por último, el Convenio acoge aspectos de codificación, pero también de desarrollo progresivo, por lo que se contemplan nuevas normas en los sectores y campos en los que se produce un vacío normativo por tratarse de una materia nueva para el ordenamiento jurídico internacional, como es la IA³⁹. Se trataría, en este caso, de cubrir las lagunas que existen por la aparición y los efectos de las nuevas tecnologías, mediante nuevas normas destinadas a proteger los derechos fundamentales y el estado de derecho. En síntesis, el marco jurídico sobre la IA debería elegir un punto de vista muy amplio, y su objetivo esencial sería definir, “los derechos concretos que permiten la consecución” de los principios que inspiran la regulación de la IA; y “las obligaciones y requisitos clave (...) que sean coherentes con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”⁴⁰.

³⁵ A. E. GRIGORE, “Derechos humanos e inteligencia artificial”, *Ius et Scientia*, 2022, 8, 1, pp. 164-175.

³⁶ R. CSERNATONI, *Charting the Geopolitics and European Governance of Artificial Intelligence*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, D.C. 2024.

³⁷ *El Consejo de Europa y la Inteligencia Artificial... op. cit.*, p. 1.

³⁸ En este último caso, como veremos, resalta la denominada “Ley de IA” que queda plasmada en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, de marzo de 2024. Disponible en: Eur-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Como se dice, este Reglamento “busca regular los usos de la Inteligencia Artificial para limitar los riesgos que de ellos se derivan”, Disponible en: Ministerio de Economía y Empresa, https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/sandbox-IA/Documents/20220919_Resumen_detallado_Reglamento_IA.pdf. *Vid.*, E. GAMERO CASADO, “El enfoque europeo de inteligencia artificial”, *Revista de Derecho Administrativo* 2021, 20, pp. 268-289; y A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El futuro reglamento de inteligencia artificial y las relaciones con terceros Estados”, *REEL*, 2023, 45, pp. 1-29.

³⁹ Y. KHALAILEH, “Accommodating Artificial Intelligence in International Law: An Overview and New Frontier”, *Journal of Human Security*, 2023, 19, 1, pp. 22-31

⁴⁰ “Los derechos que se definirán podrán ser 1) derechos existentes, 2) nuevos derechos adaptados a los desafíos planteados por la IA y las oportunidades que ofrece esta tecnología o 3) derechos existentes que habrán sido aclarados”, D. LESLIE; Chr.

3. Principios y obligaciones que dimanan del Convenio-Marco

10. En la parte dispositiva del Convenio-Marco se regulan con detalle los principios y obligaciones que constituyen el núcleo del contenido de este tratado en el campo de la IA. Ahora bien, se pueden hacer de entrada dos precisiones: En primer lugar, se trata de un Convenio-Marco y, por lo tanto, a pesar de tener carácter vinculante e imponer comportamientos y conductas de naturaleza obligatoria, no se establecen obligaciones muy concretas y precisas en todos los casos y, en ocasiones, su función es incorporar indicaciones normativas genéricas. En segundo lugar, las orientaciones normativas que contiene el Convenio-Marco deberán ser trasladadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados partes con el fin de asegurar su plena aplicación, o hacerse efectivas a través de la cooperación internacional. Este último supuesto adquiere una relevancia capital y queda regulado en el artículo 25, donde se contemplan tres manifestaciones complementarias de las obligaciones que se indican: la obligación genérica de cooperar; la obligación de intercambiar la “información pertinente y útil sobre aspectos relacionados con la inteligencia artificial que pueda tener un efecto positivo o negativo significativo en el disfrute de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia y el respeto del Estado de derecho”; y la obligación de robustecer la cooperación con el fin de “prevenir y mitigar riesgos e impactos negativos sobre los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en el contexto de las actividades realizadas dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial”

11. En consecuencia, el Convenio-Marco es el primer tratado internacional sobre la IA que se ha aprobado en el planeta y, de este modo, el Consejo de Europa se ha constituido de nuevo en una Organización internacional que se adelanta en la escena internacional cuando se trata de abordar en términos estrictamente jurídicos un determinado sector de las relaciones internacionales, en este caso tan sensible como la IA. Sin embargo, esta valoración altamente positiva se debe completar con el hecho de que el Consejo de Europa lo que aprueba en el fondo es un mero Convenio-Marco que, por lo tanto, tiene limitaciones en lo que se refiere a los deberes que impone y, particularmente, en lo relativo a su efectividad. Es decir, su función es precisamente fijar un marco general de actuación de los Estados parte en una materia específica, y derivar obligaciones genéricas y principios normativos que se harán efectivos preferentemente a través de otros instrumentos o medios jurídicos, particularmente, los ordenamientos jurídicos internos. En cualquier caso, el Convenio-Marco sobre IA regula esencialmente dos situaciones:

- Ante todo, detalla una serie de obligaciones generales que incumben a los Estados parte. Los artículos 4 y 5 del Convenio se ocupan de esta cuestión. Por de pronto, se dispone una obligación genérica de coherencia entre las conductas de los Estados en el marco de los sistemas de IA y la protección de los derechos humanos, siendo así que éstos se enfocan tanto desde la perspectiva internacional como desde el prisma nacional. La coherencia se concibe como una pieza clave que evita que el empleo de la IA suponga riesgos relevantes para los derechos fundamentales. En este campo, se podrían trasladar indicaciones que se contienen en los Principios rectores sobre Empresas y derechos humanos en los que se concibe que “la coherencia política vertical requiere que los Estados dispongan de las políticas, leyes y procesos necesarios para implementar las obligaciones dimanantes de las normas internacionales de derechos humanos”, por lo que la diversa normativa que se vaya elaborando en materia de IA debe articularse en función de respeto de estos derechos. Asimismo, se entiende que “la coherencia política horizontal consiste en apoyar y equipar a los departamentos y organismos, tanto a nivel nacional como subnacional, (...) con el fin de mantenerlos informados y de que actúen de forma compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado”⁴¹, lo que en el campo de la IA significa que los organismos del Estado deben actuar de tal forma que no se generen riesgos que pongan en peligro el respeto de los derechos fundamentales.

BURR; M. AITKEN; J. COWLS; M. KATELL; y M. BRIGGS, *Intelligence artificielle, droits de l’homme, démocratie et état de droit. Guide introductif*, Council of Europe et The Alan Turing Institute, 2021, p. 19.

⁴¹ *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, Naciones Unidas, 2011, p. 13.

Del mismo modo, se atienden los aspectos relativos a la democracia y el Estado de derecho, por lo que los países asumen la obligación de adoptar medidas para impedir que el empleo de los sistemas de IA atente contra los principios democráticos y el funcionamiento democrático de los Estados parte. La obligación principal reside en asegurar la integridad de los procesos democráticos y, con ello, garantizar el cumplimiento de los componentes esenciales de los sistemas democráticos, entre los que se mencionan específicamente la separación de poderes y la independencia de la justicia. La utilización de la IA puede poner en riesgo elementos básicos del funcionamiento democrático de las instituciones y atentar contra el Estado de derecho. Como se dice, “de acuerdo con los requisitos mínimos de claridad jurídica, como un principio básico del Estado de Derecho y requisito previo para garantizar los derechos fundamentales, el legislador debe actuar con diligencia a la hora de definir el ámbito de aplicación” de la IA⁴². La defensa de los regímenes democráticos se constituye entonces como uno de los objetivos del Convenio-Marco, quien impone obligaciones, aunque sean genéricas, pero que tienden a impedir que las nuevas tecnologías pongan en riesgo las instituciones democráticas y su buen funcionamiento, en virtud de la capacidad que tienen los sistemas de IA.

- El Convenio-Marco también determina una serie de principios jurídicos que, formulados con carácter general, están orientados a hacer efectivas las obligaciones de los Estados parte, en la medida en la que el empleo de la IA debe garantizar la democracia y el respeto de los derechos humanos. Según el Convenio, son principios generales comunes que los Estados parte deben implementar en materia de sistemas de inteligencia artificial, de tal manera que se deberán hacer efectivos primordialmente a través de los ordenamientos jurídicos internos, tal como lo dispone el artículo 6. Sin entrar en detalle se podrían enumerar los siguientes principios: respeto a la dignidad humana y autonomía personal; transparencia y control; responsabilidad; igualdad y no discriminación; respeto a la vida privada y protección de datos de carácter personal; fiabilidad; e innovación segura. Todo ello enfocado a que los Estados adopten las medidas que sean pertinentes para garantizar el goce de los derechos y permitan el empleo y utilización de los sistemas de IA, de tal manera que se haga frente a los impactos negativos en el disfrute de los derechos humanos, y se asegure la defensa de la democracia y el estado de derecho.

Lo más relevante de todos estos principios generales comunes, se regula en los artículos 7 a 13 del Convenio-Marco y es singularmente lo concerniente al reconocimiento expreso de determinados derechos en el ámbito de la IA o, por lo menos, que estos derechos pudieran tener particularidades cuando se pretende su protección en el discurrir de los sistemas de IA. En estos casos, adquiere una importancia capital el principio de no discriminación que debe ser interpretado a la luz no solo del derecho interno, sino también del derecho internacional aplicable tanto de alcance universal como regional. Y, asimismo, destaca la regulación del derecho a la vida privada y la protección de datos personales que, por lo mismo se encuentran recogidos en los ordenamientos jurídicos internos y están bien asentados en el Derecho internacional; y que, además, son objeto de mecanismos de control y garantía. Lo más sobresaliente es que la violación de estos derechos pudiera tener lugar en entornos de IA y, en estas ocasiones, pudieran ser acreedores de características particulares que requieran un marco jurídico de protección específico⁴³.

⁴² Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Construir correctamente el futuro. La inteligencia artificial y los derechos fundamentales*, Resumen, Luxemburgo, 2021, p. 5. En esta línea, se ha señalado que “el desarrollo de las tecnologías digitales, los datos, la automatización y la inteligencia artificial han suscitado al mismo tiempo grandes expectativas y grandes temores, con relación al trabajo, los derechos y las libertades, pero también en torno a sus posibles efectos en la vida política y en la democracia”, UNESCO, *Inteligencia artificial y democracia*, Montevideo, 2024, p. 8. Véase: D. INNERARITY, “El impacto de la inteligencia artificial en la democracia”, *Revista de las Cortes Generales*, 2020, 109, pp. 87-103; y J. CASTELLANOS CLARAMUNT, (Dir.) *Inteligencia artificial y democracia garantías, límites constitucionales y perspectiva ética ante la transformación digital*, Barcelona, Atelier, 2023.

⁴³ O. A. MENDOZA ENRÍQUEZ, “El derecho de protección de datos personales en los sistemas de inteligencia artificial”, *Ius. Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 2021, 15, 48, pp. 179-207; y C. FERNÁNDEZ-ALLER y M. M. SERRANO PÉREZ, “¿Es posible una Inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2022, 45, pp. 307-336.

4. Cómo hacer efectivas las obligaciones del Convenio-Marco

12. La imprecisión de las obligaciones que contempla el Convenio-Marco o, por lo menos, el carácter genérico de los deberes que incumben a los Estados parte, se podría suavizar si se establecieran mecanismos de control y garantía de sus disposiciones y si, por esta vía, los Estados partes se vieran obligados a hacer plenamente efectivos los compromisos adquiridos. Una posición así, en la que se establezcan medidas de control y aplicación de las disposiciones del Convenio, sin embargo, casa mal con la propia configuración de un Convenio-Marco, en la medida en que éste “permitiría consagrar los principios y valores fundamentales que se deben respetar durante el diseño y despliegue de sistemas de IA, dejando al mismo tiempo a los Estados amplio margen de apreciación a la hora de poner en práctica estos principios y valores”⁴⁴. Por lo que en principio el Convenio-Marco no opta por instaurar férreos sistemas de garantía de las obligaciones imprecisas y los principios generales comunes que recoge, sino que más bien deja a que protocolos adicionales y otros textos jurídicos desarrollen, con posterioridad, esas obligaciones y principios, y lleven a cabo una labor de control más detallada. A pesar de todo, se deben buscar mecanismos que estén destinados a garantizar el cumplimiento del marco legal sobre la IA y, en particular, los principios y obligaciones generales que contempla el Convenio-Marco; y también se deben observar las eventuales actividades de monitoreo en este campo.

Incluso, se ha puesto el énfasis en la necesidad de contar con los mecanismos de conformidad que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que asume el marco jurídico de los sistemas de IA. En concreto, se dice que, entre estos mecanismos se encuentran “la debida diligencia en materia de derechos humanos, evaluaciones de impacto, certificación y estandarización, auditoría y seguimiento, pero también entornos de pruebas regulatorios”, siendo así que todos estos mecanismos “promueven el cumplimiento del marco legal y brindan ventajas adicionales como el fortalecimiento de la transparencia y la confianza”⁴⁵. Además de todo lo anterior, se ha señalado que existen otras medidas de seguimiento que estarían dirigidas a garantizar el cumplimiento de los principios y obligaciones en el sector de la IA y, entre estas, habría que destacar “grupos o comités de expertos independientes, encargados de monitorear la implementación y el uso efectivo de los instrumentos legales (...) o los efectos del uso de sistemas de IA en la sociedad”⁴⁶. En resumen, una serie de herramientas destinadas a que los principios y obligaciones generales del Convenio-Marco sean aplicables y, de esta manera, que los sistemas de IA se adecúen a las reglas que impone este tratado, aunque sea de una forma genérica.

13. En cualquier caso, la lectura del Convenio-Marco descubre la existencia de procedimientos de aplicación, sistemas de garantía de los derechos que se reconocen, y medidas asignadas al logro de sus objetivos. Todas estas medidas tienen distinta naturaleza y contenido y tienden a cubrir las diversas dimensiones de los deberes y derechos en el campo de la IA, que están señalados en el Convenio-Marco. Aunque no exista un sistema completo y eficaz para garantizar el pleno cumplimiento de lo previsto en el Convenio-Marco, al menos se contemplan una serie de vías a través de las cuales los Estados podrían asegurar el empleo acorde de la IA con los principios generales comunes que lo inspiran, en particular, con el respeto de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos. Como lo señaló el Comité de Inteligencia artificial “cualquier impacto relevante de la aplicación de un sistema de IA en el disfrute de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia y el respeto del Estado de derecho debe evaluarse y revisarse debidamente a nivel nacional. (...)”⁴⁷, con lo que se le otorga un papel decisivo a la acción de los Estados a nivel interno. Desde este prisma, las medidas más significativas serían las siguientes

Por una parte, el Convenio-Marco deja clara la importancia de los recursos en el ordenamiento jurídico interno con el fin de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos que se deriven del empleo o se produzcan en el marco de los sistemas de IA. En cuanto es difícil que las situaciones en las

⁴⁴ D. LESLIE; Chr. BURR; M. AITKEN; J. COWLS; M. KATELL y M. BRIGGS, *Intelligence artificielle... op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁷ Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI) *Éléments potentiels d'un cadre juridique sur l'intelligence artificielle, fondés sur les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit*, CAHAI (2021) 09rev., Strasbourg, 3 décembre 2021, p. 11.

que interviene la IA den lugar a la creación de nuevos derechos, y aún en estos casos, lo habitual será utilizar los recursos establecidos con los que cuenta el derecho nacional para hacer efectivos los derechos fundamentales, siendo así que estos quedarían garantizados por la vía de los ordenamientos internos. Por ello se quiere reforzar el sistema de recursos de los Estados parte y se apuntan tres medidas concretas: las que están destinadas a garantizar que la información sobre los sistemas de inteligencia artificial que tuvieran un impacto significativo en los derechos humanos, se proporcione a los organismos autorizados y, en su caso, a la personas interesadas; las orientadas a que esta información sea suficiente y se puedan impugnar todas las decisiones basadas en el uso del sistema de IA; y ofrecer una posibilidad efectiva a las personas interesadas de presentar recursos (artículo 14). Lo que se complementa con dos garantías procesales adicionales: asegurar que todas las personas que resulten afectadas en los derechos humanos por un sistema de IA “tengan garantías, protecciones y derechos procesales efectivos”; y que estas personas cuando interactúan con sistemas de inteligencia artificial sean informadas de que no interactúan con un ser humano (artículo 15).

Por otra parte, se acopian tres mecanismos concretos de seguimiento del Convenio-Marco y del cumplimiento de las obligaciones que en él se detallan. En particular, -la presentación periódica de informes por los Estados parte, en los que de manera detallada se deje constancia de las actividades que han sido emprendidas y desarrolladas para aclarar los riesgos e impactos que tengan los sistemas de inteligencia artificial, tanto por poderes públicos como por actores privados, en este caso la Conferencia de las Partes jugará un papel fundamental; -la puesta en práctica de la cooperación internacional mediante el intercambio de información, y con el objeto de prevenir y mitigar los riesgos e impactos negativos de los sistemas de IA; y la instauración de mecanismos eficaces para monitorear el cumplimiento de las obligaciones del Convenio, que sean independientes e imparciales, y que tengan experiencias y recursos para cumplir su función.

Por último, uno de los principales apartados del Convenio-Marco es el Capítulo V que, de alguna manera, coadyuva al cumplimiento de las obligaciones previstas y a hacer efectivos los derechos que se reconocen, siempre que se actúe en el campo de los sistemas de IA y que el sector quede referido específicamente al marco de gestión de riesgos e impactos. Aquí, lo más sobresaliente es el compromiso de los Estados de adoptar medidas “para identifica , evaluar, prevenir y mitigar los riesgos que plantean los sistemas de inteligencia artificial teniendo en cuenta los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos, la democracia y el Estado. de ley”, que deberán ser diferenciadas y graduadas y que tengan en cuenta el contexto de empleo de la IA, la gravedad de los impactos, las opiniones de las partes interesadas, y llevar a cabo el seguimiento de los riesgos e impactos negativos. Ahora bien, por lo que se refiere a estas medidas, se abre la posibilidad de una “moratoria, prohibición u otras medidas apropiadas con respecto a ciertos usos de los sistemas de inteligencia artificial cuando considere que dichos usos son incompatibles con el respeto de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia o el Estado de derecho”. En síntesis, se prevén actuaciones que hagan frente a usos indebidos de la IA, y también se contemplan específicamente supuestos que entrañan riesgos en este campo.

14. El Consejo de Europa ha dado un paso decisivo en la regulación de la IA, aunque todavía falte por concretar medidas plenamente eficaces que pongan término a todos los riesgos y dificultades que genera el empleo de los sistemas de IA. Esta Organización estrictamente europea ha culminado de manera rápida, en todo caso, un proceso conducente a proporcionar una reglamentación de la IA, con base en el respeto de la democracia y los derechos humanos, como valores y principios esenciales de la Organización, y con el fin de facilitar un enfoque europeo de esta materia que, con toda seguridad, se aleja de las posiciones de otros países del planeta que tienen visiones distintas respecto al empleo de los sistemas de IA. Así, se ha realizado un resumen de este texto legal diciendo que “establece principios para proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, promoviendo también la innovación tecnológica”, y siendo bastante relevante que “complementa las normas internacionales y cubre las lagunas legales causadas por avances tecnológicos”⁴⁸. A pesar de todo, el Convenio-Marco

⁴⁸ Disponible en: Institut de Drets Humans de Catalunya, <https://www.idhc.org/es/noticias/el-consejo-de-europa-adopta-el-primero-tratado-internacional-en-materia-de-inteligencia-artificial> .

no es el final en la labor de la comunidad internacional para enfrentar los problemas y dificultades que entraña el empleo de la IA, sino que únicamente es un paso, eso sí decisivo, en el camino que conduce a la regulación jurídica más completa y detallada de esta materia.

III. El quehacer de la Unión Europea (UE): El significado de la “Ley de Inteligencia Artificial”

15. A partir de 2018 se desata un inusitado interés en la UE por abordar los temas referidos a la IA y enfocar esta materia desde una perspectiva estrictamente europea y vinculada al esquema de integración. Seguramente dos motivos de carácter político hayan influido en esta decisión: Por una parte, la necesidad de afirmar y consolidar la autonomía política y estratégica de la UE en la esfera internacional, lo que viene dado también por todo lo relativo a los avances y la innovación en el sector de las nuevas tecnologías, entre los que se encuentran los sistemas de IA. Por esto, se dice que “conscientes de la importancia de las nuevas tecnologías, (...) se pretende crear el denominado Centro de Innovación de Defensa (...) dentro de la Agencia de Defensa Europea”, con lo que se “pretende evitar la fragmentación y la ineficiencia que se ha venido produciendo hasta ahora, pero, sobre todo, reducir la dependencia estratégica europea en tecnologías críticas y cadenas de valor”⁴⁹. Por otra parte, se explicita la sólida voluntad de que la UE ocupe un lugar privilegiado en el empleo de los sistemas de IA y que se haga sobre la base de los principios y valores que la inspiran.

No solo lo anterior, la preocupación por la innovación y el papel a desempeñar por la UE es uno de los principales acicates para acelerar la reglamentación en el campo de la IA y buscar fórmulas que permitan un desarrollo tecnológico de la Unión y de sus Estados Miembros⁵⁰. De ahí que, a lo largo de 2020, el Parlamento Europeo aprobase diversos informes que estaban destinados a estudiar “cómo regular la inteligencia artificial para impulsar la innovación, el respeto de estándares éticos y la confianza en la tecnología”⁵¹. La búsqueda de una posición protagonista en el sector de la innovación tecnológica es, con toda seguridad, una de las misiones principales de la UE que se agudizó tras el periodo de la pandemia y que se expresó con toda nitidez en el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza de 2020, al indicarse que “Europa puede aunar su potencial tecnológico e industrial con una infraestructura digital de gran calidad y un marco regulador basado en sus valores fundamentales para convertirse en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones (...)”⁵². De esta forma, la UE cumple con los propósitos de consolidar el marco económico y tecnológico, como un competidor de importancia en la escena internacional, junto a Estados Unidos y China, entre otros países con notable relevancia en el sector de la IA⁵³.

16. La firme decisión de examinar y avanzar en la regulación político-jurídica de la IA ha conducido a la UE a la aprobación de instrumentos de diversa naturaleza y, en su mayoría, de carácter no vinculante en los que se abordan los principales temas que conforman el empleo de la IA y que, en esencia, están orientados a proporcionar criterios éticos en su utilización; sentar las bases de una reglamentación jurídica detallada de esta modalidad de nueva tecnología; diseñar políticas y estrategias que apunten al desarrollo tecnológico de la región europea y que tengan carácter competitivo con otras zonas del pla-

⁴⁹ J. L. PONTIJAS CALDERÓN, “Una nueva estrategia para la Unión Europea”, en *La Unión Europea hacia la autonomía estratégica*, Cuadernos de Estrategia 2022, 215, pp. 29-81, p. 55.

⁵⁰ Es claro que la UE “desempeña un papel en la eliminación de los obstáculos reglamentarios a la inversión en IA y en el fomento de la confianza de los consumidores digitales mediante la armonización de las normas nacionales sobre aspectos digitales como la regulación de la IA y el intercambio de datos”, Tribunal de Cuentas Europeo, *Ambición de UE en materia de inteligencia artificial. Una gobernanza más sólida y una inversión mayor y mejor orientada son fundamentales de cara al futuro*, Informe Especial 08, 2024, p. 17.

⁵¹ Disponible en: Parlamento Europeo. Noticias, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20201016IPR89544/el-parlamento-muestra-el-camino-para-la-normativa-sobre-inteligencia-artificial>.

⁵² COM (2020) 65 final, Bruselas, 19.2.2020

⁵³ Véase: F. AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, “China y Estados Unidos, una relación dialéctica. La tecnología como plano para el conflicto”, en *La dualidad económica Estados Unidos-China en el siglo XXI*, Cuadernos de estrategia 2020, 204, pp. 261-321.

neta; y establecer los regímenes de responsabilidad que procedan por el empleo de los sistemas de IA. Estos propósitos quedarán plasmados en documentos y resoluciones de distintas instituciones de la UE, jugando un papel decisivo tanto la Comisión como el Parlamento. Ahora bien, los primeros instrumentos que se aprobaron carecieron de fuerza obligatoria y, sobre todo, han venido cumpliendo la función de servir de orientación en materia de IA.

1. Los primeros y más destacados instrumentos sobre la regulación de la Inteligencia Artificial

17. La UE siempre estuvo plenamente resuelta a seguir un camino propio en la reglamentación de la IA que tuviera dos bases. Por un lado, la UE manifestó la voluntad de aportar una visión singular de la IA que se diferenciara de la que vienen suministrando diversos países que actúan en la escena internacional y que tienen gran significación en el campo tecnológico, siendo así que la UE no ha carecido, en modo alguno, de un prisma en esta materia singularizando su posición en el sistema internacional⁵⁴. Desde los inicios, la UE se posicionó en favor de un empleo de los sistemas de IA que no afectará a los derechos humanos y al estado de derecho y estuvo dispuesta, a pesar de que se perdieran posiciones en la carrera tecnológica en el plano internacional, a que se respetaran íntegramente los valores y principios de la Unión. Por esto se busca “sintonía con la idea de exportar los valores europeos en materia de IA a terceros Estados”. Más todavía, se asegura que la UE “se posiciona como un actor en el escenario internacional capaz de imponer los valores democráticos europeos como estándares regulatorios a nivel global”⁵⁵. Por otro lado, el propósito de la UE era encontrar una regulación coherente del empleo de los sistemas de IA, de tal modo que de forma ordenada y sistemática se pudieran conocer todos los aspectos que encierra el uso de estas tecnologías, haciéndose compatible con otras materias que regularía la UE. Motivo por el que se recuerda que existen materias, muy relacionadas con la IA, que están siendo objeto de regulación en el espacio de la Unión, como la protección de datos, de los consumidores, de los trabajadores, la seguridad de los productos, los derechos fundamentales, o el empleo, entre otros muchos sectores⁵⁶.

18. En este entorno político y jurídico es donde se debe situar la acción de la UE en materia de IA y particularmente la elaboración de los instrumentos que se fueron aprobando desde 2018 en este campo con distinto sentido y significado, aunque todos enfocados a reafirmar valores y principios de la Unión; favorecer la innovación tecnológica; situar a la UE en la cima de los países y organismos en materia digital y tecnológica; y procurar una regulación jurídica y asentar unos criterios éticos que fueran acordes con el marco jurídico e institucional de esta organización. En palabras del Parlamento Europeo se debe “garantizar que los sistemas de IA utilizados en la UE sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente”⁵⁷. Con esta perspectiva, se puede hacer una breve incursión en los instrumentos que se consideran más relevantes en el proceso conducente a la aprobación de la “Ley de Inteligencia Artificial” y que de alguna manera se constituyen en los principales e inmediatos antecedentes de la labor de la UE en relación con esta modalidad de tecnología. A tal efecto, resaltan:

— *Declaración sobre cooperación en Inteligencia Artificial de 2018*. Como se dice en el Plan coordinado sobre la inteligencia artificial, esta Declaración de cooperación se lanzó en abril de 2018, con ocasión del Día Digital y fue firmada por todos los Estados miembros y Norue-

⁵⁴ Por esto se habla de “obligaciones y límites a los distintos usos de la IA según el riesgo que comporten”, existiendo desafíos que “los grandes poderes globales enfrentan desde visiones estratégicas a veces contradictorias”, C. COLOMINA, “Una IA Ética: la UE y la gobernanza algorítmica”, *CIDOB* 2023, opinión 784, pp. 1-3, p. 1.

⁵⁵ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El futuro reglamento de inteligencia artificial y las relaciones con terceros Estados”, *REEI* 45, 2023, pp. 1-29, pp. 15 y 24.

⁵⁶ CUATRECASAS. *Aspectos clave del Reglamento de Inteligencia Artificial*, 2024. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/ia-inteligencia-artificial-reglamento-clave>.

⁵⁷ “Los sistemas de IA deben ser supervisados por personas, en lugar de por la automatización, para evitar resultados perjudiciales”, Parlamento Europeo, Dirección General de Comunicación, *Ley de IA de la UE: Primera normativa sobre inteligencia artificial*, 2024.

ga y aprobada por el Consejo Europeo en junio de 2018⁵⁸. Desde luego, se ha indicado el notable valor que tuvo esta inicial Declaración sobre el tema de la IA y su significativa influencia en el quehacer de la Unión en este campo. A pesar de ser una primera aproximación a los temas que suscita la IA en el entorno europeo, la Declaración cumplirá unas funciones básicas que impulsarán la cooperación y que sentarán las bases de la acción futura de la UE en todo el amplio campo de la IA. Esta Declaración no solo une las fuerzas de los Estados miembros de la Unión, sino que también evidencia que se debe hacer frente de manera conjunta a los desafíos que provoca esta nueva tecnología. En concreto, “el documento es importante porque pone de manifiesto una voluntad colectiva de (i) cooperar en el lanzamiento y mejora de aquélla; (ii) dirigir la transformación en el mercado laboral que supondrá este nuevo modelo (con iniciativas de modernización de la educación y sistemas de entrenamiento de los ciudadanos europeos); (iii) establecer un marco legal y ético adecuado, amparado en los valores y derechos europeos, que incorpore los principios de transparencia y responsabilidad”⁵⁹. Existen dos puntos que merece la pena reseñar y que están contenidos en la Declaración sobre cooperación: la necesidad de adoptar un enfoque europeo en materia de IA; y la necesidad de aprovechar todas las oportunidades para el desarrollo de la UE como consecuencia de las ventajas que proporciona esta tecnología.

Se trata únicamente de una declaración de intenciones, sin fuerza vinculante, aunque señala la firme voluntad de los Estados miembros de la Unión de colaborar y cooperar en materia de IA y de enfrentarse de manera colectiva a los retos y desafíos que provoca esta tecnología y que van apareciendo como consecuencia de su empleo. Una concisa declaración, pero repleta de indicaciones iniciales en torno a la necesidad de regular las cuestiones que suscita la IA, en perspectiva estrictamente europea. Por de pronto, todas las dimensiones de la IA quedan reflejadas en esta Declaración, al expresar los Estados el deseo de colaborar en todos los temas de la IA “desde garantizar la competitividad de Europa en la investigación y el despliegue de la IA hasta abordar cuestiones sociales, económicas, éticas y jurídicas”⁶⁰, con lo que quedan cubiertas las materias de carácter jurídico y, en consecuencia, la regulación de la IA en el Derecho de la UE, sobre todo, cuando se habla de nuevas cuestiones jurídicas y éticas.

— *Plan coordinado europeo sobre Inteligencia Artificial de 2018*. El mismo año, se aprobó el Plan Coordinado con una mayor extensión y contenido y abordando multitud de cuestiones que afectan a la IA, en todas sus dimensiones, habiéndose señalado que este Plan “tiene por objeto acelerar la inversión en IA, aplicar estrategias y programas de IA y armonizar la política de IA para evitar la fragmentación en Europa”⁶¹. De nuevo se trata de un texto sin valor obligatorio, pero que presenta muchas líneas de actuación tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros en materia de IA. Supone un compromiso de carácter político que ha tenido alguna trascendencia en el campo jurídico y que, de alguna manera, pretende tener un carácter permanente a través de sucesivas actualizaciones, siendo así que la última actualización del Plan se publicó en 2021 y pretende poner de relieve el liderazgo de la UE en el sector de la IA⁶².

Sin necesidad de escudriñar cada uno de los aspectos que conforman el Plan Coordinado, que tiene una vasta extensión, se podrían señalar al menos algunos elementos de interés: Antes de todo, se apuntan objetivos comunes y esfuerzos complementarios, de tal manera que en el fondo este Plan

⁵⁸ COM (2018) 795 final, Bruselas, 7.12.2018

⁵⁹ GARRIGUES. *Europa no quiere perder el tren de la inteligencia artificial y lanza una estrategia de más cooperación, 2018*. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/europa-no-quiere-perder-el-tren-de-la-inteligencia-artificial-y-lanza-una.

⁶⁰ Disponible en: Comisión Europea, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence>.

⁶¹ Disponible en: Comisión Europea, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/plan-ai>.

⁶² *Ibid.*

pretende suministrar un “marco estratégico para las estrategias nacionales de IA”; también aspira a estrechar la “asociación público-privada europea de IA y más financiación para empresas emergentes y pequeñas y medianas empresas innovadoras”, lo que expresa la preocupación por la innovación tecnológica y el papel de la UE en el concierto internacional en este campo; asimismo, persigue fortalecer “la excelencia en tecnologías de IA confiable y amplia difusión”, de tal modo que la UE y sus Estados miembros resulten competitivos en el entorno internacional; igualmente, apuesta porque se adapten los “programas y sistemas de aprendizaje y capacitación para preparar mejor a nuestra sociedad para la IA”, con lo que se explicita el interés por los efectos sociales de esta tecnología; pero, más allá, una de las aspiraciones más concretas será lograr “un espacio de datos europeo” que se considera esencial para la IA en Europa; y no podía faltar la finalidad de elaborar una serie de “directrices de ética con una perspectiva global y garantizar un marco jurídico favorable a la innovación” en el sector de la IA, que haga posible la regulación de esta materia; y, por último, se anhela abordar “la seguridad de las aplicaciones y la infraestructura de IA y la agenda de seguridad internacional”⁶³.

- *Estrategia de Inteligencia artificial para Europa de 2018*, que es una iniciativa europea sobre la IA, como se define a sí misma, y que apunta tres fines fundamentales: “Potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la UE e impulsar la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía (...)”; “Prepararse para las transformaciones socioeconómicas que origina la IA (...)”; y “Garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado (...)”⁶⁴. Cada uno de estos puntos son analizados y detallados y se formulan propuestas de contenido práctico. Sin embargo, esta iniciativa carece de fuerza obligatoria y, a lo más, representa un compromiso político que tiene la capacidad de señalar y apuntalar indicaciones normativas, todo desde el momento en el que se aboga por una regulación amplia y correcta de los múltiples aspectos que presenta la IA. Por esto, se apuesta por “un entorno de confianza” y “la obligación de rendir cuentas”. Por lo que adquieren una importancia singular los aspectos concernientes a la seguridad y responsabilidad, en perspectiva jurídica. De esta manera, se expresa el compromiso de elaborar y publicar “un informe acerca de los marcos en materia de responsabilidad y de seguridad en relación con la IA (...)”, lo que será el prelude de una regulación más específica que se irá haciendo en la UE en el campo de la IA
- *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de 2020*⁶⁵. Uno de los avances más decisivos fue la elaboración y publicación del “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, siendo así que sus principales ejes serían: “lograr un -ecosistema de excelencia- (...)”; y b) generar un -ecosistema de confianza- (...)”⁶⁶. Aunque carece de valor vinculante, el Libro Blanco acumula una panoplia notable de indicaciones, orientaciones, sugerencias, guías, directrices, y lineamientos que serán especialmente útiles para el establecimiento del marco regulador en el empleo de los sistemas de IA. Desde este prisma, encarna un estudio reflexivo de lo que se avecina en materia de IA y de las respuestas que debe aportar la UE, siempre pretendiendo que Europa ocupe un lugar privilegiado y que la UE se convierta en un actor principal en el campo tecnológico. En otras palabras, Europa debe “convertirse en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones”; y “el centro de referencia de investigación e innovación en IA de Europa debe atraer a talentos de todo el mundo (...)”.

⁶³ COM (2018) 795 final, Bruselas, 7.12.2018. Resulta de interés también la lectura del Anexo que de manera detallada analiza éstos y otros aspectos de la IA en Europa, en el que se afirma que “los principales objetivos del plan coordinado son maximizar el impacto de las inversiones a nivel nacional y de la UE, fomentar las sinergias y la cooperación en toda la UE, incluida la ética, fomentar el intercambio de mejores prácticas y definir colectivamente el camino a seguir. Trabajando juntos, la Unión puede maximizar su impacto para competir globalmente”.

⁶⁴ COM (2018) 237 final, Bruselas, 25.4.2018

⁶⁵ COM (2020) 65 final, Bruselas, 19.2.2020

⁶⁶ G. RINCÓN ANDREU, “Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza”, *Revista Ius et Praxis*, 2021, 27, 1, pp. 264-270, p. 265. Véase, también, P. A. de MIGUEL ASENSIO, “Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial: evolución del marco normativo y aplicación efectiva”, *La Ley Unión Europea* 2020, 79, pp. 1-5.

En lo relativo a la regulación de la IA por parte de la UE, el Libro Blanco facilita una serie de indicaciones que pueden ser útiles, y que lo fueron, en los avances que se vienen produciendo en cuanto a la reglamentación de esta materia desde la perspectiva del Derecho de la UE. Como aspectos centrales cabría señalar los siguientes: -Se aboga por una regulación que se fundamente en los valores de la UE con lo que, para convertirse en líder mundial en el campo de la IA, la UE precisa de “un marco regulador basado en sus valores fundamentales”; - la regulación de la IA es absolutamente necesaria para hacer frente a los peligros que el empleo de las nuevas tecnologías pudiera producir sobre el ejercicio de derechos, puesto que “los ciudadanos temen quedarse indefensos a la hora de proteger sus derechos”, lo que hace que se requiera una regulación clara y protectora de estos derechos, en la medida en que se puso de relieve la “actual falta de un marco común europeo” en esta materia; asimismo, aunque se parte de las ventajas que proporciona la IA, se insiste sobremedida en que “el marco regulador debe centrarse en cómo minimizar los distintos riesgos de sufrir daños, especialmente los más significativos”, de tal manera que uno de los propósitos es minimizar riesgos en el empleo de la IA; y también se aspira a determinar el ámbito de aplicación del marco regulador, lo que implica una definición de la IA y aclarar en qué sectores debe aplicarse la reglamentación que resulte del marco regulador, lo que supone en algunos casos únicamente actualizar la legislación en vigor⁶⁷.

El Libro Blanco es un buen punto de partida para conocer los retos que afronta la regulación de la IA en la UE y, además, proporciona soluciones a muchas de las cuestiones que entraña el empleo de los sistemas de IA. Por lo que se puede definir como un documento que “vela por los derechos de los consumidores y la promoción de la innovación en el ámbito de la IA. Se trata del primer documento en el mundo de estas características, y busca situar a Europa a la cabeza de este sector”⁶⁸. A partir de la aprobación de este documento, la UE se encontró en una situación idónea para abordar con mayor intensidad una regulación vinculante en la materia y, por ello, las indicaciones y lineamientos del Libro Blanco tendrá una notable influencia en la denominada “Ley europea de la IA”. El Gobierno español ha resumido el contenido del Libro Blanco indicando que este documentó “busca un enfoque europeo coordinado en torno a las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial basado en la regulación y en la inversión, y dirigido a asegurar un ecosistema de excelencia y un ecosistema de confianza”⁶⁹, con lo que señala los elementos más definitorios de este texto que, sobre todo, servirá de base en la configuración plena del marco regulador de la IA en la UE.

- Finalmente, existen otras acciones de la UE y sus instituciones en el campo de la IA. Ante todo, sobresale el valor político de la Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital que se aprobó en 2021 y que contiene algunas referencias esenciales a la IA⁷⁰. En particular, y en el marco regulatorio, se prevé que “las asociaciones digitales internacionales de la UE promoverán la armonización o la convergencia con las normas y estándares de la UE sobre cuestiones como la protección de datos, la privacidad y los flujos de datos, el uso ético de la inteligencia artificial, la ciberseguridad y la confianza, la lucha contra la desinformación y los contenidos ilícitos en línea, la garantía de la gobernanza de internet y el apoyo al desarrollo de la financiación digital y la Administración electrónica”⁷¹. Más allá, se pueden apuntar algunas resoluciones del Parlamento Europeo que están destinadas a tratar la IA. Entre estas cabría citar fundamentalmente la resolución sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA de 2020, que establece un marco regulatorio detallado,

⁶⁷ En el campo de los daños que puede producir la IA se deben tener en cuenta el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (BOE núm. 21 de 25 enero 1989). Y, de manera reciente, la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

⁶⁸ ¿Qué es el Libro Blanco de la Inteligencia Artificial de la UE?.. Disponible en: <https://am.pictet/es/blog/articulos/innovacion-que-es-el-libro-blanco-de-la-inteligencia-artificial-de-la-u> .

⁶⁹ Disponible en: Gobierno de España, <https://datos.gob.es/es/noticia/el-libro-blanco-de-la-inteligencia-artifici-l-aboga-por-la-excelencia-y-la-confianz> .

⁷⁰ COM (2021) 118 final Bruselas, 9.3.2021

⁷¹ Para el campo de la ciberseguridad, véase: A. A. BECERRIL GIL, “Retos para la regulación jurídica de la Inteligencia Artificial en el ámbito de la Ciberseguridad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* 2021, 15, 48, pp. 9-34.

al menos en este campo que queda afectado por la IA y que se fundamenta en el principio de que, en principio no es necesaria “una revisión completa de los regímenes de responsabilidad civil”. Ahora bien, diversos factores como “la complejidad, la conectividad, la opacidad, la vulnerabilidad, la capacidad de ser modificados mediante actualizaciones, la capacidad de autoaprendizaje y la autonomía potencial de los sistemas de IA, así como la multitud de agentes involucrados representan un reto importante para la eficacia de las disposiciones del marco de responsabilidad civil de la Unión y nacional”. Por todo ello, sería preciso “realizar adaptaciones específicas y coordinadas de los regímenes de responsabilidad civil para evitar situaciones en las que personas que sufran un daño o un menoscabo a su patrimonio acaben sin indemnización”⁷². En otras palabras, al tiempo que se van elaborando normas de carácter general sobre la IA, se van determinando campos específicos de actuación en esta materia

2. La trascendencia y contenido de la “Ley de Inteligencia Artificial” de la Unión Europea: Su impacto en el marco regulatorio

19. El avance más decisivo y representativo que se ha producido en la UE en el sector de la IA ha sido con toda seguridad la aprobación definitiva de la denominada “Ley de Inteligencia Artificial”⁷³ que, en realidad, es un Reglamento y que lleva por título oficial “Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”. Una vez planteada en diciembre de 2023, y aprobada en marzo de 2024 por el Parlamento Europeo, el Consejo le dio luz verde el 21 de mayo de 2024⁷⁴. Es un texto extenso que pretende regular la mayor parte de los aspectos que presenta en la actualidad la IA en el quehacer de la UE, a pesar de que propugne una filosofía flexible, con el fin de adaptarse a los nuevos y rápidos campos que acarrea el empleo de los sistemas de estas nuevas tecnologías. Se puede decir y suscribir que: “La adopción de la ley sobre IA es un hito importante para la Unión Europea. Esta ley histórica, la primera de su tipo en el mundo, aborda un desafío tecnológico global que también crea oportunidades para nuestras sociedades y economías. Con la ley de IA, Europa enfatiza la importancia de la confianza, la transparencia y la responsabilidad cuando se trata de nuevas tecnologías y, al mismo tiempo, garantiza que esta tecnología en rápida evolución pueda florecer e impulsar la innovación europea”⁷⁵. No han faltado expresiones de halago, que han subrayado el trascendental papel que le correspondía a esta Ley sobre la IA, teniendo en cuenta los avances que se han producido en la labor regulatoria de Organizaciones internacionales y también en las legislaciones de los Estados. En síntesis, es una norma de carácter vinculante que afronta el fenómeno de la IA en la UE, y que ofrece respuestas a buena parte de los adelantos que se están produciendo en esta materia.

Los principales factores que motivaron la aprobación de esta Ley habrá que encontrarlos básicamente en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los riesgos de las nuevas tecnologías; en la protección de la sostenibilidad como objetivo esencial de la UE, en consonancia con las indicaciones que se vienen haciendo en el plano universal con la Agenda 2030; en el amparo de la democracia y del Estado de derecho, concebidas como bases imprescindibles del discurrir de la UE; en la búsqueda del liderazgo y el protagonismo de Europa en el sector concerniente a la IA; y en el impulso

⁷² Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1.

⁷³ Véase, con carácter general, la obra M. BARRIO ANDRÉS, (Dir.) *El reglamento europeo de inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2024; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el Riesgo”, *LA LEY Unión Europea* Sección Estudios, 2024, 124; C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “El Reglamento de Inteligencia Artificial. Un nuevo marco regulatorio para una tecnología en continua evolución”, *Derecho Digital e Innovación* 2024, 19; y S. GARCÍA GARCÍA, “Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos* 2022, 79, pp. 304-323.

⁷⁴ Texto definitivo disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/es/pdf>.

⁷⁵ Mathieu Michel, Secretario de Estado belga de digitalización, simplificación administrativa, protección de la privacidad y regulación de la construcción. Disponible en: Gobierno de España, https://www.industriaconectada40.gob.es/difusion/noticias/Paginas/ley_europea_ia.aspx.

que se preconiza de la innovación tecnológica, como base de la economía europea y su proyección en la escena internacional.

20. Pero, es evidente que se trata de un texto, no solo amplio, sino también complejo y que está sujeto a interpretación en el que, sin embargo, priman una serie de elementos fundamentales que se podrían detallar del siguiente modo, teniendo en cuenta los que resultan de mayor interés en lo que se refiere al marco regulatorio de la IA

En primer lugar, se aporta una definición amplia, aunque precisa en su contenido, de lo que debe entender por “sistema de inteligencia artificial”, al menos a los efectos de la aplicación de la Ley. Se dice que se entenderá por: “1) «sistema de IA»: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”⁷⁶. Es habitual que cada norma o texto que aborda y detalla las cuestiones referidas a la IA contribuya a introducir una definición, hasta el punto de que se podría decir que existen tantas definiciones como organizaciones internacionales y Estados se han ocupado de esta cuestión. Precisamente, una de los temas jurídicos de mayor interés es poder contar con una definición acordada y aceptada generalmente de lo que se entiende por IA. Hasta tal punto es así que se ha llegado a decir que “en la actualidad uno de los proyectos más ambiciosos de la informática es la inteligencia artificial, por tal motivo es difícil definir exactamente qué es y los alcances que tiene”⁷⁷.

A la vista de las posiciones que se mantienen en organizaciones internacionales y en normas internas de los Estados, no es fácil definir la IA y toda definición tiene algo de provisional e incompleta. De todas maneras, la Ley europea se constituye en un referente mundial en materia de IA, al ser la primera norma vinculante en este campo, por lo que la definición que aporta servirá también como prototipo para otras regulaciones en la escena internacional y para su consideración en los ordenamientos jurídicos internos. Asimismo, se comprueba cómo la definición de la Ley se inspira sobremedida en la facilitada en los principios de IA de la OCDE de 2019, que ha sido actualizada en 2024, y cuya importancia radica en que “desde 2019, los principios recogidos en la Recomendación han sido acogidos por el G20, la Unión Europea, Japón, Estados Unidos y otras jurisdicciones, y han informado el trabajo de las Naciones Unidas y el Consejo de Comercio y Tecnología entre la UE y EE.UU.”⁷⁸.

En segundo lugar, los objetivos que persigue la Ley quedan bien establecidos en su contenido. A estos efectos, se habla explícitamente de garantizar que los sistemas de IA introducidos en la UE sean seguros y respeten los derechos humanos y los valores de la organización; y que estimulen la inversión y la innovación en el ámbito de la IA en Europa. A lo que habría que añadir que este objetivo se consigue mediante el “establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial”; y que, al mismo tiempo, se pretende “promover el enfoque europeo de la IA centrado en el ser humano y de ser un líder mundial en el desarrollo de IA segura, digna de confianza y ética”⁷⁹. Con todo, quedan delimitados los objetivos esenciales que persigue la norma y que delimitan su campo de actuación, pero también los motivos políticos a los que responde. La búsqueda de un sistema armonizado de normas en materia de IA se concibe como prioridad, produciéndose un avance decisivo en la UE, por lo que los objetivos de la norma quedarían resumidos en el punto 8 del Preámbulo cuando se postula “un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de IA (...)”.

⁷⁶ M. PÉREZ-UGENA, “La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* 2024, 72/1, pp. 307-377.

⁷⁷ Disponible en: Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.ptolomeo.unam.mx:8080/xmlui/bitstream/handle/132.248.52.100/219/A7.pdf>, p. 113.

⁷⁸ CUATRECASAS. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/ocde-actualiza-principios-ia>. Véase: *Memorandum Explicativo de la OCDE sobre la Definición Actualizada de la OCDE de un Sistema de Inteligencia Artificial*, OCDE 8, 2024, pp. 1-11.

⁷⁹ M. MLADENOV, “Human vs. Artificial intelligence: EU’s legal response”, *Pravo-teorija i praksa*, 2023, 40, pp. 32-43.

Se podrían detallar cada uno de los puntos que integran los objetivos de la Ley y poner los acentos en el enfoque europeo, en los valores de la UE, en la innovación, en el liderazgo de Europa, o en los aspectos de seguridad y confianza, pero quizá corresponda indicar con trazo grueso que la Ley europea presenta una regulación jurídica de la IA que tiene sus propias características y que se diferencia de la que proporcionan otras organizaciones o los derechos nacionales de los diferentes Estados. Visto desde la perspectiva de la geopolítica internacional, la Ley europea asegura que los sistemas de IA se desarrollarán y serán empleados siempre en el marco de unos principios y valores previamente establecidos, que son los que distinguen a la UE, por lo que no cabe el empleo, la innovación e investigación de la IA a cualquier precio. En esta línea, se podría suscribir que “China, adopta un enfoque regulatorio centralizado y estratégico, centrándose en el control estatal y el progreso tecnológico”, mientras que los Estados Unidos “prefiere un entorno regulatorio impulsado por el mercado y flexible”. Ante esta situación, “la UE pone un fuerte énfasis en promover el desarrollo y uso responsable de la IA”⁸⁰. El prisma de la UE en materia de IA representa la consagración de un modelo único y se sitúa en la atmósfera de los principios políticos que fundamentan la organización. La UE ha decidido poner límites a la IA y sostiene que la IA europea se debe asentar “en los valores y derechos fundamentales de la Unión, como la dignidad humana, la protección de la privacidad o la sostenibilidad ambiental”, puesto que “resulta especialmente sensible en este punto el enfoque antropocéntrico y la reivindicación de supervisión y control humano de los sistemas de IA”⁸¹.

Los objetivos de la Ley europea se deben interpretar en el marco regulatorio que se propone basado en valores y principios y teniendo en cuenta el logro de propósitos que son fundamentales para la UE. Aunque, en esta línea, sobresale todo lo relativo a la innovación tecnológica que conlleva la intención de que la UE ocupe un lugar privilegiado en los entornos tecnológicos de la escena internacional. Impulsar la inversión y la innovación en IA a nivel europeo está en la base de la aprobación de la Ley europea y siempre se ha constituido en unos de los objetivos primordiales al establecerse un marco regulatorio de esta materia. Esta finalidad se ha contagiado a cada uno de los Estados miembros de la Unión que, en su gran mayoría, han puesto en marcha acciones y programas de impulso a la innovación en tecnología. Así, por ejemplo, se dice que “para alcanzar el liderazgo europeo en el despliegue de la inteligencia artificial, España necesita impulsar el ámbito de la investigación, desarrollo e innovación”⁸², lo que significa la realización de esfuerzos que estén destinados a promocionar las nuevas tecnologías y alcanzar resultados satisfactorios en ese campo. En ningún caso, las labores de innovación e investigación en nuevas tecnologías ponen en duda el enfoque europeo de la IA basado en valores y principios, por lo que se debe aceptar que el enfoque europeo en materia de IA es completo, sistemático y tiene elementos de plena coordinación con el conjunto de las políticas de la UE.

En tercer lugar, uno de los rasgos más características de la Ley europea de IA es que toda la regulación que se ha acordado está destinada a evitar daños, por lo que se sigue un enfoque basado en los riesgos. De tal modo que a más riesgos, se establecen normas más estrictas⁸³. Aquí radica una de las claves que definen la Ley europea y se asegura que “el enfoque basado en el riesgo es la base de un conjunto proporcionado y eficaz de normas vinculantes”. Desde esa óptica, se aborda la regulación de la IA en la nueva Ley europea, siendo consciente de que las reglas actuales, aunque útiles, pueden resultar insuficiente para reglamentar coherentemente esta materia. Por ello, se apuntan las direcciones de las nuevas normas y que en esencia serían: Ante todo, “abordar los riesgos creados específicamente por las aplicaciones de IA; prohibir las prácticas de IA que planteen riesgos inaceptables; determinar una lista de aplicaciones de alto riesgo; establecer requisitos claros para los sistemas de IA para aplicaciones de alto riesgo”; y, sobre todo, definir obligaciones específicas para los implementadores y proveedores de aplicaciones de IA de

⁸⁰ E. RECLA y C. ZURITA, *Diferencias y similitudes de la legislación de IA en UE, EEUU y China*. Disponible en: <https://www.computing.es/opinion/legislacion-ia-en-el-mundo-eeuu-china-ue/>. M. PÉREZ-UGENA COROMINA, “Análisis comparado de los distintos enfoques regulatorios de la inteligencia artificial en la Unión Europea, EE. UU., China e Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2024, 28 (1), pp. 129-156.

⁸¹ E. GAMERO CASADO, *El enfoque europeo de inteligencia artificial cit.*, pp. 271-272.

⁸² Disponible en: Gobierno de España, <https://espanadigital.gob.es/medida/impulso-de-idi-en-ia>.

⁸³ Consejo de la Unión Europea, *Comunicado de prensa*, 9 diciembre 2023.

alto riesgo (...)”⁸⁴. Con todo ello, se definen cuatro niveles de riesgo que serían: riesgo inaceptable; alto riesgo; riesgo limitado; mínimo riesgo. En el primer caso de riesgos inaceptables, los usos de la IA estarían prohibidos en la UE; en los supuestos de alto riesgo se imponen una serie de requisitos y obligaciones más estrictos para que la IA pueda acceder al mercado de la UE; en relación con los casos de riesgo limitado, lo que se determina en realidad son obligaciones de transparencia y poco más; sin que quepan obligaciones específicas y gravosas en los supuestos de mínimo riesgo que, efectivamente, “no están regulados específicamente, pero se trata de aquellos supuestos en los que las personas pueden decidir de forma libre sobre su uso”⁸⁵. A partir de estas consideraciones se imponen los requisitos, obligaciones y responsabilidades de una manera detallada de todas las partes que intervienen en la IA, fundamentalmente, proveedores, fabricantes, importadores y distribuidores, responsables del despliegue, y usuarios⁸⁶.

En cuarto lugar, uno de los puntos clave de la Ley Europea sobre IA será todo lo relativo a la supervisión humana, lo que conduce a que se garantice que los sistemas de IA sean éticos y confiables. Lo recordaban las Directrices éticas para una IA fiable de 2019, que fueron elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA creado por la Comisión, y que estableció siete principios básicos, siendo el primero de ellos la “acción y supervisión humanas” que significa que “los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como herramienta al servicio de las personas, que respeta la dignidad humana y la autonomía personal, y que funciona de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos”⁸⁷. Con toda seguridad, este requisito es una de las notas distintivas de la regulación europea en materia de IA que, en definitiva, responde a la necesidad de garantizar los derechos fundamentales y el estado de derecho, como bases sustanciales del quehacer de la UE en el campo de la IA. La necesidad de asegurar la supervisión humana se vino defendiendo desde el principio, y precisamente con vistas a la aprobación de la Ley europea. Por este motivo, se afirmó que “la Comisión y el Parlamento europeos proponen que la supervisión humana sea un requisito normativo fundamental para cualquier sistema de IA calificado de alto riesgo”⁸⁸.

El especial interés porque no falte la supervisión humana en los sistemas de IA ha estado siempre presente en el quehacer de la UE y se plasmó definitivamente en la Ley europea. Bastaría, a estos efectos, recordar lo que preveía la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas que, como se sabe, incluía una propuesta de Reglamento en este sentido. En particular, el artículo 7 de esta propuesta acogía un concepto de supervisión humana de carácter integral, al indicar textualmente que “las tecnologías de inteligencia artificial de alto riesgo, incluidos los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías, se desarrollarán, desplegarán y utilizarán de forma que se garantice en todo momento una supervisión humana integral”⁸⁹. Por lo menos, se aceptó un concepto preciso de supervisión humana, otorgándole la mayor significación posible en el empleo de los sistemas de IA. Con estos datos, se debe interpretar el contenido del artículo 14 de la Ley europea en la que se recogen estos antecedentes y se afirma rotundamente que “los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso (...)”⁹⁰ y, a partir de ahí, es cuando se establecen normas específicas sobre el grado, nivel e intensidad de las acciones de supervisión humanas, siendo así que todo está enfocado hacia la defensa de las personas y sus derechos.

En quinto lugar, sobresale el sistema institucional que debe garantizar el cumplimiento de la norma reguladora de la UE en materia de IA, o lo que se viene denominando como modelo de Gober-

⁸⁴ Disponible en: Comisión Europea, *Ley de IA*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/regulatory-framework-ai>.

⁸⁵ C. CAMPOS ACUÑA, “Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (Ai Act)”, *La Ley Digital* 2024, 13390, p. 4.

⁸⁶ Consejo de la Unión Europea, *Comunicado de prensa*, 9 diciembre 2023.

⁸⁷ Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689.

⁸⁸ Por ello, se habla de que “la supervisión humana es un principio y requisito fundamental en la regulación de los sistemas calificados de alto riesgo”, A. OBREGÓN FERNÁNDEZ y G. LAZCOZ MORATINOS, “La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el derecho internacional humanitario y el derecho de la Unión Europea”, *REEL*, 2021, 42, pp. 1-29, pp. 2 y 5.

⁸⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea* C 404/63, 6.10.2021.

⁹⁰ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689.

nanza, que debe garantizar un uso adecuado y correcto de los sistemas de IA⁹¹. Sobre este tema, se debe resaltar, primero, el papel que le corresponde a la “Oficina de IA” que en el apartado 47 del artículo 3 de la Ley queda delimitado, al señalarse que su función es “contribuir a la implantación, el seguimiento y la supervisión de los sistemas de IA y modelos de IA de uso general, y a la gobernanza de la IA prevista por la Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2024 (...)”. Asimismo, importa destacar el significado que adquiere en el modelo de gobernanza “el Comité europeo de IA” que se crea en virtud de la Ley europea y al que se le atribuyen ciertas funciones, singularmente en el artículo 66, siendo así que de manera esencial se le concede la capacidad de asesorar y asistir a “la Comisión y a los Estados miembros para facilitar la aplicación coherente y eficaz del presente Reglamento”⁹². Se trata, desde luego, de un órgano de carácter consultivo y que cumple labores de asistencia a otros órganos de la UE, pero que en el fondo, como se ha dicho, “garantizará una aplicación uniforme de la Ley de IA en todos los Estados miembros de la UE y actuará como principal órgano de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros”⁹³. Más allá se prevé la existencia de un grupo científico de expertos independientes y un Foro consultivo, pero resultan especialmente relevantes las funciones que se les atribuyen a las “autoridades nacionales de supervisión”, en cuanto órganos internos encargados de la aplicación de la norma europea, es decir, se subraya el papel de los Estados en la gobernanza de los sistemas de IA.

A lo largo de la Ley europea se contienen diversas alusiones a las autoridades nacionales de vigilancia y de protección de datos, así como a las autoridades nacionales competentes en determinadas materias dentro del campo de la IA. Queda claro en la parte dispositiva que la plena aplicación de la norma europea solo es posible con la total y eficaz colaboración de las autoridades nacionales y que, para ello, los Estados miembros deben adoptar normas específicas y crear y dotar de funciones a órganos encargados de hacer efectivas las reglas sobre IA de la UE. En el caso de nuestro país, se comprueba cómo España ha querido desde el principio contar con un mecanismo institucional que hiciera efectivos los compromisos que se reflejan en la Ley europea y, para ello, ha creado la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA)⁹⁴, tal y como aparece en el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto. Al mismo tiempo, se han delimitado y precisado las funciones que le corresponden a esta Agencia, por lo que “ejerce las funciones de inspección, comprobación, y sanción de conformidad con el Reglamento de IA” y, en realidad, “será la principal autoridad supervisora nacional”⁹⁵.

Por último, en la Ley europea se prevén sanciones en casos de incumplimiento de las reglas que dimana de la Ley o, si se quiere decir así, se articula un sistema de sanciones en esta regulación. El principio general en esta materia sería el siguiente: “las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias, en especial, deberán tener en cuenta los intereses de las pymes, incluidas las empresas emergentes, así como su viabilidad económica”⁹⁶. El sistema de sanciones es una de las características más sobresalientes de la Ley europea, por lo que no se solo se pone el énfasis en el carácter pionero de la nueva Ley, al decir que “el Reglamento de IA es un instrumento pionero crucial para las empresas, ya que establece un marco común basado en el riesgo e impone un amplio conjunto de obligaciones a todos los agentes de la cadena de valor de la IA, desde los proveedores hasta los implantadores”, sino también porque destaca que este reglamento “establece importantes sanciones en caso de incumplimiento”⁹⁷.

En este campo se abren algunas interrogantes de interés y, sobre todo, lo relativo a la posibilidad de aplicar sanciones en terceros Estados, es decir, cabría preguntarse por la efectividad de las sanciones

⁹¹ Vid. V. JIMÉNEZ SERRANÍA, “Medidas de apoyo a la innovación y arquitectura de gobernanza”, en M. BARRIO ANDRÉS, (Dir.) *El reglamento europeo de inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2024, en particular, pp. 2130 y ss.

⁹² Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689.

⁹³ Comisión Europea - Comunicado de prensa, Entrada en vigor de la Ley Europea de Inteligencia Artificial, Bruselas, 1 de agosto de 2024.

⁹⁴ A. ARTERO MUÑOZ; C. F. RUIZ DE TOLEDO RODRÍGUEZ y P. MAIRAL MEDINA, “Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la clave para un desarrollo tecnológico ético, justo y sostenible”, *Revista Española de Control Externo*, 2023, 74-75, pp. 32-45.

⁹⁵ C. CAMPOS ACUÑA, *Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial... op. cit.*, p. 9.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ CUATRECASAS. *Reglamento (UE) DE IA. Un marco jurídico pionero sobre inteligencia artificial. Guía práctica*, 2024, p. 4. Vid., J. DELGADO MARTÍN, “Régimen sancionador”, en Barrio Andrés, M. (Dir.) *El reglamento europeo de inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2024, pp. 201 y ss.

derivada del incumplimiento de la Ley europea en terceros Estados. Algo que, como se ha dicho, se vuelve más grave de resolver en los supuestos en los que “el proveedor establecido en un tercer Estado pone en servicio el sistema IA en la Unión europea por medios electrónicos, sin que intervenga ningún intermediario; o un usuario de sistema IA establecido en un tercer Estado ofrece sus servicios en la Unión por medios telemáticos”⁹⁸. El propósito final de las sanciones previstas en la Ley europea no es otro que asegurar el correcto y pleno cumplimiento de las reglas que contiene la norma, sin que quepa interpretar que la regulación prevista tienda preferentemente a establecer un régimen punitivo. Las sanciones pueden tener un carácter económico o no pecuniario⁹⁹, y corresponderá a los Estados miembros establecer el régimen de sanciones y otras medidas coercitivas, tal y como se prevé en el Reglamento.

21. Más allá del régimen de sanciones en sentido estricto, que se regula en los artículos 99 a 101, y de las que pueden ser destinatarios todos los que intervienen en los procesos de los sistemas de IA (proveedores, importadores, distribuidores, responsables del despliegue...), no se oculta en la Ley europea la posibilidad de que toda persona física o jurídica llegue a presentar una reclamación respecto al incumplimiento del Reglamento de Inteligencia Artificial, y que esta reclamación se tramite conforme a los ordenamientos jurídicos internos. Esto es lo que queda explicitado en el punto 170 de los Considerandos del Reglamento, al indicar que “el Derecho de la Unión y nacional ya prevén vías de recurso efectivas para las personas físicas y jurídicas cuyos derechos y libertades se vean perjudicados por el uso de sistemas de IA”. Y se abre el camino para que toda persona pueda presentar una reclamación si considera que se han vulnerado las provisiones del Reglamento ante la autoridad de vigilancia del mercado pertinente¹⁰⁰.

IV. Conclusiones

22. La comunidad internacional viene expresando, desde hace algún tiempo, un interés particular por todas las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías y, en concreto, por lo que se refiere a la IA. Diversos países vienen aprobando normas internas en la materia y algunas Organizaciones internacionales se han ocupado detalladamente de esta cuestión, elaborando reglas de conductas éticas y jurídicas, unas veces con un valor no vinculante y otras con una naturaleza obligatoria, siendo esto último lo menos frecuente. Se advierte en la comunidad internacional un deseo de cubrir los vacíos normativos que existen en relación con los sistemas de IA y, de esta manera, proporcionar una regulación lo más completa posible, sobre la base de que los avances tecnológicos no solo son imparables, sino que discurren continuamente y se van produciendo nuevas situaciones de manera constante que precisan de una regulación jurídica. A pesar de todo, se están produciendo adelantos y se dispone de algunas definiciones útiles de lo que se debe entender por IA; cuál es su contenido básico; y cuáles son las principales dimensiones que tiene este fenómeno. En pocas palabras, se camina aceleradamente hacia una regulación jurídica de la mayor parte de las cuestiones que suscita la IA en la actualidad o, por lo menos, se expresa una sólida voluntad de que no queden al azar los temas esenciales que encierra esta modalidad de tecnología. Se coincide, además, en que la IA debe estar sujeta a una regulación jurídica y que hay que evitar a toda costa que se produzcan daños en las personas y sus derechos fundamentales como consecuencia del empleo indebido e incorrecto de la IA.

Existen, sin embargo, diversos modelos de regulación jurídica de la IA y los acentos se ponen en una y otra cuestión en función de los países interesados en cada caso. En especial, se discute sobremanera en torno a las notas características de los modelos de Estados Unidos y China, a los que se añade el modelo europeo que se debe entender en una doble dimensión: primero, las formulaciones que emanan del Consejo de Europa que se fundamenta en la defensa de la democracia, el Estado de derecho y la protección de los

⁹⁸ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El futuro reglamento de inteligencia artificial y las relaciones con terceros Estados”, *REEI* 2023, 45, pp. 1-29, p. 18.

⁹⁹ A. J. HUERGO LORA, “Inteligencia artificial y sanciones administrativas”, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2022, pp. 275-310.

¹⁰⁰ Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689.

derechos fundamentales; y, segundo, las posiciones políticas y normativas que ha exteriorizado la UE que, además de tener los fundamentos en los valores anteriores, tiene en cuenta los motivos políticos y económicos que inspiran su actuación, en concreto, la necesidad de afirmar y consolidar el liderazgo de la UE en el campo tecnológico, y potenciar la innovación e investigación en el sector de las nuevas tecnologías. Europa está construyendo un modelo de IA y uno de sus rasgos más notables es contar con una regulación jurídica sistemática, ordenada y completa de los diversos aspectos que lo conforman. La búsqueda de un marco regulatorio ético, coherente, fiable, seguro, y con exigencia de responsabilidad ha sido una verdadera obsesión por parte de los líderes europeos y de las agencias y expertos en nuevas tecnologías, incluida la IA.

23. El proceso orientado a una regulación completa de la IA se aceleró en Europa a partir de 2018 y, desde entonces, se ha realizado una ingente producción normativa en la materia. Al principio se avanzó en la formulación de guías, directrices, orientaciones y lineamientos sobre la IA, sin que los textos aprobados tuvieran un carácter vinculante, aunque incorporaban una serie de recomendaciones, instrucciones e indicaciones que han sido especialmente útiles para la elaboración de textos más avanzados y detallados y, sobre todo, con carácter obligatorio. Desde la proclamación de los grandes principios éticos y jurídicos sobre IA se ha descendido hacia una normativa más minuciosa y prolija que impone obligaciones, otorga derechos e impone sanciones. Una normativa que está dirigida esencialmente a la defensa de los valores y principios en los que se asienta la realidad europea y que, en modo alguno, desconoce que Europa debe competir en la escena internacional con otros actores que otorgan un relevante valor y significado a las nuevas tecnologías y, en concreto, a la IA. Por lo tanto, la búsqueda de la innovación y la inversión tecnológicas, y el avance económico basado en las nuevas tecnologías son objetivos prioritarios de Europa, que se pretenden lograr sin descuidar el respeto a los valores y principios en los que se sustenta la idea de Europa.

Los buenos resultados obtenidos hasta ahora por Europa respecto a la regulación de la IA se plasman fundamentalmente en dos direcciones. La primera sería la labor realizada por el Consejo de Europa que, más allá de la aprobación de resoluciones y recomendaciones en la materia y de naturaleza no obligatoria, ha tenido el vigor para proceder a la aprobación de un Convenio Marco sobre la Inteligencia artificial en el año 2024. Este Convenio-Marco encarna el primer tratado en materia de IA que se ha aprobado en la escena internacional. El tratado incide de manera directa en el respeto de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, y alberga una serie de disposiciones que están canalizadas hacia el respeto de los principios básicos de esta organización europea. A pesar de la escasa efectividad de un tratado de este tipo, en cuanto contiene numerosas formulaciones y obligaciones genéricas, su mera aprobación representa un desarrollo notable en la evolución de la regulación jurídica de la IA. La segunda sería el quehacer de la UE en el sector de la IA que después de la aprobación de múltiples instrumentos político-jurídicos, como el Libro Blanco de 2020, ha culminado su tarea con la aprobación de la denominada “Ley sobre IA” que, en realidad, es un Reglamento sobre la materia y, en consecuencia, de carácter obligatorio para los Estados miembros. La Ley europea sobre IA proporciona una definición de los sistemas de IA; establece un claro ámbito de aplicación, identificando a todos los obligados por sus disposiciones; sigue un enfoque basado en el riesgo; otorga una importancia capital a la supervisión humana, lo que enlaza con el significado ético del empleo de la IA; presta apoyo a la innovación tecnológica; diseña un modelo de gobernanza; y prevé sanciones de todo tipo en caso de incumplimiento.

24. Estos dos pasos decisivos en la regulación jurídica de la IA han de ser valorados muy positivamente, aunque todavía resultan insuficientes por varias razones: Ante todo, porque la IA experimenta rápidos cambios y transformaciones que no son previstos por la actual regulación, y cada vez resulta más difícil asentar normas que respondan a los nuevos retos en esta materia. Asimismo, porque ni el Convenio Marco del Consejo de Europa ni la “Ley de IA” de la UE son textos completos que abarquen todos los aspectos y dimensiones que merecen regulación en el sector de la IA, siendo así que incluso el primero de estos instrumentos no impone, en muchos casos, obligaciones precisas. Todavía queda un largo camino por recorrer para albergar una regulación completa del fenómeno de la IA, pero sin duda las decisiones normativas de las dos organizaciones europeas han despejado buena parte de la senda que conduce a una regulación ordenada y sistemática de una parte de las nuevas tecnologías, como es la IA.

La circulación y el trasplante del modelo de arbitraje testamentario español en América Latina: entre mejoras y perspectivas de futuro

The circulation and legal transplant of the Spanish model of arbitration constituted by will in Latin America: between improvements and future prospects

ALFREDO FERRANTE

*Profesor titular de Derecho Comparado
Università di Pavia*

Recibido: 04.02.2025 / Aceptado: 12.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9335

Resumen: El artículo estudia la evolución del modelo español de arbitraje testamentario, modelo que ha sido utilizado como inspiración en América Latina, en países como Bolivia, Perú y Honduras. Mediante una metodología propia de la comparación jurídica se observará cómo el inicial modelo español permanece tendencialmente estático, mientras los legisladores latinoamericanos, adoptando un comportamiento más dinámico, dan lugar a la creación de varios modelos que mejoran la disposición que ha sido tomada como inspiración.

Palabras clave: Arbitraje testamentario, Derecho Comparado, trasplante legal, art. 10 Ley española de arbitraje, América Latina.

Abstract: The article studies the evolution of the Spanish model of arbitration constituted by will, a model that has been used as inspiration in Latin America, in countries such as Bolivia, Peru and Honduras. Through a methodology in legal comparison, it will be observed how the initial Spanish model remains tendentially static, while Latin American legislators, adopting a more dynamic behavior, led to the creation of several models that improve the regulation from which inspiration has been taken.

Keywords: Arbitration constituted by will, Comparative law, legal transplant, art. 10 Spanish arbitration act, Latin America.

Sumario: I. Introducción y planteamiento. II. El estático modelo del arbitraje testamentario español y las inconcluyentes reformas del legislador. III. Recepción y circulación del modelo español en algunos países hispanohablantes. IV. La mejora terminológica respecto al término “diferencias”. V. División de modelos a la hora de instituir el arbitraje: “por disposición testamentaria” y “por la sola voluntad del testador”. VI. Expresa remisión al nombramiento de los árbitros. VII. Mejora definitiva y sustancial del ámbito objetivo en relación con la distribución y administración de la herencia. VIII. Mejora definitiva y sustancial en relación con los legitimarios y legítima. IX. (Sigue) Evolución del arbitraje testamentario y expansión en el modelo peruano. X. Conclusiones.

*El trabajo se enmarca en el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación español “La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad” (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B) y en el PRIN 2022 - 2002S8PLB5- SH2 - “Private Autonomy in The European estate planning: Civil, Business and Comparative Law features of inheritance planning tools, and a reform proposal for the Italian Succession Law- CUP F53D23003690006.

I. Introducción y planteamiento

1. El art. 10 de la Ley española de arbitraje¹ regula el arbitraje testamentario estableciendo que “también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

2. No es objeto de este escrito realizar un estudio exhaustivo ni sistemático del arbitraje testamentario ni de esta disposición, sino que su finalidad es destacar que el art. 10 de la Ley española de arbitraje se ha quedado estático frente a la evolución que, en cambio, se ha verificado en situaciones análogas.

3. Como se verá, efectivamente si bien el legislador ha procedido a regularlo no ha conseguido, ni siquiera con las reformas posteriores, a aclarar algunos aspectos críticos que proceden de la redacción de la disposición.

4. Dado que la regulación española ha sido utilizada como modelo jurídico en algunos países latinoamericanos, la finalidad de este trabajo es analizar mediante una metodología propia de la comparación jurídica cómo han operado estos trasplantes legales para posteriormente valorar si se ha verificado una mutación del modelo inicial.

5. La hipótesis de este trabajo es que los modelos legales fruto del trasplante legal de la disposición española han mejorado el emplatado originario y, al mismo tiempo, se han alimentado entre sí. Contextualmente, el legislador español no ha tomado en consideración las fluctuaciones legales que han derivado del trasplante de su normativa.

6. Antes se realizará una breve panorámica crítica de la regulación española del arbitraje testamentario (vid. *infra* II), para luego analizar los ordenamientos que lo han regulado en sus leyes de arbitrajes, (vid. *infra* III) destacando cómo las regulaciones peruana, boliviana y hondureña han actuado o interactuado durante la fase del trasplante legal y en las posteriores reformas (vid. *infra* IV-IX). Concretamente se empezará deteniéndose en la referencia que la normativa española hace a “diferencias” (vid. *infra* IV), para luego ver mediante cual medio jurídico puede instituirse el arbitraje testamentario (vid. *infra* V) y verse si se ha regulado la posibilidad de nombrar el(los) árbitro(s) por parte del testador (vid. *infra* VI). Posteriormente se tratará el ámbito objetivo (vid. *infra* VII), es decir, la referencia a la “administración y distribución de la herencia”, dedicando también un particular interés es a la problemática relativa al inciso “herederos no forzosos o legatarios” (vid. *infra* VIII). Finalmente después de haber hecho hincapié especial sobre el modelo peruano (vid. *infra* IX), se realizarán algunas conclusiones finales (vid. *infra* X).

II. El estático modelo del arbitraje testamentario español y las inconcluyentes reformas del legislador

7. El ordenamiento español, desde su primera Ley de arbitraje, considera oportuno prestar atención al arbitraje en el contexto del testamento y, para ello, ya el art. 5 de la Ley de arbitraje de 1953²

¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 309, 26 diciembre. Sobre una breve panorámica en castellano de los antecedentes históricos de la figura y de aquellos inmediatos anteriores a la ley de 1953 vid. v.gr: C. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 19 y ss.; B. BUCHHALTER-MONTERO, “Arbitraje instituido por disposición mortis causa”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 502 y ss.

² Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 358, 24 diciembre.

Art. quinto: “El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por

regulaba expresamente el arbitraje instituido por disposición testamentaria, figura que se ha ido confirmado a lo largo de las posteriores leyes de arbitraje. De esta manera, instaurado por la Ley que fusiona el arbitraje estricto y la amigable composición³, confirmado por la Ley de arbitraje que otorga el pleno y expreso reconocimiento del arbitraje institucional⁴, finalmente es consolidado por la actual Ley de arbitraje⁵, Ley que no solamente consagra expresamente el arbitraje institucional⁶, sino que también fija el sistema monista en España.

8. La primera reforma, la del año 1988, parece dar una importancia clave al arbitraje testamentario dado que viene a ampliar su ámbito subjetivo y objetivo. En ese sentido, desde esa nueva regulación, por un lado, no solo se hace referencia a las diferencias “entre herederos no forzosos”, sino también a los “legatarios” y, por otro lado, no solamente se abarcan cuestiones relativas a la distribución de la herencia, sino que también se tratan aspectos relativos a su administración⁷.

9. Sin embargo, esta reforma más que mejorar la institución puede calificarse como patológica por varios aspectos que se verán a continuación.

Un primer aspecto patológico consiste en que la normativa española puede considerarse degenerativa, ya que opta por una terminología jurídica que podría definirse “no apropiada” debido a un doble orden de factores: por un lado, porque a lo largo de sus reformas no rectifica la expresión “herederos no forzosos”, que ya había sido considerada poco técnica por la doctrina⁸, e introduce el término “legatarios”, que contribuye a crear numerosas confusiones interpretativas, dado el solapamiento de esta figura con la de “legitimario”. En ese sentido, la doctrina, partiendo de la premisa que la norma quiere excluir la legítima⁹, ha propuesto la sustitución de la expresión “herederos no forzosos y legatarios” por “sucesores no forzosos”¹⁰ o “herederos o legatarios no forzosos”¹¹, o sosteniendo que debiera referirse no a las cuestiones entre “herederos no forzosos”, sino a las cuestiones entre “no legitimarios”¹².

10. Debe destacarse un segundo y más contundente aspecto: la reforma del año 1988. Si bien pudiera parecer que amplía el ámbito de acción de la institución, en realidad le corta las alas.

disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia”.

³ Art. 4 Ley 60/2003, cit.

⁴ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 293, 7 diciembre.

Art. 7: “Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

⁵ Art. 10 Ley 60/2003, cit..

⁶ Vid. art. 4 inciso primero y art. 14 Ley 60/2003, cit., así también como reformado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (*Boletín oficial del Estado*, núm. 121, 21 mayo 2011).

⁷ Además, la reforma da más amplia aplicación de la disposición sustituyendo la preposición “por” con “para”: al referirse a las referencias “para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia: Vid. A. FERRANTE, “El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley 60/2003: necesidad de nuevo enfoque legislativo”, *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación*, dirigido por M. CARBALLO FIDALGO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2025, en prensa.

⁸ La doctrina es tendencialmente unánime en este sentido vid. *v.gr.*: I. GOMÁ LAZÓN, “Art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coordinado por C. GONZÁLEZ-BUENO), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 234; R. COLINA GAREA, “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, dirigido por A.-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN; coordinado por A. NEIRA PENA, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 193.

⁹ De lo contrario quien admite que involucre la legítima, de *lege ferenda* propone la eliminación del inciso “herederos no forzosos y legatarios”: A. CALATAYUD SIERRA, “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, p. 182.

¹⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, “El arbitraje testamentario”, cit., p. 80.

¹¹ Esta misma doctrina luego afirma que incluso mejor sería utilizar “sucesores voluntarios o no legitimarios”: F. YÁÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 92.

¹² Esto en Aragón en relación, por ejemplo, con el art. 487.1 y art. 490 Código del Derecho foral de Aragón: A. CALATAYUD SIERRA, “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 173.

Al redactar un testamento, un rol clave lo tienen los notarios que, gracias a sus asesoramientos, sugieren las cláusulas más oportunas a la hora de la redacción de los actos. Ahora bien, al margen de los valores ético-profesionales de este grupo profesional, podríamos preguntarnos: ¿qué incentivo podría tener un notario para sugerir a un testador una disposición testamentaria arbitral¹³ cuando la misma Ley que fortalece este tipo de arbitraje excluye expresamente ejercer el papel de árbitro a una de las clases de profesionales más adecuada y preparadas para realizar esta tarea, esto es, el cuerpo notarial? Así las cosas, la reforma de 1988 excluye a los notarios del ejercicio de la función arbitral, al fijar la prohibición para aquellas “personas que ejercen función pública retribuida por arancel”¹⁴.

Por ello, el hecho que desde 1988 hasta 2011 los notarios no hayan podido ejercer la función arbitral ha sido uno de los factores que con toda probabilidad han contribuido a la escasa difusión del arbitraje testamentario¹⁵, y en efecto, en la reforma inicial del año 2003 esto tampoco ha podido verificarse¹⁶ y se ha tenido que esperar a la reforma del art. 15 en el año 2011¹⁷. La presencia de esta limitación durante más de veinte años ha sido un factor que ha contribuido a un neto estancamiento del sistema, desincentivando a los notarios a comunicar o “instruir” al testador que quisiera otorgar testamento. La Ley de arbitraje de 2003 hizo pasar desapercibida esta problemática, y solo la reforma de 2011 volvió a darle las alas que le fueron cortadas en el año 1988, sin embargo, no le proporcionó el impulso suficiente para hacerle tomar el vuelo, dado que se volvió a perder la ocasión para rectificar las *atecnidades* que las redacciones anteriores presentaban respecto a la cuestión de la identificación de los sujetos involucrados.

La prueba de que el notario es un claro propulsor de la figura analizada puede comprobarse en el hecho que, exactamente el mismo año de la reforma, se creó la Fundación Notarial Signum, que tiene la finalidad principal de impulsar medios alternativos de resolución de las controversias como es el arbitraje y, más recientemente, la mediación¹⁸. Sin embargo, la figura del arbitraje testamentario todavía no se ve consolidada y son constantes en ámbito notarial¹⁹ los intentos para concienciar al ciudadano de que esta figura puede ser una oportuna, rápida y efectiva medida de resolución de cuestiones relativas a las herencias. Por ello, son los notarios los que realmente le pueden darle un evidente impulso proponiendo cláusulas arbitrales testamentarias a los testadores y, de esta manera, convertirse en el timonel de este buque que, de momento, se encuentra varado²⁰. Ahora bien, aunque hayan cambiado los tiempos y exista en la actualidad una voluntad avanzar en esta dirección, la redacción del art. 10 de la actual Ley

¹³ Sobre la intervención del notario en el arbitraje vid. E. CAMPOS VILLEGAS, *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley : discours d'ingrés de l'acadèmic de número Sr. Elías Campo Villegas i contestació de l'acadèmic de número Sr. José Juan Pintó Ruiz, 3 de juny de 2004*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 49 y ss.

¹⁴ Vid. art. 12 numeral 4 Ley 36/1988, cit.

¹⁵ C. DE PRADA GUAITA, “El arbitraje testamentario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIV, 2014, p. 430; M^a del P., PERALES VISCASILLAS, “La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje*, vol. IV, núm. 3, 2011, p. 686.

¹⁶ Esto ya que la redacción del art. 13 de la Ley 60/2003, cit. no era suficiente para que se legitimara este aspecto

¹⁷ La ley 11/2011, cit. sustituye la expresión “abogado en ejercicio” con la más amplia de “jurista”. Como se observa, en este sentido ayuda la exposición de motivos de esta última Ley, en ese sentido “la Exposición de Motivos al referirse a la apertura del “abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de Derecho” o sensu contrario se refiere a la posible intervención de ‘otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento’”: M^a del P., PERALES VISCASILLAS, “La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, cit., p. 686.

¹⁸ Vid. <https://fundacionssignum.org/>

¹⁹ Un claro ejemplo ha sido la organización por el Colegio Notarial de Madrid o la Fundación Notarial Signum de un seminario en el septiembre de 2021 donde se ha hecho hincapié sobre la importancia y utilidad de esta institución y hecho propuesta de *lege ferenda* para mejorar la actual art. 10 LA. Una síntesis de las ponencias de puede encontrar aquí: R. HINOJOSA SEGOVIA, “El arbitraje testamentario en las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 36/1988, de 5 de diciembre”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 2021, p. 20-27; I. GOMÁ LAZÓN, “Una propuesta de reforma de la regulación del arbitraje testamentario”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 2021, p. 28-31; C. DE PRADA GUAITA, “¡¡¡Libertad al arbitraje testamentario!!!”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 2021, p. 32-35.

²⁰ Esta es la metáfora de C. DE PRADA GUAITA, “El arbitraje testamentario”, cit., p. 459. Se retoma a su vez el paralelismo entre “buque” y arbitraje testamentario formulado por la doctrina: vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, “El arbitraje testamentario”, cit., p. 90 y 91.

de arbitraje no ayuda a su fácil puesta en práctica, por ello, si un problema logístico ha sido eliminado gracias a la reforma de 2011, el problema estructural sigue existiendo en parte.

11. Por lo tanto, aunque parece indiscutible que, para el legislador español, esta institución debe tener un papel clave²¹, dado que no solamente no ha decidido eliminarla²², sino que se le ha dado, con la reforma de 2003 un nombre propio: el de “arbitraje testamentario”, las reformas son esencialmente inconcluyentes, dado que la redacción de la norma sigue dejando sin respuesta algunas cuestiones que las reformas no han contribuido a resolver. Así, por ejemplo, si es cierto que, por lo que respecta a la interpretación de la distribución y administración de la herencia, existe mayoritariamente una opinión unánime a favor de una interpretación más amplia²³, quedan abiertas algunas problemáticas, entre las cuales la relación entre la cláusula testamentaria arbitral y la legítima. ¿Cómo han reaccionado a estos aspectos los ordenamientos que han tomado como referencia inicial el modelo español trasplantando el arbitraje testamentario?

III. Recepción y circulación del modelo español en algunos países hispanohablantes

12. El estudio del modelo español es interesante, no sólo porque gracias a este el legislador ha positivizado expresamente el arbitraje testamentario, reconociendo, por lo tanto, esta institución, sino también porque ha sido utilizado como modelo jurídico de inspiración para otros ordenamientos latinoamericanos. Algunos de estos han procedido a trasplantarlo²⁴ mediante la imitación²⁵ de algunos de sus rasgos, dando lugar a una circulación de modelos jurídicos²⁶ similares, pero al mismo tiempo diferentes, llevándose a cabo, progresivamente, mutaciones del modelo original²⁷.

De lo anteriormente dicho se deduce que es especialmente importante²⁸ y necesario la realización de un análisis comparativo para poder verificar cómo algunos países hispanohablantes han procedido a incorporar la norma utilizando el impulso español como modelo inspirador de sus codificaciones, si bien presentan, como se verá más adelante, rasgos distintos.²⁹

²¹ Sin embargo, como ya afirmado la doctrina, parecería que, contextualmente y casi paradójicamente, el legislador tenga poca preocupación o interés hacia esta figura: v.gr. J. GAVIDIA SÁNCHEZ, E. CORRAL GARCÍA, “Art. 10”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. por A. DE MARTÍN MUÑOZ y S. HIERRO ANIBARRO, Marcial Pons, Madrid, 2006 p. 1022.

²² En relación con los procesos de codificación en sede parlamentaria vid. F. CAPILLA RONCERO, “Art. 7”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n. 36/1988, de 5 de diciembre*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, p. 77-79; M. ALBALADEJO GARCÍA, “El arbitraje testamentario”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990, p. 80 y ss.; F. YAÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, en *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, dirigido por J. L. COLLANTES GONZÁLEZ, Vol. II, Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima 2007, p. 77; B. BUCHHALTER-MONTERO, “Arbitraje instituido por disposición mortis causa”, cit., p. 509 y ss.

²³ Vid. A. FERRANTE, “El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley 60/2003...”, cit., en prensa.

²⁴ Vid. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed., University of Georgia Press, Atenas, 1993; A. WATSON, “Aspects of reception of law”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 2, 2000, p. 335 y ss. Vid. también v.gr. A. MIRANDA, “Trapianti giuridici, circolazione dei modelli e persistenza della norma: l’insegnamento di Alan Watson”, en *Diritto e Tradizione. Circolazione, decodificazione e persistenza delle norme giuridiche. Studi per una laurea HC ad A. Watson* coordinado por A. MIRANDA, ILA Palma, Palermo, p. 11 y ss.; J. W. CAIRNS, “Watson, Walton and The History of Legal Transplant”, *Georgia Journal of International Comparative Law*, núm. 41, 2013, p. 637 y ss.

²⁵ Vid. E. GRANDE, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁶ Vid. U. MATTEI, “Circolazione dei modelli giuridici”, en *Enciclopedia del diritto (Annali)*, I, 2007, p. 173 ss.

²⁷ Vid. R. SACCO, “Circolazione e mutazione dei modelli giuridici”, *Digesto delle discipline Privatistiche. Diritto civile*, vol. 2, Utet, Torino, 1988, p. 365 y ss; R. SACCO, “Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment 1 of 2)”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 1, p. 1 y ss; R. SACCO, “Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment 2 of 2)”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 1, p. 343 y ss.; Sobre la relación entre trasplante y formante en idioma castellano vid. A. FERRANTE, “Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, 2021, p. 168 y ss.

²⁸ Vid. M. GRAZIADEI, “Comparative law as the study of transplants and receptions”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, coordinado por M. REIMANN, y R. ZIMMERMANN, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 442 y ss.

²⁹ Constata la influencia del modelo español sobre el peruano también: G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, en *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Tomo II (art. 74 a disposiciones finales)*, coordinado por C. A. SOTO COAGUILA y A. BULLARD GONZÁLEZ, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 88.

13. Más concretamente, el ordenamiento peruano, boliviano y hondureño han procedido a codificar la institución objeto de estudio en los años 1992³⁰, 1997³¹ y 2000³², respectivamente. Además, los dos primeros ordenamientos han realizado una nueva modificación de su disposición: dos veces, en caso de Perú – en 1995³³ y 2008³⁴ –, y una vez - en el año 2015³⁵ -, en caso de Bolivia, aspecto que demuestra un interés evidente por la figura e indica la necesidad de aportarle mejora ³⁶.

La tabla que se adjunta a continuación reconstruye esquemáticamente las reformas realizadas en los cuatro ordenamientos.

³⁰ Artículo 7 Decreto Ley 25.935/1992, Ley General de Arbitraje, de 9 de diciembre de 1992, *El Peruano*, 10 de diciembre:

“Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia.

La estipulación debe designar el árbitro o referirse a un reglamento arbitral”. Vid. G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sètima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 88 y 89.

³¹ Art. 5 Ley 1770/1997, Ley de Arbitraje y Conciliación, de 10 de marzo, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, 10 marzo:

“I.- Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a las siguientes materias:-

1. Interpretación de la última voluntad del testador.
2. Partición de los bienes de la herencia.
3. Institución de sucesores y condiciones de participación.
4. Distribución y administración de la herencia.

II.- Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del tribunal arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del tribunal arbitral con auxilio jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto por la presente ley.

III.- A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de arbitraje las disposiciones contenidas en la presente ley”.

³² Art. 32 Decreto Legislativo 161/2000, de 7 de octubre Ley de Conciliación y Arbitraje *Diario Oficial de la República de Honduras*, núm 29.404, de 14 de febrero:

Arbitraje Testamentario. “Salvo las limitaciones establecidas por el orden público, el testador podrá, por su sola voluntad, instruir el arbitraje a efecto de resolver las controversias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos y legatarios, sea respecto de la porción de la herencia no sujeta a asignación forzosa, de las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o petición de la herencia o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los ejecutores testamentarios”.

³³ Art. 13 Ley 26.572/1995, de 20 de diciembre, Ley General de Arbitraje, *El Peruano*, 5 de enero:

“Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

³⁴ Séptima Disposición complementaria Decreto Legislativo 1071/2008, de 27 de junio, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, *El Peruano*, 28 de junio:

Arbitraje sucesorio. “Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior”.

³⁵ Art. 134 Ley 708/2015, Ley de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, núm. 770 de 25 de junio:

Ámbito de aplicación “I. Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a los siguientes aspectos:

1. Interpretación de la última voluntad del testador.
2. Participación de los bienes de la herencia.
3. Institución de sucesores y condiciones de participación.
4. Distribución y administración de la herencia.

II. Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del Tribunal Arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del Tribunal Arbitral con auxilio jurisdiccional, de conformidad a lo dispuesto por la presente Ley.

III. A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de arbitraje, las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

³⁶ La doctrina constata que el texto peruano de 1995 “mejora la regulación del arbitraje testamentario respecto a la del ordenamiento español”: F. YAÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 100.

Tabla sistemática de las reformas

	1953	1992	1995	1997	1988	2000	2003	2008	2015
España	Art. 10 Ley de arbitraje				Art. 7 Ley de arbitraje		Art. 10 Ley de arbitraje		
Perú		Art. 7 Decreto Ley 25.935	Art. 13 Ley 26.572					Disp. Compl. séptima Decreto Legislativo 1071	
Bolivia				Art.5 Ley 1770					
Honduras						Art. 32 Decreto legislativo 161			Art. 134 Ley 708

Frente a este panorama deberán realizarse las siguientes valoraciones: a) en qué medida el modelo español ha tenido una influencia en estas redacciones; b) en qué medida las reformas de los modelos españoles de los años 1988 y 2003 han ejercido una influencia en las nuevas redacciones de los modelos peruanos y bolivianos; c) ¿ha existido alguna influencia de los modelos latinoamericanos analizados sobre los modelos de otros países?

Efectivamente, en el momento de la redacción de la primera regulación boliviana estaba en vigor la Ley española de 1953 y en Perú se había procedido ya a reformar su normativa. Por otro lado, en el momento de la redacción de la Ley hondureña estaban presentes y en vigor las tres regulaciones citadas, más la reforma española del año 1988; y, finalmente, las actuales redacciones peruana y hondureña se han realizado después de la tercera reforma española.

14. Sin carácter de exhaustividad, debe constatarse que la posibilidad de instituir un arbitraje por parte del testador ha interesado también a otros ordenamientos latinoamericanos. Por ello, aunque al estado actual no lo hayan regulado todavía, existe un creciente interés en este sentido³⁷. Frente a este panorama, se observa la fuerza propulsiva de la doctrina que resulta favorable a su aplicación en presencia de una expresa disposición que lo prohíba. Por ello, se encuentran posturas favorables en el ordenamiento ecuatoriano³⁸, a pesar de que la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, de 14 de diciembre de 2006, si bien reformada en el año 2015, no trata esta temática. Análogo planteamiento existe en México donde la doctrina se ha mostrado favorable a incluir una disposición testamentaria mediante una condición lícita; basándose sobre el combinado de los arts. 1344 y 1347 de su Código Civil Federal³⁹ y abogando también por un más amplio arbitraje sucesorio⁴⁰. También en Argentina - donde ha existido un proyecto de ley

³⁷ Por ejemplo el capítulo de Costa Rica del Club español e Iberoamericano de arbitraje ha organizado, el 24 de agosto de 2024, un almuerzo con la conferencia “arbitraje sucesorio” a cargo de Fernando MONTERO PIÑA, vid. <https://www.clubarbitraje.com/events/el-arbitraje-sucesorio/>.

³⁸ A. REYES TORRES Eduardo y A.C. PACHANO ZURITA, “Resolución de conflictos testamentarios por mediación y arbitraje. Análisis en el derecho ecuatoriano y comparado”, *Iuris Dictio*, núm. 31, 2023, p. 65 y ss. En dicho país se ha realizado incluso una encuesta para determinar la importancia de la figura del arbitraje testamentario: vid. B. J. SECAIRA-MUÑOZ, J. A. MORALES-LOOR, E. D. GUERRERO-MOLINA, M. E. GASPASANTOS, “El arbitraje testamentario y el principio de mínima intervención en juicio penal”, *Iustitia Socialis*, núm. 1, 2024, p. 442 y ss.

³⁹ Vid. F. GONZÁLEZ COSSIO, “El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”, *Anuario Latinoamericano del Arbitraje*, núm. 2, 2012, p. 116.

⁴⁰ Se remite ampliamente a W. VEGA TRAPER, “Consideraciones acerca del arbitraje en materia sucesoria”, *IUS Ibero, Revista de Alumnos, Profesores, Egresados de la Universidad Iberoamericana*, núm. 2, 2012, p. 13 y ss y a los comentarios realizados por F. GONZÁLEZ COSSIO, “El Arbitraje en materia sucesoria comentario a las reflexiones de un experto”, <https://www.gdca.com.mx/publicationsEsp.html>. Se analizan también algunos aspectos del arbitraje en ámbito familiar en F. GONZÁLEZ COSSIO, “Arbitraje familiar”, *Revista de Investigaciones jurídicas*, núm. 47, 2023, p. 259 y ss (en particular en relación con el ámbito sucesorio vid. p. 272 y ss).

para su regulación, que luego no prosperó⁴¹ - se ha defendido la aplicación de la disposición testamentaria arbitral desmontando, en el silencio de la ley, los potenciales argumentos en contra⁴².

Se aprecian esfuerzos para analizar⁴³ el arbitraje testamentario también en el ordenamiento brasileño. Para su impulso se ha utilizado esencialmente como foco el ordenamiento español⁴⁴. Sin embargo, cabe destacar que, en este ordenamiento, su aplicación encuentra algunas aristas dado que una parte de la doctrina considera que sería contrario a los principios constitucionales y a la tutela efectiva del ciudadano que debería ser ejercida más bien por el Poder Judicial⁴⁵. Esta última postura ha sido validada por algún tribunal que ha justificado el rechazo del arbitraje testamentario sosteniendo que el arbitraje debe tener naturaleza convencional y no podría imponerse por un tercero⁴⁶.

IV. La mejora terminológica respecto al término “diferencias”

15. El art. 10 Ley española de arbitraje afirma que el arbitraje sirve para solucionar las “diferencias” existentes entre los sujetos identificados por la normativa, aspecto que ha permanecido inalterado desde la primera regulación española del año 1953.

La doctrina española se ha centrado en el análisis de este aspecto y - aunque se ha decantado por la utilización de la palabra más técnica “controversias”, ha validado la utilización de “diferencias”⁴⁷ para justificar una aplicación más amplia de la normativa⁴⁸.

16. Por un lado el ordenamiento peruano, ya desde su primer trasplante de la normativa ha dado un paso adelante al introducir el término “controversias”, aunque se mantiene parcialmente también la referencia a las “diferencias”⁴⁹.

⁴¹ COMISIÓN PERMANENTE DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Proyecto de Ley sobre Sistema de Arbitraje Nacional e Internacional*, de 16 de septiembre de 2014, Expediente: 7294-D-2014, Trámite Parlamentario núm. 125, <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cjusticia/proyecto.html?exp=7294-D-2014>.

⁴² Vid. A. FERRANTE, “Sobre la validez de la disposición testamentaria arbitral”, *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor doctor Jorge H. Alterini*, dirigido por L. F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, J. M. ORELLE, G. A. VÁZQUEZ, La Ley Thomson Reuters, Argentina, 2024, p. 761 y ss. Tampoco una limitante para la posibilidad para la admisión de la disposición testamentaria arbitral el art. 737 del código procesal civil argentino por el cual se afirma que “no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”. Efectivamente el árbitro no puede transar en el sentido de que debe interpretar – y no integrar - la voluntad del testador además siendo siempre sometido al orden público y a la intangibilidad de la legítima. En este sentido, el hecho de que no podrá someterse a arbitraje la legítima, no significa que los legitimarios no pueda ser “partes” y o “terceros” en el arbitraje, para justamente verse tutelado sus derechos y una futura impugnación del laudo.

Para parte de la doctrina los sucesores universales de las partes se convierten en una categoría especial de “terceros” a quien se extienden activa y pasivamente los efectos de la disposición arbitral: R. CAIVANO, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima arbitration*, núm. 1, 2006, p. 123.

⁴³ M. L. DELGADO, “A ARBITRAGEM TESTAMENTÁRIA: NOTAS SOBRE O USO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DAS SUCESSÕES” *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, 2019, núm. 33, p. 27 y ss.

⁴⁴ F. C. CAHALI, “Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol”, *Revista da arbitragem e mediação*, núm. 17, 2008, p. 54 y ss.

⁴⁵ La referencia es al del inciso XXXV, art. 5º de la Constitución Federal: C. A. CARMONA, *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 4ª ed., Atlas, São Paulo, 2023, p. 130.

⁴⁶ La sentencia por lo tanto retoma la literalidad del art. 3 de la Ley de arbitraje brasile (Ley núm. 9.307/1996) por el cual se afirma que “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”: Sentencia Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação, 10ª Câmara de Direito Privado, nº 9281671-30.2008.8.26.0000, de 11 de abril de 2014, Relator Desembargador Roberto Maia Filho.

Algunos autores, al comentarla, comparte su postura: vid. G. RAVAGNANI, W. VICTORIO RODRIGUES, “Nulidade Da Cláusula Do Testamento Que Obriga Os Sucessores A Se Valerem De Juízo Arbitral”, *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, núm. 8, 2015, p. 163 y ss.

⁴⁷ Vid. v.gr. M. GONZALO QUIROGA, “Latinoamérica en la nueva ley española de arbitraje”, *Iuris Dictio*, núm. 6, 2005, p. 41; F. CORDÓN MORENO, “Art. 7º”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, dirigido por J. MONTERO ROCA, Civitas, Madrid, 1990, p. 56.

⁴⁸ *Contra* FERRANTE, que, más bien, considera que la ampliación o menos del ámbito de aplicación en la normativa española debe referirse a la utilización de la preposición “por” o “para” al referirse a las cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia, aspecto que ha cambiado a lo largo de las tres redacciones españolas de la institución: Vid. A. FERRANTE, “El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley 60/2003...”, cit., en prensa.

⁴⁹ Vid. art. 13 Ley 26.572/1995, cit.. Parte de la doctrina peruana ha considerado que “la referida diferencia terminológica

17. Por otro lado, el modelo boliviano, con Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997⁵⁰, sin desde su primera redacción de la norma, evoluciona con respecto a la normativa peruana. En efecto, el legislador boliviano decide eliminar la referencia a “diferencias” y utilizar únicamente la expresión “controversias”, más apropiada a la hora de referirse al arbitraje.

18. Este nuevo modelo marca una tendencia e influye en las normativas latinoamericanas posteriores analizadas en este estudio. Por ello, el ordenamiento hondureño incorpora la institución solamente con la referencia a “controversias”, seguido por la reforma peruana del año 2008⁵¹.

De esta manera, se verifica un trasplante terminológico en el ámbito normativo bajo la influencia boliviana. Por ello, se demuestra que en el contexto latinoamericano se ha querido regular la institución mejorando su terminología. En cambio, en España, el legislador hace caso omiso de estas tendencias que han caracterizado las condificaciones latinoamericanas y que proceden de modelos que han tomado como punto de partida su legislación.

V. División de modelos a la hora de instituir el arbitraje: “por disposición testamentaria” y “por la sola voluntad del testador”

19. El legislador español, a lo largo de sus reformas, ha ampliado en un momento dado – con la reforma de 1988 – las modalidades por las cuales se podía disponer el arbitraje testamentario. En este sentido, la reforma del año 1988 sustituía la referencia inicial de la normativa de 1953, que preveía que el arbitraje se instituyera “por disposición testamentaria”, por la expresión “por la sola voluntad del testador”, para luego, en 2003, volver sobre sus pasos en la actual regulación, reduciendo⁵² nuevamente la posibilidad de instituir el arbitraje solamente por negocios unilaterales⁵³.

20. A la hora de trasplantar este aspecto se generan dos modelos, uno más limitativo que otro, los cuales reflejan las dos posturas que ha tenido el legislador español

21. El primer modelo se incardina en la postura adoptada por el legislador peruano. Este, si bien ha abierto expresamente el campo de acción regulando el convenio póstumo al causante entre los sucesores, ha mantenido en todo momento una posición fiel a la procedencia del arbitraje por “estipulación testamentaria” dejándolo inalterado a lo largo de sus tres regulaciones⁵⁴. El hecho de que en el ordenamiento peruano el arbitraje testamentario derive de una estipulación unilateral y no por un convenio, ha hecho discutir sobre la validez, la autonomía e independencia de la disposición testamentaria arbitral. Esta es defendida por la doctrina peruana⁵⁵ que permite afirmar la validez de la disposición arbitral a pesar de que el testamento en la cual esté incluida no sea válido⁵⁶. Poco valdría justificar la tesis contra-

carece de todo efecto práctico”: N. AMPRIMO PLÁ, “Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario”, *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 6, 2008, p. 104.

⁵⁰ Vid. art. 5 Ley 1770/1997, cit..

⁵¹ En cambio el ordenamiento peruano, antes de la reforma boliviana había quedado inerte, dado que la reforma peruana del 1995 no aporta mejoras bajo este perfil

⁵² Parte de la doctrina sin embargo ha defendido una posible aplicación amplia de la disposición a pesar de la reforma operada por el legislador. En ese sentido, se podría instituir por actos de última voluntad que no sean estrictamente testamentarios vid. v.gr: L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Art. 10”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinado por J. GONZÁLEZ SORIA, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2004, p. 110.

⁵³ Vid. v.gr: F. YÁÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 94; R. COLINA GAREA “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit., p. 218 y ss.; J. HERNÁNDEZ BURRIEL, “Art. 10”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coordinado por R. HINOJOSA SEGOVIA, Civitas, Madrid, 2004, p. 73.

⁵⁴ Art. 7. Decreto Ley 25.935/1992, cit.; art. 13 Ley 26.572/1995, cit.; Séptima Disposición complementaria Decreto Legislativo 1071/2008, cit.

⁵⁵ Vid. art. 686 y 815 CC peruano; en este sentido cfr. C. FERNÁNDEZ ARCE, “En arbitraje en materia de sucesiones hereditarias”, en *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*, coordinado por M. CASTILLO FREIRE, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 278; G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 91.

⁵⁶ Brillantemente la doctrina se refiere a la disposición testamentaria arbitral presente en un testamento cerrado que no haya sido firmado en todas sus hojas por el testador (art. 669.1 CC peruano) o dentro un testamento ológrafo que no se ha proto-

ria por la cual la independencia del convenio arbitral del art. 13 LA peruana se refiere solo al convenio arbitral y no a estipulaciones no convencionales. Efectivamente, aunque, respecto a la normativa anterior, se elimina la expresa equiparación de los efectos de la estipulación testamentaria a los efectos del convenio⁵⁷, es la misma Ley de Arbitraje peruana que equipara los actos jurídicos a los contratos - art. 6 a) LA peruana -⁵⁸. Por ello, será el mismo árbitro que podrá, gracias al principio *kompetenz-kompetenz*, dirimir sobre la validez de la estipulación testamentaria en las situaciones potencialmente patológicas⁵⁹.

22. La postura más abierta aparece en Bolivia y Honduras. Así, el legislador boliviano se decanta por una visión más amplia ya desde su primera regulación, refiriéndose también a la institución por “voluntad del testador”⁶⁰, del mismo modo se concibe la regulación hondureña⁶¹. Aquí puede observarse, por un lado, la influencia de la reforma española de 1988 y, por otro, la voluntad de seguir dando a la institución, hoy en día, un ámbito de aplicación mayor mediante dicha decisión, que no será modificada posteriormente, como, en cambio, hace el legislador español.

VI. Expresa remisión al nombramiento de los árbitros

23. La normativa española no se ha ocupado nunca de regular expresamente de qué manera y si el testador puede nombrar a un árbitro. Una vez más, se observa que las normativas latinoamericanas se han preocupado por delinear algunos aspectos que, sin embargo, han quedado silentes en la normativa española. En ese sentido, debe destacarse la voluntad de hacer una referencia expresa a la designación arbitral por parte de algunos ordenamientos que han trasplantado el modelo español. En particular esto se ha verificado en el Derecho peruano y boliviano

24. Por un lado, la primera regulación peruana⁶² predisponía un inciso -que posteriormente fue eliminado⁶³ - disponiendo que “la estipulación debe designar el árbitro o referirse a un reglamento arbitral”⁶⁴. Con toda certeza, una cláusula apropiada para evitar patologías debería contener ambos aspectos. La eliminación de este aspecto expreso por parte del legislador peruano, aunque *prima facie* parezca ir en contra del libre desarrollo de la norma, debe entenderse en sentido favorable, ya que la eliminación del inciso otorga más libertad dispositiva y validez. De hecho, a aquellas cláusulas que no predispongan estos factores, se les aplicaría, *mutatis mutandis*, los criterios de la Ley de Arbitraje; de lo contrario, podría haberse entendido que la cláusula que no cumpliera con el nombramiento del árbitro o la elección del reglamento no sería válida. Esta primera normativa peruana puede considerarse propositiva y esclarecedora, en el sentido que daba inputs para redactar una cláusula lo menos patológica posible. Esa redacción, además, no dejaba dudas respecto a la posibilidad de que el testador pueda nombrar a los árbitros, aspecto que, con toda certeza, es posible también hoy en día, aunque parte de la doctrina parecería permitirlo⁶⁵, mientras que otra lo niega⁶⁶.

colizado dentro del plazo del art. 707 CC peruano: G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sètima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 92 y 93.

⁵⁷ Esto se convenía en el *incipit* del “art. 13 Ley 26.572/1995, cit. que afirmab “Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria”.

⁵⁸ Estos son los razonamientos de aquella doctrina que, muy agudamente, se hace cargo de defender la independencia y autonomía de la estipulación arbitral testamentaria: G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sètima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 93.

⁵⁹ Se comparte aquí la posición de G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sètima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 93 y 97.

⁶⁰ Art. 5 Ley 1770/1997, cit. Artículo 134 Ley 708/2015, cit..

⁶¹ Art. 32 Decreto Legislativo 161/2000, cit.

⁶² Vid. art. 7 Decreto Ley 25.935/1992, cit..

⁶³ G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sètima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 90.

⁶⁴ Vid. segundo inciso art. 7 Decreto Ley 25.935/1992, cit.

⁶⁵ Mediante interpretación *a contrario* de lo que afirma C. FERNÁNDEZ ARCE, “En arbitraje en materia de sucesiones hereditarias”, cit., p. 273.

⁶⁶ L. H. LEYSER, “Autonomía testamentaria y el arbitraje”, ponencia en el XV Congreso internacional de Arbitraje media-

25. Por otro lado, es importante constatar que el legislador boliviano retoma el problema relativo al nombramiento del tribunal arbitral que fue abandonado por el modelo peruano, y procede a redactar dos incisos específicos dedicados a la designación del tribunal arbitral, que han quedado inalterados a lo largo de su regulación⁶⁷. El legislador boliviano, en cambio, no es tan tajante como en la redacción original peruana, sino que, mejorando la redacción peruana, prevé una redacción más elástica. Así, dispone que allá donde no se contemple la designación, esta será realizada con auxilio jurisdiccional preveyéndose expresamente la posibilidad de nombrar el árbitro por parte del testador y, en ausencia, se le aplica, *mutatis mutandis*, la normativa general arbitral. Esta postura permite al testador tener un amplio margen de redacción de la disposición testamentaria.

VII. Mejora definitoria y sustancial del ámbito objetivo en relación con la distribución y administración de la herencia

26. Desde el punto de vista del ámbito objetivo, la expresión “distribución o administración de la herencia” ha sido interpretada unánimemente por la doctrina española de manera no restrictiva, debiéndose no sólo entenderse como referencia a la partición⁶⁸, sino también como a una interpretación amplia⁶⁹.

27. Asimismo, en este aspecto, los tres ordenamientos latinoamericanos siguen esta tendencia expansiva y lo plasman en sus redacciones. Desde sus primeras redacciones, el modelo peruano (1992) y el boliviano (1997) deciden ampliar el ámbito objetivo.

En ese sentido, el modelo boliviano⁷⁰ no solamente hace referencia expresamente a la distribución y administración de la herencia, sino que también a la interpretación de las últimas voluntades del testador en la participación⁷¹ de los bienes de la herencia y a los “aspectos”⁷² relativos a la institución de los sucesores y la constitución de participación.

En el mismo rumbo se dirige el primer modelo peruano inaugurado con su primera Ley de Arbitraje de 1992⁷³ que se refiere a la “valoración, administración o partición de la herencia”. Además, el legislador peruano procede a ampliar el abanico de opciones e incluye expresamente, con la reforma

ción y JRD, Pontificia Universidad Católica, seminario online, <https://carc.pucp.edu.pe/nota-de-prensa/arbitraje-derecho-civil-patrimonial/>, minuto 46:05.

⁶⁷ Art. 5 Ley 1770/1997, cit y art 134 Ley 708/2015, cit.: “(omissis):

II. Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del Tribunal Arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del Tribunal Arbitral con auxilio jurisdiccional, de conformidad a lo dispuesto por la presente Ley.

III. A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de arbitraje, las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

⁶⁸ C. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., p. 309; F. YAÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 95.

⁶⁹ Vid. v.gr. A. CALATAYUD SIERRA, “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p 182 y 163; I. GOMÁ LAZÓN, “Art. 10”, cit., p. 217; F. CORDÓN MORENO, Faustino, “Art. 7”, cit., p. 56.

⁷⁰ La doctrina boliviana ha considerado el arbitraje testamentario como “arbitraje forzoso”: B. HADERSPOCK GUTIÉRREZ, *Ensayos de Derecho Arbitral*, Edobol, Bolivia, 2012, p. 72

⁷¹ La nueva redacción del art. 134 de la Ley 708/2015 sustituye la “partición de los bienes de la herencia” (contenida en el numeral núm. 2 del art. 5 de la anterior Ley de arbitraje y conciliación del año 2007) por “participación: en este sentido parece ampliar aún más el ámbito de aplicación. Sobre la división y partición de la herencia v.gr. vid. F. C. PAZ ESPINOZA, *Derecho de Sucesiones mortis causa*, Universidad Mayor de San Andrés de Bolivia (UMSA), La Paz, 2019, p. 563-583. La referencia a “partición de bienes en la herencia” del anterior art. 5 Ley 1770/1997, cit.) ha sido criticada porque se consideraba que “se hace una distinción entre los términos partición y distribución de la herencia que carece, quizá, de sentido práctico”: F. YAÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 101.

⁷² La nueva redacción del art. 134 de la Ley 708/2015, enumerando estos ámbitos de aplicación, sustituye la referencia a “materias” con el término más genérico “aspectos”.

⁷³ Vid. art. 7 Decreto Ley 25.935/1992, cit.).

Anteriormente, el arbitraje tenía una regulación híbrida entre el Código Civil (art. 1906 CC y ss) y el Código de procedimiento civil (arts. 548 y ss.): vid. v.gr. G. LOHMANN LUCA DE TENA, *Para leer el Código civil: El arbitraje*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1987.

de 1995⁷⁴, las controversias que en todos estos casos involucren a los albaceas, aspecto que la doctrina española⁷⁵ consideró favorablemente. El modelo hondureño⁷⁶ sigue el mismo enfoque, si bien con una aplicación concreta diferente⁷⁷. El ordenamiento peruano, con su última reforma y actual normativa, procede a ampliar aún más el ámbito objetivo refiriéndose también al “inventario de la masa hereditaria”⁷⁸.

28. El estudio de la circulación de los trasplantes muestra nuevamente cómo la normativa española se utiliza como punto de referencia para ser posteriormente mejorada, tomando también en consideración el espíritu propulsor del formante interpretativo de la doctrina española. Los modelos latinoamericanos se consolidan entre sí reforzando la decisión expansiva adoptada y quedando influidos – aunque cada uno mantiene las particularidades propias del ordenamiento de referencia–; un claro ejemplo de esto es la influencia del modelo peruano sobre el hondureño

VIII. Mejora definitiva y sustancial en relación con los legitimarios y legítima

29. La expresión “herederos no forzosos o legatarios” ha generado varias problemáticas en relación con la exclusión en el arbitraje de los legitimarios y de la legítima⁷⁹. Esto, a la hora de la trasposición de normativa, produce diferentes modelos de trasplante. Un primer modelo retoma la expresión haciéndole mejoras; un segundo modelo prefiere usar otra terminología

30. Analizando el primer modelo, debe constatar que la legislación peruana, si bien en sus dos primeras versiones⁸⁰ conservó – como la normativa española – la referencia a los “herederos no forzosos o legatarios”, seguidamente inserta otro inciso que resulta útil para interpretarla. Así se añade el inciso “o para la porción de la herencia no sujeta a la legítima” contribuyendo, por lo tanto, a despejar los problemas interpretativos.

31. Del mismo modo, el modelo hondureño, de manera similar al modelo peruano, retoma el español prefiriendo, sin embargo, la conjunción “y” respecto a la “o” (“herederos no forzosos y legatarios”) y decide también añadir otro inciso aclarando que la controversia es “respecto a la porción de herencia no sujeta a asignación forzosa”⁸¹.

32. Por ello, se observa un esfuerzo de ambos ordenamientos a la hora de trasplantar el modelo español. No solamente se pretende mejorarlo en su sentido clarificado, sino que se intenta hacerlo encajar en la realidad jurídica concreta del país de recepción. Por ello, el legislador hondureño no habla de “legítima”, sino de “asignación forzosa”. Si el modelo peruano se basa, *mutatis mutandis*, sobre

⁷⁴ Vid. art. 13 Ley. 26.572/1995, cit..

⁷⁵ Cfr. v.gr. A. CALATAYUD SIERRA, “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 176-179 y 183. En líneas generales, a favor de una extensión a todas las materias de libre disposición, v.gr. también HERNÁNDEZ BURRIEL, J., “Art. 7”, cit., p. 74.

⁷⁶ Vid. art. 32 Decreto Legislativo 161/2000, cit..

⁷⁷ Efectivamente, la norma hondureña sustituye la expresión “albaceas” por la de “ejecutores testamentarios”. Si bien esto conduce a una parte de la doctrina a considerar que la disposición hondureña “tiene un contenido idéntico” (F. YAÑEZ VIVERO, “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 101) a la disposición peruana de 1995, la primera tiene un contenido diferente, dado que el art. 1216.1 del Código Civil de Honduras prohíbe expresamente “el nombramiento de albaceas” afirmando que “los herederos o sus representantes legales son los ejecutores de las disposiciones del testador” y que estos “obrarán de consuno durante la proindivisión de la herencia” (art. 1217 CC). En ese sentido, no se configura un nombramiento de albaceas por parte del testador, así como se configurado en Perú

⁷⁸ Vid. disposición complementaria séptima Decreto Legislativo 1071/2008, cit.

⁷⁹ Para una profundización sobre este aspecto A. FERRANTE, “Arbitraje testamentario, disposición testamentaria, legítima y legitimarios”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 22, 2025.

Anteriormente, el arbitraje tenía una regulación híbrida entre el Código Civil (art. 1906 CC y ss) y el Código de procedimiento civil (arts. 548 y ss.): vid. v.gr. G. LOHMANN LUCA DE TENA, *Para leer el Código civil: El arbitraje*, cit..

⁸⁰ En sus versiones de 1992 y 1995: cid. Art 7 Decreto Ley 25.935/1992, cit. y art. 13 Ley 26.572/1995, cit..

⁸¹ Vid. Art. 32 Decreto Legislativo 161/2000, cit.

criterios parecidos al español por lo que concierne la legítima⁸², el sistema de Honduras toma una solución diferente consciente de que tiene una influencia más bien diferente en relación con la legítima; quedando influenciado por el *common law*, y por lo tanto, teniendo una libertad de testar más amplia. En este sentido, el art. 949 del Código Civil de Honduras es claro al establecer que “la testamentificación es libre” y sujetar esta libertad solamente a las “asignaciones forzosas de los alimentos⁸³” y a la “porción conyugal⁸⁴”. De esta manera, se configura un sistema tendencialmente diferente al español⁸⁵ en el cual la obligación de alimentos cesa con la muerte del alimentante⁸⁶.

33. Aquí, el modelo hondureño retoma, en esencia, lo predispuesto ya en su primer Código Civil de 1880⁸⁷, que se estructuraba a su vez sobre el modelo chileno de Andrés Bello⁸⁸. Sin embargo, respecto a este último, en parte se diferencia y en parte, retoma rasgos parecidos. Por un lado, se diferencia de este último en la eliminación del sistema de la legítima y de la cuarta de mejora que existe en el sistema chileno⁸⁹. Por otro lado, al igual que el modelo chileno, establece que las asignaciones alimenticias forzosas se deducen del acervo o masa de bienes del difunto⁹⁰ y que dicha obligación no debe devolverse por los asignatarios aunque existan deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto⁹¹. Cierta parte de la doctrina sostiene que no se trataría de verdaderas asignaciones forzosas: primero, por tener esencialmente naturaleza alimenticia y, segundo, porque “en realidad no constituyen restricciones a la

⁸² Efectivamente, la normativa peruana tiene una estructura de la legítima y un concepto de herederos forzosos parecido al sistema español: vid. arts. 723-733 Código Civil peruano. Vid. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “art. 723 y ss.”, en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan ESPINOZA ESPINOZA, Instituto Pacífico, Tomo IV, Lima, 2022, p. 685 y ss; G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Art. 723 y ss”, en *Código Civil Comentado. Tomo IV. Artículo 660-800. Derecho de Sucesiones*, dirigido por M. A. MURO ROJO y M. A. TORRES CARRASCO, Gaceta Jurídica, Lima, 6ª ed., 2022, p. 241 y ss.

⁸³ Sin embargo, el testador puede imponer esta obligación a uno o más sucesores, de lo contrario gravan la masa hereditaria. También podrán rebajarse si los alimentos futuros son desproporcionados respecto al patrimonio efectivo. Vid. art. 1149 Código Civil de Honduras.:Vid. arts. 1148 y 1149 Código Civil de Honduras.

⁸⁴ Sin embargo, el testador puede imponer esta obligación a uno o más sucesores, de lo contrario gravan la masa hereditaria: Vid. arts. 1150-1156 Código Civil de Honduras.

⁸⁵ En este sentido, se abandona, con la reforma operada por la Ley núm. 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*BOE* de 19 mayo) la postura original del Código Civil de 1889, por la cual, en el segundo inciso del art. 845, disponía la transmisión de la obligación de alimentos a los herederos, si bien en determinados casos: “art. 845.2 Código Civil (redacción originaria): “La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad”.

Sobre una visión foral y una especie de sucesión forzosa asistencial, por ejemplo, en el contexto de Aragón, País Vasco y Navarra, vid. J. ATXUTEGI GUTIÉRREZ, “El derecho de alimentos sucesorio. ¿Alternativa a la legítima?”, *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 35, 2023, p. 126 y ss. Más ampliamente sobre la libertad para testar en España vid. v.gr: A. VAQUER ALOY, “Libertad de testar y condiciones testamentarias, *Indret*, núm. 3, 2015, p. 1 y ss.

⁸⁶ Así que “la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado” (art. 150 CC español), cesando por muerte del alimentista (art. 152.1º CC español) pudiéndose fijarse alimentos por disposición liberar por testamento (vid. art. 153 CC español: “Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en los que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”. Sobre los alimentos por todos vid. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, y P. CHAPARROS MATAMOROS, “Derecho de familia y obligación de alimentos”, en *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, dirigido por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 17 y ss, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La obligación de Alimentos en la Jurisprudencia”, en *La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial*, dirigido por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 87 y ss.

⁸⁷ El actual art. 1147 CC hondureño, retoma el art. 1204 del CC hondureño de 1880, que retoma con limitaciones el art. 1167 CC chileno.

⁸⁸ Así, expresamente afirma la COMISIÓN CODIFICADORA, *Informe del Código Civil en Código Civil de la República de Honduras*, Tegucigalpa, 1880, p. XI.

Entre el 1899 y 1906 estuvo vigente el Código Civil de Honduras de 1899, que recibió influencias también del modelo del Código Civil español: A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 486 y ss.

⁸⁹ Estas son asignaciones forzosas.

⁹⁰ En este sentido, el actual art. 938 CC hondureño retoma el art. 997 del CC hondureño de 1880, que retoma el art. 959 Código Civil chileno.

⁹¹ El actual art. 1149 CC hondureño retoma el art. 1206 del CC hondureño de 1880, que retoma el art. 1170 CC chileno.

libertad de testar⁹² siendo, más bien, unas bajas generales de herencia a modo de deuda hereditaria⁹³. No se puede compartir esta opinión y deberían considerarse sin duda unas asignaciones forzosas, no solamente por la expresión literal que utiliza el legislador en ambos ordenamientos, sino, y sobre todo, porque el art. 1147 CC hondureño⁹⁴ considera que asignación forzosa es aquella “que el testador está obligado a hacer”. Hay más, dado que dichas obligaciones se definen como las “que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Siendo por lo tanto forzosas, para esta tipología de asignaciones se plantean, *mutatis mutandis*, las problemáticas que en otros ordenamientos se refieren a la legítim⁹⁵.

34. En definitiva, por lo tanto, puede observarse la creación de un modelo que, si bien mantiene la referencia “críptica” a “herederos no forzosos y a legatarios” del modelo español, intenta mejorarla haciendo expresamente alusión a la exclusión, respectivamente, de la cuota sujeta a legítima o de la “asignación forzosa”. Este modelo se conforma por las primeras dos redacciones de la normativa peruana y por la normativa hondureña.

35. Un segundo modelo, en cambio, es el del legislador boliviano. Este se perfecciona aún más (respecto al modelo anterior) tomando la decisión de abandonar desde su primera redacción⁹⁶ la referencia a los “herederos no forzosos” y sustituirla por la de “herederos”, quedando, por lo tanto, la referencia total a los “herederos y legatarios”. El modelo responde al intento de contribuir a realizar una mejor interpretación de la norma aclarando que siempre deberán operar las “limitaciones establecidas por el orden público sucesorios”.

36. Frente a toda esta interesante y copiosa actividad existente en estos ordenamientos, el legislador español permanece inmutable en su reforma de 2003, no tomando en consideración ni siquiera la eventual fluctuación de los formantes y modelos que han derivado de su normativa

IX. (Sigue) Evolución del arbitraje testamentario y expansión en el modelo peruano

37. Si bien el modelo boliviano permanece estático y su formulación se mantiene invariable en la nueva disposición del arbitraje testamentario de la Ley de arbitraje de 2015⁹⁷, el modelo peruano, en cambio, se modifica radicalmente con la actual redacción aportada por la reforma del año 2008, y lo hace confirmando la voluntad de colocar al arbitraje como un eficaz medio de tutela efectiva para los sujetos⁹⁸.

⁹² Contra aquella doctrina que no considera estas como asignaciones forzosas, dado que sostiene que más bien tienen naturaleza alimenticia y que “por lo que en realidad no constituyen restricciones a la libertad de testar”: M. BARRÍA PAREDES, *Asignaciones forzosas y libertad de testar*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 12.

⁹³ Fundamentándolo en el numeral 4º del art. 949 CC chileno, que corresponde al numeral 5º del art. 1147 CC hondureño: M. BARRÍA PAREDES, *Asignaciones forzosas y libertad de testar*, cit., p. 33.

⁹⁴ Al igual que el art. 1167 CC chileno. Estos incisos, sin embargo, no estaban incluidos en el art. 1036 del Proyecto del Código Civil hondureño de 1880, pero sí en la redacción final del art. 1204 del Código Civil de 1880

Más en general la redacción originaria del art. 1167 CC chileno ha sufrido dos modificaciones, la primera en 1955 por la cual se amplía la tutela de la cuarta de mejora no solamente a los descendientes legítimos (sino que también a “los hijos naturales y de los descendientes legítimos de estos últimos”) y la segunda, en 1995, que elimina como asignación forzosa la “porción conyugal”, dado que permite la cuarta de mejora no solamente a los descendientes, sino que también a los ascendientes y del cónyuge. Vid. las reformas aportadas por Ley núm. 10.271/1955, de 29 de febrero, que introduce diversas modificaciones en el Código Civil, en Diario Oficial de 2 de abril y por Ley núm. 19.585/1995, de 26 de octubre, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (Diario Oficial de 26 de octubre

⁹⁵ Sobre la solidaridad familiar como fundamento de la asignación forzosa: S. ESPADA MALLORQUÍN, “Libertad de Testar, Derechos legitimarios y solidaridad familiar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 36, 2011, p. 113 y ss.

⁹⁶ Art. 5 Ley 1770/1997, cit.

⁹⁷ Vid. art. 134 Ley 708/2015, cit.

⁹⁸ En este sentido, la doctrina no lo considera incompatible ni contrario al art. 139 de la Constitución peruana ni a los principios constitucionales y de tutela judicial efectivos: N. AMPRIMO PLA, Natale. “Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario”, cit., p. 110; C. FERNÁNDEZ ARCE, “En arbitraje en materia de sucesiones hereditarias”, cit., p. 273 y 276.

Sin embargo, este papel más protagónico no parece tener un reflejo a nivel sistemático, dado que, con la nueva ley, la regulación se ubica entre las disposiciones complementarias⁹⁹.

38. Por un lado, se procede a modificar la referencia a herederos no forzosos o legatarios, ampliando claramente el abanico de opciones y eligiendo la referencia general a los “sucesores”. La norma no tiene restricción alguna respecto a las materias¹⁰⁰, concediéndose así “amplias libertades al protagonista”¹⁰¹, es decir, al testador¹⁰², si bien existen impedimentos como los de no interferir en normas sucesorias como la legítima y colación¹⁰³. En este sentido, aunque desaparece de la norma la referencia a los herederos no forzosos, siguen vigentes los límites del orden público o de normas imperativas y “toda cláusula puesta en sentido contrario a la intangibilidad de la legítima se tiene por no puesta”¹⁰⁴. Por ello, la nueva terminología empleada, no solamente mejora estilísticamente la norma, sino que además ya no excluye del arbitraje a los legitimarios¹⁰⁵, haciendo claramente salvedad de las normas imperativas que tutelan la legítima¹⁰⁶. Se verifica una clara tmesis entre ámbito subjetivo y objetivo de la disposición que en cambio no era claro al referirse a “herederos forzosos o legatarios”. La referencia a “sucesores”, sin embargo, impone una atenta labor al árbitro que deberá citar, no solamente a los sucesores firmes, sino también a los potenciales¹⁰⁷.

39. Por otro lado, el legislador peruano amplía el campo de acción de la institución del arbitraje testamentario decidiendo regular también el arbitraje estipulado por actos “intervivos” entre los sucesores mismos. En este sentido, se regula, en el segundo inciso de la disposición, el “arbitraje sucesorio no testamentario”¹⁰⁸, es decir, aquel arbitraje fruto de un verdadero convenio entre las partes involucradas. La decisión peruana es clara al otorgar la debida importancia al arbitraje como método de resolución de las controversias relativas a la herencia¹⁰⁹, regulando la figura más amplia del “arbitraje sucesorio”¹¹⁰ y predisponiéndose, por lo tanto, una regulación “más abierta”¹¹¹ respecto a la anterior. Si bien es cierto que la anterior normativa, no los normaba, no excluye esta tipología de convenio arbitrales entre sucesores, si bien con limitaciones¹¹². En este sentido, el segundo inciso de la disposición se transforma en

⁹⁹ Por ello, la doctrina crítica claramente su nueva ubicación y considera que debiera estar en el cuerpo general de la Ley: J. CORDOVA SCHAEFER, “¡Yo no firmé nada!: Los no-signatarios del Convenio Arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 71, 2017, nota núm. 89, p. 85.

¹⁰⁰ G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 92.

¹⁰¹ L. H. LEYSER, “Autonomía testamentaria y el arbitraje”, cit., minuto 36:15.

¹⁰² La doctrina habla de “consagración” del “arbitraje voluntario de origen negocial más que contractual”: G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 89.

¹⁰³ L. H. LEYSER, “Autonomía testamentaria y el arbitraje”, cit., minuto 46:05.

¹⁰⁴ J. OLAVARRÍA VIVIAN, “El Arbitraje sucesorio”, *Lumen*, núm. 1, 2012, p. 98. Así, la doctrina crítica esta amplitud de la norma prefiriendo la normativa anterior, que hacía una salvedad respecto a los herederos forzosos y de la legítima (op. it., p. 99).

¹⁰⁵ En relación con la disposición del año 1995 la doctrina afirmaba que la disposición excluía a los herederos forzosos (art. 724 CC peruano): N. AMPRIMO PLÁ, Natale. “Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario”, cit., p. 105. Ahora, la actual “sucesores” es amplia y se comparte la posición que considera que, ahora, esta última referencia debe entenderse en el sentido más amplio incluyendo todo tipo de figura de heredero “sean legitimarios o voluntarios y legatarios”: G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 91.

¹⁰⁶ Vid. v.gr. arts. 723, 724 y 743 código civil peruano. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, “art. 723 y ss.”, cit., p. 685 y ss; G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Art. 723 y ss”, cit., p. 241 y ss.

¹⁰⁷ También se comparte esta visión doctrina recién expresada de G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 96.

¹⁰⁸ M. CASTILLO FREYRE, R. SABROSO, J. CHIPANA CATALÁN, L. CASTRO ZAPATA, “Materias susceptibles de arbitraje”, *Lex*, núm. 23, 2019, p. 207-208.

¹⁰⁹ En relación con la discusión española sobre el punto se remite a A. FERRANTE, “El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley 60/2003...”, cit., en prensa.

¹¹⁰ G. LOHMANN LUCA DE TENA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, cit., p. 91.

¹¹¹ CORDOVA SCHAEFER, Jesús, “¡Yo no firme nada!: Los no-signatarios del Convenio Arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 71, 2017, p. 85.

¹¹² “Siempre y cuando las materias sometidas a conocimiento de los árbitros fueran de libre disposición y no estuviesen incursas en alguna prohibición expresa”: M. CASTILLO FREYRE, R. SABROSO, J. CHIPANA CATALÁN, L. CASTRO ZAPATA, “Sétima. Arbitraje sucesorio (Disposiciones complementarias)”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte*, ECB Ediciones, Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 1155, *idem*: M. CASTILLO FREYRE, “El Arbitraje y la familia”, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, núm. 73, 2021, p. 85-86.

algo “más explícito”¹¹³. Una vez más, se observa una mejora en el proceso legislativo peruano frente al cual el legislador español ha prestado oídos sordos.

X. Conclusiones

40. El análisis llevado a cabo ha permitido validar la hipótesis propuesta y destacar que las normativas latinoamericanas no solo han mejorado el modelo español sino que también han interactuado y se han retroalimentado. Aquí, los legisladores no solo han prestado atención a las evoluciones de los demás países, aportando mejoras interpretativas tanto estilísticas como sustanciales, sino que además han realizado reformas que han hecho evolucionar el modelo inicial hacia otro más amplio; así en Perú se ha regulado también el arbitraje sucesorio.

41. En definitiva, por lo tanto, no se ha verificado un trasplante que podría calificarse de mera copia de la normativa originaria bajo la conciencia por parte de los legisladores boliviano, peruano y hondureño que la redacción española daba lugar a algunos aspectos poco claros. De ahí la voluntad de mejorarla, no solo desde ya su primer trasplante, sino también mediante las posteriores reformas y gracias a una aptitud interpretativa crítica y coherente. Por ello, la normativa española ha sido utilizada como inspiración para los otros ordenamientos, sin embargo, a la hora de trasplantar la institución, no se ha procedido a “copiar” la disposición española, sino que se ha trasplantado aportando modificaciones estilísticas y sustanciales para evitar que la disposición sufriera de las mismas patologías que tenía la española. De allí, el modelo originario ha dado lugar, mediante su circulación, a una serie de modelos similares y al mismo tiempo diferentes, que han tenido que amoldarse también a su propio ordenamiento¹¹⁴.

42. En cambio, el modelo español no experimentado mejoras considerables, ya que la redacción del art. 10 de la Ley española de arbitraje sigue teniendo una redacción poco apropiada a pesar de que haya pasado por dos reformas. El legislador español, mediante una visión egocéntrica, no se ha preocupado mínimamente de observar cuáles hubieran podido ser las mejoras que los ordenamientos latinoamericanos han realizado al tomar como inspiración su modelo. No se han realizado estudios explorativos de la evolución de su modelo mediante el instrumento de la comparación jurídica que sin embargo son oportunos aún más cuando existen otros ordenamientos que han trasplantado la propia normativa.

43. Si bien el legislador haya tenido oportunidades concretas de volver a reformar la Ley de Arbitraje después del 2003¹¹⁵, no se ha reformado el arbitraje testamentario que se ha convertido en un modelo estático inapropiado. Por ello es oportuno que, de cara al futuro, se remodele adecuadamente la redacción del art. 10 de la Ley española de arbitraje y se proporcione una normativa técnicamente apropiada para el arbitraje testamentario que contribuya así a darle un mayor efecto propulsivo.

¹¹³ C. FERNÁNDEZ ARCE, “En arbitraje en materia de sucesiones hereditarias”, cit., p. 275. El autor se refiere a la alusión a los albaceas.

¹¹⁴ Un ejemplo se ha visto en el caso hondureño en el cual el sistema sucesorio se caracteriza, bajo la influencia del *common law*, por una más amplia libertad de testar sin legítima.

¹¹⁵ Por ejemplo dos de estas han sido la reforma de la Ley de arbitraje hecha en 2011 y la modificación de la Ley de Arbitraje operada en 2015 por la más amplia de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil: vid. Ley 11/2011, de 20 de mayo, cit. y Ley. 42/2015, de 5 de octubre (*Boletín oficial del Estado*, núm. 239, 6 octubre 2015).

Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: el Tribunal de Casación francés marca la pauta

Nota sobre

Cass. 1re civ, 2 oct. 2024, n° 22-20.883,
Cass. 1re civ, 2 oct. 2024, n° 23-50.002 y
Cass. 1re civ, 14 nov. 2024, n° 23-50.016

Surrogacy abroad and exequatur: the French Court of Cassation sets the tone

ESTELLE GALLANT

*Catédrica de Derecho privado a l'École de Droit de Toulouse,
Université Toulouse Capitole
Institut de Recherche en Droit européen, international et comparé (IRDEIC)*

Recibido: 17.01.2024 / Aceptado: 03.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9336

Resumen: Con las tres sentencias aquí comentadas, el Tribunal de Casación francés afirma que las resoluciones extranjeras que establecen un vínculo de filiación tras una gestación por sustitución (GPS) no son contrarias al orden público internacional francés, aunque no exista ningún vínculo biológico entre el niño y la madre. Consagra la posibilidad de que tales resoluciones extranjeras sean reconocidas en Francia, siempre que, además de las condiciones tradicionales de regularidad internacional, cumplan unas condiciones específicas que se concentran en el control de la motivación de las resoluciones extranjeras, para conformarse al orden público procesal. A tal fin, las resoluciones extranjeras deberán incluir en el cuerpo de su decisión un determinado número de menciones que permitan identificar a las partes del acuerdo de GPS y sus capacidades, pero que también permitan garantizar que el consentimiento de las partes, y especialmente de la madre gestante, se prestó con pleno conocimiento de causa tanto en lo que respecta a los términos del acuerdo como a sus efectos. Por fin, al precisar que tal decisión de filiación no podía asimilarse a una decisión de adopción plena, el Tribunal de Casación sitúa definitivamente las decisiones de filiación a raíz de la GPS en la categoría de filiación no adoptiva y corta así toda ambigüedad en cuanto al origen de la filiación establecida en el extranjero. Al construir esta solución, el Tribunal de Casación no sólo deja fuera las GPS que no están mínimamente reguladas, sino también aquellas sobre las que no se ha obtenido previa resolución.

Palabras clave: Filiación, maternidad subrogada, gestación por sustitución, decisión extranjera, padre o madre intencional, exequátur, orden público sustantivo, orden público procesal, control de motivaciones, efectos de la filiación, Adopción (no).

Abstract: With the three judgments discussed here, the French Court of Cassation rules that foreign decisions establishing a filiation link following surrogacy are not contrary to French international public policy, even if there is no biological link between the child and the mother. It enshrines the possibility for such foreign judgments to be recognised in France, provided that, in addition to the traditio-

nal conditions of international regularity, they meet specific conditions that focus on the control of the motivation of the foreign judgments, in order to comply with the procedural public order. To this end, foreign decisions must include in the body of their decision a certain number of mentions that make it possible to identify the parties to the surrogacy agreement and their capacities, but also to ensure that the consent of the parties, and especially of the surrogate mother, was given in full knowledge of the facts as regards both the terms of the agreement and its effects. Finally, by specifying that such a parentage decision could not be assimilated to a full adoption decision, the Court of Cassation definitively places parentage decisions following the Surrogacy in the category of non-adoptive parentage and thus removes any ambiguity as to the origin of parentage established abroad. In ruling this solution, the Cour de cassation leaves out not only Surrogacies that are not subject to minimum regulations, but also those that have not been the subject of a Court ruling.

Keywords: Parenthood, surrogacy, foreign decisions, intending parent, exequatur, substantive public policy, Procedural public policy, control of motivation, effects of parenthood adoption (no).

Sumario: I. Necesidad de una resolución judicial que establezca la filiación. A. Fracaso de la estrategia basada en la transcripción de actas del estado civil. B. Régimen internacional de las decisiones extranjeras sobre el estatuto personal. II. Control reforzado de la regularidad internacional de las decisiones de filiación resultantes de la GPS. A. Conformidad con el orden público procesal mediante el examen de los motivos. 1. Justificaciones para un control reforzado. 2- Criterios del control reforzado. 3- Perfecciones e imperfecciones del sistema desarrollado. B. Conformidad al orden público internacional sustantivo. III. Efectos de las decisiones extranjeras sobre la filiación resultante de la GPS. A. Naturaleza de la filiación. B. Efectos de la filiación. Conclusión

1. Con tres sentencias dictadas a finales de 2024¹, el Tribunal de Casación francés ha completado la evolución de una jurisprudencia iniciada en 1991, salpicada de intervenciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de una serie de vericuetos procesales. El legislador francés, en cambio, ha hecho poco o nada.

2. La gestación por sustitución (GPS) es un tema muy delicado, que suscita oposición y sentimientos encontrados tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La enorme cantidad de literatura dedicada al tema en los últimos años da fe del carácter altamente controvertido de las cuestiones que rodean a la maternidad subrogada². Ello se debe a que, en este ámbito, todo se presta al debate: en primer lugar, la maternidad subrogada, prohibida en muchos países³ - pero a veces autorizada en otros⁴

¹ Cass. civ. 1, 2 de octubre de 2024, n° 22-20.883 (en lo sucesivo, “primera sentencia” o “primer caso”); Cass. civ. 1, 2 de octubre de 2024, n° 23-50.002 (en lo sucesivo, “segunda sentencia” o “segundo caso”) y Cass. civ. 1, 14 de noviembre de 2024, n° 23-50.016 (en lo sucesivo, “tercera sentencia” o “tercer caso”). Sobre las sentencias de 2 de octubre de 2024, véase *AJ fam.* 2024, p. 573, J. Houssier; *Dr. fam.* 2024, comm. 151, M. Farge ; D. 2024. 2042, nota L. Brunet et M. Mesnil. Sobre la sentencia del 14 de noviembre 2024, V. *JCP G* 2024, n°48, p. 1979, Rapp. A. Caron-Déglise ; R. Legendre, « Gestación pour autrui à l'étranger : l'absence de lien biologique avec le parent d'intention n'est plus un obstacle à la reconnaissance de la filiation », Le Club des juristes 22 nov. 2024, <https://www.leclubdesjuristes.com/societe/gestation-pour-autrui-a-letranger-labsence-de-lien-biologique-avec-le-parent-dintention-nest-plus-un-obstacle-a-la-reconnaissance-de-la-filiation-7973/>. Sobre las tres sentencias juntas, Les Petites Affiches, noviembre 2024, p. 64, nota V. Legrand ; *JCP* 2024, n°48, p. 1974, nota L. d'Avout.

² Entre una literatura muy extensa, véase en particular: B. ANCEL, «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Mélanges Courbe*, Dalloz 2012, p. 1; S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP* 2012-2014, éd. Pedone, pp. 215-232 ; L. BRUNET, « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 199 ; M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard 2013; H. Fulchiron, «La lutte contre le tourisme procréatif, vers un instrument de coopération internationale?», *JDI* 2014. 563; J. MERCHANT, «Une gestation pour autrui « éthique » est possible», *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183V. L. D'AVOUT, nota prec. sobre las tres sentencias comentadas, *JCP* 2024, n°48, p. 1974.

³ Esta prohibición no es infrecuente en el derecho comparado: en Europa, por ejemplo, la maternidad subrogada está prohibida en Alemania, Francia, España, Italia, Suiza y Turquía.

⁴ Algunos países autorizan la maternidad subrogada, ya sea regulándola estrictamente, como es el caso de Gran Bretaña, Portugal, Grecia y algunos Estados de Estados Unidos (véase, no obstante, la carta de 8 de julio de 2024 enviada a las autori-

- porque choca con una serie de principios éticos o jurídicos; en segundo lugar, la actitud de los padres intencionales, que eluden deliberadamente su legislación prohibitiva buscando en el extranjero lo que no podrían obtener en su país de residencia; y en tercer lugar, la insostenible situación del niño nacido de este modo, cuyo estatuto personal y estado civil pueden ser problemáticos. En un mundo globalizado, prohibir la GPS dentro de sus propias fronteras -como hacen muchos países europeos, como Francia y España- no excluye la posibilidad de recurrir a ella en un país más permisivo, ya que la GPS fomenta una forma de turismo legislativo que a menudo se presenta como fraudulento.

3. Se plantea entonces la cuestión de cómo reaccionan los ordenamientos jurídicos que prohíben la posibilidad de llevar a cabo la GPS en su territorio cuando éste ha tenido lugar -legalmente- en un país extranjero⁵. Regresar a Francia o España con un niño nacido en el extranjero como consecuencia de una GPS, incluso eludiendo la legislación nacional, no es, evidentemente, lo mismo que hacer turismo legislativo ordinario. Dado que los niños no son simples productos de consumo, es difícil aceptar que se pueda viajar al extranjero para procrear un hijo eludiendo una legislación restrictiva, y al mismo tiempo negarse a conceder al niño un estatuto acorde con su situación una vez nacido. Ahí radica la paradoja y la complejidad de la cuestión a la que se enfrentan los Estados que prohíben la GPS en su territorio y que, sin embargo, desean respetar los derechos fundamentales del niño preservando su política legislativa nacional.

4. Ante esta cuestión, que se ha convertido en crucial en menos de dos décadas, el legislador francés ha guardado silencio, limitándose a consagrar la prohibición de la GPS en el territorio nacional⁶, lo que la jurisprudencia había anticipado⁷, pero ignorando la cuestión de la GPS realizada en el extranjero y dejando así al Tribunal de Casación la resolución de esta espinosa cuestión. Por su parte, el legislador español ha adoptado un enfoque más proactivo, concretamente mediante la adopción de una serie de disposiciones destinadas a orientar a las autoridades del estado civil en la recepción de las GPS realizadas en el extranjero⁸. Aunque la solución no ha estado exenta de turbulencias⁹, al menos tiene el

dades griegas por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, denunciando los excesos de su legislación nacional, <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-violence-against-women>), o, por el contrario, abriéndolo ampliamente, autorizando así un verdadero turismo de procreación: era el caso de Ucrania y también de la India, antes de que una ley restringiera el acceso a la GPS a los futuros padres intencionales de nacionalidad extranjera, frenando así el turismo de procreación. Por último, algunos Estados han permanecido en silencio hasta ahora, pero ahora intentan tomar posición sobre la internacionalización de la maternidad subrogada. Sobre el Derecho comparado europeo en su conjunto, véase el interesantísimo informe de F. GRANET, «La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC», <http://www.ciec1.org/>, febrero de 2014. Sobre el Derecho estadounidense, V. J. MERCHANT, "Une gestation pour autrui " éthique " est possible", *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183. Artículo disponible en línea: <http://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-183.htm>.

⁵ Sobre la situación -distinta- de un sitio web español que daba acceso al público francés a la GPS en el extranjero, Cass. civ. 1, 23 novembre 2022, n°21-10.220, *Rev. crit. DIP.* 2023. 841, nota S. BOLLÉE : el tribunal de casación dicto la irregularidad del sitio web.

⁶ Art. 16-7 del Código Civil, resultante de una de las primeras leyes llamadas de bioética de 1994, L. n°94-654, de 29 de julio de 1994, sobre la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la procreación médicamente asistida y el diagnóstico prenatal: *JORF*, 30 de julio de 1994. Según el artículo 16-7 del Código Civil, «todo acuerdo relativo a la maternidad subrogada es nulo». Comp. con el art.10 de la ley española 14/2006, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁷ Sentencia Ass. Plén. 31 mayo 1991, *Alma Mater*; *GAJC* 12° éd. n°50; *D.* 1991. 417, *Rapp.* Y. CHARTIER, nota D. THOUVENIN; *JCP* 1991. II. 21752, comunic. J. BERNARD, Concl. H. DONTENWILLE, nota F. TERRÉ; *Defrénois* 1991. 948, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. HUET-WEILLER.

⁸ Instrucción de la DGRN (Dirección general de los Registros y del Notariado) de 7 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 - 84805. A.-L. CALVO-CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", Cuadernos de derecho transnacional, (Marzo 2011), Vol. 3, N° 1, pp. 247-262. A. QUINONES ESCAMEZ, "Nota a la instrucción de 7 oct. 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción de filiación de hijos nacidos por maternidad subrogada", *Rev. crit. DIP* 2011, 184.

⁹ V. not. Tribunal supremo 6 de febrero de 2014, *REDI* 2014, pp. 272-277, nota S. ÁLVAREZ-GONZÁLEZ. A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2015, Vol. 7, N° 2, pp. 45-113.

mérito de existir y, sobre todo, de proponer una solución mesurada que respeta los derechos fundamentales del menor¹⁰.

En los ámbitos internacional y europeo, aunque los legisladores en materia de Derecho internacional privado se han ocupado de la cuestión, siguen luchando por llevar sus trabajos a buen puerto¹¹.

5. A nadie se le escapa que la cuestión que nos ocupa es increíblemente compleja y ambivalente, y exige del jurista que la aborde algo más que la simple búsqueda de una solución jurídica. Dicho esto, los trabajos realizados hasta ahora, no exentos de problemas, demuestran que, globalmente, la maternidad subrogada realizada en el extranjero se enfrenta a tres lógicas diferentes que nos gustaría conciliar: las del Derecho interno, del Derecho internacional privado y de los derechos fundamentales. A este respecto, el Tribunal de Casación -y el Derecho francés en general- se ha encontrado durante mucho tiempo en un callejón sin salida que era necesario superar. Las tres sentencias dictadas por el Tribunal de Casación en octubre y noviembre de 2024 completan una evolución jurisprudencial iniciada en los años 2010 y alimentada por la abundancia de litigios, debido a la incapacidad del legislador para adoptar una posición global y frontal. Centrada inicialmente en la transcripción de las actas del estado civil, evitando así la cuestión del reconocimiento de la filiación, la discusión se trasladó después a la cuestión del exequátur de las sentencias extranjeras. Este es el contexto en el que se inscriben las tres decisiones que aquí se examinan, todas las cuales tienen en común el hecho de tratarse de sentencias extranjeras que establecen una relación paterno-filial entre el hijo nacido a través la GPS y los padres comitentes, y para las que se solicitó el exequátur en Francia. La jurisprudencia resultante de las tres sentencias comentadas implica que los padres que deseen hacer valer en Francia la filiación establecida en el extranjero deben haber obtenido una resolución judicial previa en el marco de la GPS realizada (I). Fuera del ámbito de aplicación de cualquier convenio internacional o reglamento europeo, tales decisiones deben por tanto someterse a un control de regularidad, que el Tribunal de Casación acaba de reforzar (II), admitiendo al mismo tiempo que se ajustan al orden público internacional francés. Por último, el Tribunal de Casación aclara que la filiación establecida como consecuencia de la GPS no produce los efectos de una adopción plena, rechazando así el forzamiento de la categoría de adopción (III).

I. Necesidad de una resolución judicial que establezca la filiación

6. Debido al fracaso de la estrategia basada en la transcripción de las actas del estado civil (A), el debate se ha trasladado al exequátur de las resoluciones extranjeras, cuyas condiciones tradicionales han sido reiteradas por el Tribunal de Casación (B).

1. Fracaso de la estrategia basada en la transcripción de actas del estado civil

7. El Tribunal de Casación, inicialmente encargado de pronunciarse sobre la transcripción de los certificado de nacimiento extranjeros de los niños nacidos a través de la GPS, se negó en un primer momento a adelantarse al legislador. Con motivaciones diversas, basadas esencialmente en la imposi-

¹⁰ Para una mirada crítica, A.-L. CALVO-CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, prec., *Cuadernos de derecho transnacional*, (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 247-262.

¹¹ En la Unión Europea, véase la Propuesta de Reglamento de 7 diciembre 2022 relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento de las sentencias judiciales y a la aceptación de los actos auténticos en materia de filiación, así que a la creación de un certificado europeo de filiación, COM(2022) 695 final. H. PÉROZ, « Proposition de règlement européen en matière de filiation », *Dr. fam.* 2023, comm. 34. R. LEGENDRE, « À propos de la proposition de Règlement européen en matière de filiation », *Rev. crit. DIP.* 2023. 495. C. BIDAUD, « L'ambiguïté de la notion de "reconnaissance" confrontée à la proposition de Règlement de l'Union européenne relative à la filiation », *Rev. crit. DIP.* 2024. 415. H. FULCHIRON, « La proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau ? », *JDI* 2023. 1171. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, « La proposition de Règlement européen en matière de filiation : analyse liminaire », *RTD eur.* n°2/2023, p. 217. S. FULLI-LEMAIRE, « Vers un droit international privé européen de la filiation ? », *D.* 2023. 246. Dentro de la Conferencia de La Haya, se ha creado un grupo de trabajo que se ha reunido en varias ocasiones: <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

bilidad de reconocer una filiación establecida en fraude de la ley francesa al término de un proceso de GPS contrario al orden público¹², en 2013, se sumó a este clima polémico utilizando un método descrito en este contexto como «arma atómica» o «arma de destrucción masiva»: el fraude a la ley francesa, que arrasa con todo lo que encuentra a su paso¹³. Condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras de la protección del derecho al respeto de la vida privada del niño¹⁴, esta solución jurisprudencial fue posteriormente abandonada por el Tribunal de Casación, que siguió entonces un camino que la condujo progresivamente hacia la transcripción íntegra de regularidad de nacimiento expedidos en el extranjero, es decir, tanto respecto del progenitor biológico como del progenitor intencional, incluidas las parejas del mismo sexo.

8. Ya en 2015, permitió por primera vez transcribir actas de nacimiento a favor del progenitor biológico¹⁵ únicamente sobre la base del artículo 47 del Código Civil en su versión anterior¹⁶. Este artículo, que establece las condiciones en las que un certificado de estado civil extranjero puede transcribirse en Francia, exigía que el certificado de estado civil extranjero fuera *fiel a la realidad*. Dado que ésta se interpretaba como una realidad de hecho, y que la madre subrogada era la que había dado a luz al niño, no era admisible considerar que el certificado de nacimiento en el que se mencionaba al progenitor intencional reflejaba dicha realidad. Sin embargo, el Tribunal de Casación sí permitió que el progenitor intencional adoptara al hijo de su cónyuge¹⁷.

9. Aplicando un nuevo procedimiento de reexamen de las resoluciones dictadas en materia de estatuto personal sobre las que se ha producido un pronunciamiento del Tribunal de Derechos Humanos¹⁸, el Tribunal de Casación ha acordado reexaminar la resolución dictada en 2014 en el asunto *Mennesson* y, en este contexto, ha decidido solicitar de nuevo el dictamen del Tribunal de Derechos Humanos en este asunto. En un dictamen de 10 de abril de 2019¹⁹, el TEDH indicó que el Derecho interno debe prever la posibilidad de reconocer los vínculos de filiación entre el niño y la madre intencional, dejando a los Estados la decisión de cómo proceder. En una sentencia dictada por la “Assemblée plénière” (el pleno), el Tribunal de Casación dictaminó que, habida cuenta de las circunstancias del asunto *Mennesson*, y

¹² Cass. civ. 1, 6 avril 2011, n° 09-66.486, 09-17.130, 10-19.053, *D.* 2011. 1522, nota L. BRUNET et D. BERTHIAU ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* mai 2011, p. 19, obs. C. NEIRINCK ; *Gaz. Pal.*, 25 mai 2011, n°145, obs. B. WEISS-GOUT. Cass. civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-30.138, 12-18.315, *Rev. crit. DIP.* 2013. 909, nota P. HAMMJE ; *JDI* 2014. 134, nota J. GUILLAUMÉ ; *D.* 2013. 2349, nota H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. HAUSER. Cass. civ. 1, 19 mars 2014, n°13-50.005, *D.* 2014. 905, avis J-P. JEAN, nota H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *JCP* 2014. 613, Note, J. HEYMANN ; *JCP* 2014, act. 380, obs. A. MIRKOVIC ; *RJPF* 2014 -5, p. 17, obs. M-C LE BOURSICOT ; p. 21, obs. I. CORPART.

¹³ P. Lagarde, durante los debates posteriores a la ponencia de S. Bollée ante el Comité français de droit international privé, 28 de marzo de 2014, “La gestation pour autrui en droit international privé”, TCFDIP 2012-2014, p. 215, espec. p. 237.

¹⁴ TEDH 26 de junio de 2014, n°65192/11, *Mennesson c/ Francia* y TEDH 26 de junio de 2014, *Labassée c/ Francia*, *D.* 2014. 1773, cron. H. Fulchiron y C. Bidaud ; *JDI* 2015. 1254, nota A. Dionisi-Peyrusse. A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 147-174.

¹⁵ Cass. Ass. plén., 3 de julio de 2015, n°14-21.323 y 15-50.002, *JDI* 2016. 103, nota J. GUILLAUMÉ ; *Rev. crit. DIP.* 2015. 885, NDLR ; *D.* 2015. 1819, nota H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1481, édito. S. Bollée ; *ibid.* 1773, point de vue D. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496 ; *ibid.* 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. J. Hauser.

¹⁶ Artículo 47 del Código Civil, en la versión resultante de la ley n.º 2006-1376 de 14 de noviembre de 2006, modificada posteriormente: «Toda acta del estado civil de los franceses o de los extranjeros realizada en un país extranjero y redactada en las formas habituales en dicho país es auténtica, a menos que otras actas o documentos que obren en su poder, datos externos o elementos extraídos de la propia acta establezcan, en su caso tras todas las comprobaciones útiles, que dicha acta es irregular, falsificada o que los hechos declarados en ella no corresponden a la realidad».

¹⁷ Cass. civ. 1, 5 de julio de 2017, n°15-28.597, 16-16.901, 16-16.455, 16-16.495, *Rev. crit. DIP.* 2018. 143, nota S. BOLLÉE ; *JCP G* 2017, n°30, p. 1727, nota A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2017. 1737, nota H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* sept. 2017. 10, obs. J-R. BINET.

¹⁸ Procedimiento de revisión de las decisiones civiles dictadas en materia de estatuto personal establecido por la Ley n.º 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016, y precisado por el decreto de aplicación n.º 2017-396 de 24 de marzo de 2017: Art. L. 452-1 y siguientes del Código de Organización Judicial y Art. 1031-8 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

¹⁹ TEDH, 10 de abril de 2019, Dictamen consultativo, *D.* 2019. 1084, nota H. FULCHIRON ; *Rev. crit. DIP.* 2022. 35, nota C. BIDAUD ; J. HEYMANN y F. MARCHADIER, “La filiation de l’enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger », *JDI* 2019. 8.

en particular del tiempo transcurrido desde el nacimiento de los hijos (casi 20 años), debía aceptarse la transcripción del certificado de nacimiento respecto de la madre intencional²⁰. El Tribunal de Casación había modificado así su interpretación de la conformidad con la realidad exigida por el artículo 47 del Código Civil, pasando de una realidad de hecho a una realidad de derecho, la mencionada en certificado de nacimiento y aceptada por la ley del Estado del lugar de nacimiento del niño. Varias sentencias del Tribunal de Casación han aceptado la transcripción íntegra de los certificados de nacimiento redactadas en el extranjero, tanto por lo que respecta al progenitor biológico como al progenitor intencional, sea éste hombre o mujer²¹.

10. Con ocasión de la reforma de las leyes de bioética en 2021²², el legislador decidió modificar el artículo 47 del Código Civil, estableciendo que la conformidad con la realidad de los certificados de estado civil extranjeros debía «*apreciarse a la luz de la ley francesa*». Con este simple añadido, el legislador puso fin a la jurisprudencia permisiva del Tribunal de Casación: puesto que la conformidad del acta del estado civil con la realidad debe apreciarse en adelante a la luz del Derecho francés, que no autoriza la GPS, la transcripción de certificados del estado civil que mencionen una filiación intencional queda por tanto excluida²³.

11. Privados en adelante de la posibilidad de obtener la transcripción íntegra del certificado de nacimiento del niño y obligados a recurrir a la adopción, los padres intencionales han buscado otra solución. Se abandonó así la estrategia de la transcripción de los certificados de nacimiento al estado civil en favor de la del exequátur de las decisiones extranjeras y el control de su regularidad²⁴. Al tiempo que afina el control de la regularidad de las decisiones resultantes de la GPS, el Tribunal de Casación reitera las condiciones en las que puede reconocerse una decisión extranjera.

2. Régimen internacional de las decisiones extranjeras sobre el estatuto personal

12. A falta de convenio internacional o de normativa europea, el Derecho internacional privado común consagra, desde principios del siglo XX, el principio del reconocimiento automático de las resoluciones extranjeras relativas al estatuto personal, salvo si dan lugar a una medida de ejecución contra los bienes o de coerción contra las personas²⁵.

13. Como señalan las tres sentencias comentadas, este reconocimiento automático implica que, en principio, no es necesario ningún procedimiento para ejecutar una resolución relativa al estatuto personal en Francia y hacer que se mencione en los registros franceses del estado civil. Por otra parte, dicho reconocimiento sólo se concede a condición de que la resolución reúna las condiciones de regularidad internacional que garanticen su plena aceptación en el ordenamiento jurídico francés. Así pues, si alguien con interés en el asunto se opone a que la decisión extranjera surta efecto en Francia, puede interponer una acción específica de inoponibilidad. Lo mismo ocurre si el beneficiario de la decisión desea purgarla de cualquier posible impugnación, en cuyo caso puede interponer una acción de ejecutoriedad ante el tribunal. Por último, la resolución extranjera puede invocarse incidentalmente en otro litigio en apoyo de una demanda. En todos los casos, el tribunal que conozca del asunto deberá comprobar que la

²⁰ Ass. plén. 4 octubre 2019, n°10-19.053, *Rev. crit. DIP* 2020. 247, nota C. BIDAUD; *JDI* 2020. 625, nota F. MARCHADIER y J. HEYMANN; *AJ fam.* 2019. 592, nota J. HOUSSIER; *RTD civ.* 2019. 841, nota A-M. LEROYER; *D.* 2019. 1985, nota G. LOISEAU; *Dr. fam.* 2019, com. 261, nota J-R. BINET;

²¹ Cass. civ. 1, 18 de diciembre de 2019, n°18-12.327, 18-11.815 y 18-14.751, *JDI* 2020. 636, nota D. SINDRES; *Dr. fam.* 2020, com. 39, nota J-R. BINET; *RTD civ.* 2020. 81, nota D. MAZEAUD y A-M. LEROYER; *D.* 2020. 426, nota S. PARICARD.

²² Ley n° 2021-1017 de 2 de agosto de 2021 sobre bioética.

²³ Sobre este texto, véase S. CORNELOUP, “L’article 47 du Code civil et le droit international privé”, *Rev. dr. Assas*, n°20, oct. 2020. 101. C. BIDAUD, “La force probante des actes de l’état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l’exigence de conformité des faits à la réalité “appréciée au regard de la loi française”...”, *Rev. crit. DIP* 2022. 35.

²⁴ L. BRUNET y M. MESNIL, “Étude jurisprudentielle sur l’exequatur après GPA à l’étranger”, *AJ fam.* 2023. 374.

²⁵ Principios recordados por las tres sentencias comentadas en virtud del artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

decisión cumple todas las condiciones de regularidad internacional previstas en el Derecho internacional privado francés.

14. Según una jurisprudencia²⁶, que se reitera en las tres sentencias aquí analizadas, las decisiones extranjeras están sujetas a un triple control, en primer lugar de la competencia indirecta del tribunal que dictó la decisión²⁷, en segundo lugar de la ausencia de fraude y, por último, de la conformidad de la decisión con el orden público, tanto en su dimensión sustantiva como procesal. El control de la ley aplicada se abandonó en 2007 y está prohibido revisar la decisión sobre el fondo con el pretexto de un control de regularidad. Por tanto, el juez del exequátur no puede negarse a conceder el exequátur alegando que no resolvió de la misma manera que el juez extranjero.

15. En los casos analizados, cabe preguntarse si estas condiciones son suficientes para que las resoluciones extranjeras que establecen la filiación de los hijos nacidos por GPS se mantengan en Francia. Si bien la respuesta es *a priori* positiva, ya que el Tribunal de Casación utiliza formalmente el esquema de control tradicional, parece no obstante que el control efectuado se adapta al menos a las exigencias derivadas de la especificidad de la situación, cabe pensar, se refuerza.

II. Control reforzado de la regularidad internacional de las decisiones de filiación resultantes de la GPS

16. Aunque el Tribunal de Casación afirma que una resolución extranjera que establece la filiación después de la GPS no es contraria al orden público internacional francés (B), introduce, en nombre del respeto del orden público procesal, un control más estricto de la motivación (A).

1. Conformidad con el orden público procesal mediante el examen de los motivos

17. En la primera sentencia examinada, cuya solución se repite en la tercera, el Tribunal de Casación retomó la cuestión del orden público procesal adoptando una solución tradicional según la cual «es contrario a la concepción francesa del orden público internacional reconocer una resolución extranjera sin motivación si no se aportan documentos que puedan servir de equivalente a la motivación defectuosa»²⁸. Según esta jurisprudencia, el Tribunal de Casación admite que una motivación defectuosa puede compensarse con documentos ajenos a la sentencia que puedan aportar la información que falta²⁹.

2. Justificaciones para un control reforzado

18. En las sentencias comentadas, sin embargo, se añade a esta solución tradicional precisando los requisitos mínimos de dicha motivación para que la decisión extranjera pueda superar el umbral del control de regularidad en Francia. En el primer caso, una pareja de hombres residentes en Francia recurrió a la GPS en Canadá. Una decisión canadiense les reconoció legalmente como padres de los dos niños nacidos como resultado de la GPS, precisando que la madre gestante, su cónyuge y el donante

²⁶ Cass. civ. 1, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP.* 1964, nota H. BATIFFOL ; *JDI* 1964. 302, nota B. GOLDMAN. Cass. civ. 1, 20 février 2007, *Corneliessen*, n°05-14.082, *Rev. crit. DIP.* 2007. 420, nota B. ANCEL ET H. MUIR WATT ; *JDI* 2007. 1195, nota F-X. TRAIN ; *Dr. Famille*, 2007, comm. 97, nota M. FARGE. M-L. NIBOYET, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte », *Gaz. Pal.* 2007, doctr., p. 1387.

²⁷ Esta competencia indirecta se aprecia según los criterios establecidos en la sentencia Cass. civ. 1, 6 febrero 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP.* 1985. 369, nota Ph. FRANCESKAKIS ; *JDI* 1985. 460, nota A. HUET. La competencia indirecta se verificó en el tercer caso.

²⁸ Véase el punto 8 de la primera sentencia. Véase también not. Cass. civ. 1, 13 de febrero de 2019, n°18-11.140.

²⁹ Cass. civ. 1, 22 de octubre de 2008, n° 06-15.577; Cass. civ. 1, 15 de junio de 2017, n° 16-18.404.

no eran la madre y el padre, pero no declaró que la madre gestante y su cónyuge renunciaran a la patria potestad. El Tribunal de Apelación de París denegó el exequatur a los demandantes, al no poder aportar los documentos que habrían completado la información que faltaba en la motivación de la resolución canadiense. El Tribunal de Casación desestimó su recurso, declarando en el apartado 9 que *«la existencia de una motivación se aprecia a la luz, por una parte, de los riesgos de vulnerabilidad de las partes en el contrato de GPS y de los peligros inherentes a estas prácticas y, por otra, el derecho del menor y de todas las personas implicadas al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 del CEDH, siendo una consideración primordial el interés del menor, protegido por el apartado 1 del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño»*. Así pues, la especificidad de la GPS se tiene en cuenta en dos vertientes: en primer lugar, por lo que se refiere a la propia práctica y, en segundo lugar, por lo que se refiere a los derechos fundamentales.

19. En cuanto a los derechos fundamentales, las sentencias comentadas se refieren al derecho del niño al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 del CEDH. Sobre esta base, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia en la sentencia *Mennesson*, ya que, una vez nacido el niño, debía garantizársele un estado civil acorde con la filiación establecida en el extranjero. Se subrayó entonces que se trataba de proteger al propio niño, no a los padres intencionales. En las sentencias comentadas, la protección del derecho al respeto de la vida privada se afirma no sólo para el niño, sino también para todas las personas implicadas.

20. Por lo que respecta al proceso de la GPS, el Tribunal de Casación se refiere a la vulnerabilidad de las partes en el acuerdo de la GPS y a los peligros inherentes a tal práctica. La primera persona que viene a la mente es la madre gestante, pero los términos utilizados son más amplios y podrían incluir también a los padres intencionales. Es cierto que los padres intencionales, que desean tener hijos pero no pueden concebirlos por sí mismos, se encuentran en una situación delicada que les lleva a ponerse bajo la autoridad de una ley extranjera para obtener allí lo que no pueden obtener aquí. Es cierto que, dependiendo de la ley que regule la operación, pueden estar a merced de una madre gestante que se niegue a dejarles el niño al nacer. Pero al final, la persona que se encuentra en una situación vulnerable y a la que hay que proteger es la madre gestante. Queda por ver cómo, en el marco de un control de la conformidad de la sentencia extranjera con el orden público procesal, los jueces de exequátur podrán garantizar esta protección. Evidentemente, no puede tratarse de una protección directa. La GPS ha tenido lugar, el niño ha nacido, y la ley extranjera ha autorizado el proceso. Lo único que puede hacer el juez de exequátur es, *a posteriori*, validar o no el proceso a la luz de los requisitos mínimos de protección en relación con la vulnerabilidad de la madre subrogada, por lo que estos requisitos mínimos de protección deben figurar en los fundamentos de la sentencia extranjera.

A) Criterios del control reforzado

21. Tras explicar por qué las resoluciones posteriores a la GPS requieren un mayor control, el Tribunal de Casación enuncia los tres elementos que deben comprobarse con precisión en la motivación de las resoluciones extranjeras. En primer lugar, el Tribunal de Casación comprueba que los motivos aducidos por los jueces de primera instancia o los documentos aportados permiten identificar la condición de las personas mencionadas como participantes en el proyecto parental. A continuación, el Tribunal de Casación presta especial atención al consentimiento de las partes, por una parte, en lo que respecta al convenio de GPS y a sus condiciones y, por otra, en lo que respecta a los efectos del acuerdo sobre la patria potestad, entendiéndose que se requiere una mayor vigilancia en lo que respecta al consentimiento de la madre subrogada.

22. En nombre del orden público procesal y de la necesidad de motivación, el Tribunal de Casación establece normas sustantivas. La exigencia de que la madre subrogada haya dado su consentimiento al acuerdo, de que este consentimiento cumpla determinadas condiciones y de que se haya dado con

pleno conocimiento de causa³⁰ significa que la filiación establecida por la GPS en el extranjero debe cumplir un umbral de requisitos mínimos y «ofrecer garantías»³¹. Es evidente que este planteamiento responde a la voluntad de depurar las conductas, como podría hacer un convenio internacional como el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional³². Negarse a reconocer una sentencia de filiación extranjera también envía un mensaje a los padres intencionales franceses o residentes en Francia de que las sentencias emitidas por determinados países pueden ser reconocidas o no, y es por tanto un paso hacia una forma de reconocimiento ético de la GPS³³.

B) Perfecciones e imperfecciones del sistema desarrollado

23. La solución expuesta en las sentencias comentadas es tanto más interesante cuanto que la solución contraria se adoptó en los asuntos de adopción, en los que se planteó en varias ocasiones a el Tribunal de Casación la cuestión de si las disposiciones inmediatamente aplicables del artículo 370-3 del Código Civil relativas al consentimiento del representante legal del niño adoptado³⁴ podían utilizarse para anular una sentencia de adopción extranjera. El Tribunal de Casación se negó sistemáticamente a permitir que estas disposiciones, aplicables en los procedimientos directos, se transpusieran a los procedimientos indirectos³⁵. Sin revocar su jurisprudencia³⁶, el Tribunal ha transpuesto ahora la solución establecida en el ámbito de la GPS al ámbito de la adopción. En una sentencia de 11 de diciembre de 2024³⁷, el Tribunal de Casación exige ahora que «*en materia de adopción, el juez del exequátur [debe estar] en condiciones, a través de la motivación de la resolución o de los documentos equivalentes que se le proporcionen, de conocer las circunstancias de la adopción y de asegurarse de que se ha comprobado que los padres o representantes legales han consentido en principio y en sus efectos*». Esto garantiza la coherencia entre los dos tipos de filiación.

24. En cuanto a la filiación posterior a la GPS, el sistema actual, que procede de la coexistencia del cierre del artículo 47 del Código Civil en lo que respecta a la transcripción de los certificados de nacimiento para los padres intencionales y la jurisprudencia permisiva del Tribunal de Casación en lo que respecta a las sentencias extranjeras, deja fuera a los padres que no han obtenido una sentencia. Algunos han visto en ello una diferencia de trato injustificable³⁸, pero ¿no podría verse simplemente como un mal por un bien? Al obligar a los futuros padres a recurrir únicamente a las GPS supervisadas y sujetas a una resolución judicial, el Tribunal de Casación se asegura un mínimo de control sobre las resoluciones extranjeras y contribuye a sanear, aunque sea mínimamente, el turismo procreativo. Además, al situar el debate en el ámbito del exequátur, la filiación de los hijos se hace más segura y se evita la precariedad de una filiación probada por un certificado de nacimiento pero que puede impugnarse en cualquier momento.

³⁰ A este respecto, V. M. FARGE, que indica que se trata de una norma sustantiva: “Conditions de l’exequatur des décisions étrangères de gestation pour autrui”, *Dr. fam.* n°11 nov. 2024, com. 151.

³¹ Comunicado de la Cour de cassation de 2 de octubre de 2024. GPA - Contrôle du juge sur l’application en France des décisions de justice étrangères.

³² Sobre este tema, véanse los trabajos de la Conferencia de La Haya prec. nota n°11.

³³ H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif, vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014. 563.

³⁴ Artículo 370-3 párrafo 3 del Código Civil: «Independientemente de la ley aplicable, la adopción requiere el consentimiento del representante legal del niño en las condiciones definidas en el primer párrafo del artículo 348-3». Art. 348-3 del Código Civil: «El consentimiento a la adopción debe ser libre, obtenido sin contrapartida alguna después del nacimiento del niño e informado de las consecuencias de la adopción, en particular, si se da con vistas a la adopción plena, del carácter completo e irrevocable de la ruptura de la relación paterno-filial preexistente. El consentimiento para la adopción se da ante un notario francés o extranjero, o ante agentes diplomáticos o consulares franceses. También puede darlo el servicio de protección de la infancia si el niño le ha sido entregado.

³⁵ Véase, más recientemente, Cass. civ. 1, 11 de mayo de 2023, n° 21-24.178, *Dr. fam.* 2023, com. 116, M. FARGE.

³⁶ Los artículos 370-3 y 348-3 se limitan a los procedimientos directos y no se refieren al exequátur.

³⁷ Cass. civ. 1, 11 de diciembre de 2024, n°23-15.672, *Dr. fam.* janvier 2025, com. 28, obs. M. FARGE.

³⁸ V. LEGRAND, nota supra, espec. 68: para obtener una transcripción, se requiere la filiación biológica, mientras que para un exequátur, la naturaleza de la filiación es irrelevante.

25. La solución socava sin duda la prohibición de revisión en cuanto al fondo³⁹. Los adversarios acérrimos de la GPS rechazarán sin duda el sistema así concebido, que exige recurrir al orden público internacional sustantivo para impedir que se reconozcan a los nacionales franceses o residentes en Francia las decisiones extranjeras sobre filiación resultantes de la GP⁴⁰.

3. Conformidad al orden público internacional sustantivo

26. Es en la tercera y última sentencia dictada en noviembre de 2024, que el Tribunal de Casación finalizó el sistema de exequátur favorable para las decisiones de filiación tras una GPS realizada en el extranjero. El Tribunal de Casación no activó la última barrera a la que se podía pensar, la del orden público internacional sustantivo, para oponerse a tales decisiones extranjeras.

27. La particularidad de este tercer caso reside en que la GPS se llevó a cabo en Canadá utilizando gametos de dos terceros donantes en beneficio de una mujer soltera sin vínculo biológico con el niño. Una resolución canadiense estableció entonces un vínculo de filiación con ella y, en consecuencia, le concedió la patria potestad exclusiva. Como había obtenido de los tribunales franceses el exequátur de la decisión, el Ministerio Fiscal recurrió ante el Tribunal de Casación francés alegando que la decisión era contraria al orden público internacional. Alegó que «establecer la filiación de un niño nacido como resultado de un contrato de GPS con una persona que no tiene ningún vínculo biológico con el niño» contravenía el orden público internacional francés. Su recurso fue desestimado por el Tribunal de Casación.

28. En apoyo de su decisión, el Tribunal se refiere a los derechos fundamentales garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como lo interpreta el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹ y la jurisprudencia del Pleno de 2019, que ya había establecido que el nacimiento por GPS no puede impedir por sí mismo el reconocimiento de los vínculos de filiación con el padre intencional⁴². Afirma que ningún “principio esencial” del Derecho francés, según la fórmula ahora establecida en materia de orden público familiar internacional, prohíbe el reconocimiento en Francia de una filiación establecida en el extranjero que no corresponda a un vínculo biológico. En apoyo de esta afirmación, cita el Código Civil y las diversas formas de establecer la filiación que permite, así como los avances científico que han llevado al legislador a admitir las técnicas de reproducción asistida y abrirlas a todas las mujeres en la última revisión de las leyes de bioética en 2021. Afirmando que nuestro propio derecho interno admite la filiación fuera del vínculo biológico, concluye que la decisión extranjera que establece la filiación resultante de la GPS respecto de una madre soltera intencional no es contraria al orden público internacional francés.

29. El objeto de la apreciación del Tribunal de Casación sobre el respeto del orden público internacional no es aquí la GPS en sí, sino el vínculo de filiación resultante. Al establecer una solución específica para los padres intencionales, el Tribunal de Casación enuncia un principio general de reconocimiento de toda filiación establecida por la GPS en el extranjero, sin que puedan oponerse a ello ni el fraude ni el orden público internacional francés (sustantivo). Únicamente el orden público procesal, en forma de motivación de las resoluciones, puede servir de baluarte contra una resolución extranjera por la que se establece una relación paterno-filial, así como contra una posible incompetencia indirecta del juez que ha dictado la resolución.

30. Este favor al establecimiento de un vínculo de filiación también va acompañado de una aclaración relativa a los efectos de esta filiación. De hecho, algunos solicitantes habían acompañado su

³⁹ En este sentido, M. FARGE, para quien la Cour de cassation «coquetea [...] con la revisión en cuanto al fondo», nota supra. V. LEGRAND, para quien «se podría creer en un retorno del poder de revisión del juez del exequátur, suprimido desde la sentencia Munzer», nota supra, espec. p. 66.

⁴⁰ L. D'AVOUT, nota prec. nota n°1.

⁴¹ Dictamen consultativo de 2019 prec. nota n°19.

⁴² Sesión plenaria de 4 de octubre de 2019, n° 10-19.053.

solicitud con la petición de que la filiación establecida con respecto al progenitor intencional tuviera los efectos de una adopción plena.

III. Efectos de las decisiones extranjeras sobre la filiación resultante de la GPS

31. En las segunda y tercera sentencias, el Tribunal de Casación afirma muy claramente que *«cuando, sin pronunciarse sobre la adopción, se concede el exequátur a una sentencia extranjera que establece la filiación de un niño nacido de maternidad subrogada, dicha filiación es reconocida como tal en Francia y produce los efectos que le son propios conforme a la ley aplicable a cada uno de esos efectos»*.

1. Naturaleza de la filiación

32. Sin duda para facilitar a los padres que pretenden regresar a Francia con sus hijos las gestiones ante las autoridades administrativas, los tribunales inferiores han considerado a menudo que la resolución extranjera produciría en Francia los efectos de una adopción plena en el sentido de la ley francesa⁴³. Sin embargo, esta solución no se ajusta al principio de prohibición de revisión en cuanto al fondo, que exige que no se modifique la resolución extranjera. En efecto, como alegó el fiscal en apoyo de su recurso en el segundo caso relativo a una sentencia prenatal californiana que establecía la paternidad de dos hombres casados, si bien el juez «puede traducir una institución extranjera a las categorías del foro para garantizar su integración en dicho ordenamiento jurídico», no puede «revisar la decisión transpuesta en el ordenamiento interno». Transponer y traducir la decisión, sí; modificar su naturaleza y hacer que produzca otros efectos, no. Importar la decisión a la categoría de adopción plena en el ordenamiento jurídico francés no sólo habría modificado la naturaleza de la filiación establecida en el extranjero, sino que también habría ocultado el proceso subyacente al nacimiento y la filiación. El Tribunal de Casación se niega a hacerlo, argumentando que, dado que la sentencia extranjera estableció la filiación sin conceder la adopción, esa filiación debe reconocerse «como tal»⁴⁴, es decir, una filiación que es a la vez no biológica y no adoptiva, y por tanto una filiación intencional. Con el argumento de que esta filiación no es contraria al orden público material, el Tribunal de Casación insiste en su voluntad de reconocer toda filiación establecida en el extranjero.

2. Efectos de la filiación

33. El Tribunal de Casación precisa que la filiación así establecida produce los efectos que le son inherentes según la ley aplicable a cada uno de estos efectos. Esta parte de la sentencia no requiere una larga elaboración, pero merece ser destacada por su valor pedagógico. Una vez establecida la filiación en el extranjero y reconocida en Francia (de pleno derecho o a raíz de un procedimiento de exequátur, a raíz de una GPS por procreación natural), producirá necesariamente efectos. Estos se desglosan naturalmente en las distintas categorías que les conciernen: la patria potestad, regulada por el Convenio de La Haya de 1996⁴⁵; las obligaciones de alimentos, reguladas por el Protocolo de La Haya de 2007⁴⁶; la sucesión, regulada por el Reglamento n° 650/2012⁴⁷; los nombres y los apellidos, regulados por el De-

⁴³ M. FARGE, nota bajo Cass. 1, 2 de octubre de 2024, n° 22-20.883 y 23-50.002, *Dr. fam.* n° 11, noviembre de 2024, com. 151.

⁴⁴ § 9 sentencia de 2 de octubre de 2024, n° 23-50.002.

⁴⁵ Convenio de 19 de octubre de 1996 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, que entró en vigor en 2011 en Francia y España,

⁴⁶ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 *sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, que entró en vigor en 2013 en Francia y España,

⁴⁷ Reglamento n° 650/2012, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia de sucesiones*

recho internacional privado común en Francia y por el Convenio nº19 de la CIEC de 1980 en España⁴⁸, pero también por la jurisprudencia del TJUE iniciada por la sentencia García-Avello de 2003⁴⁹.

IV. Conclusión

34. Las tres sentencias aquí comentadas son la culminación de una cuestión muy espinosa. El Tribunal de Casación ha consagrado ahora la posibilidad de que las resoluciones extranjeras de filiación dictadas a raíz de una GPS sean reconocidas en Francia, siempre que, además de las condiciones tradicionales de regularidad internacional, cumplan las condiciones previstas específicamente para el control de la motivación de las resoluciones extranjeras. A tal fin, las resoluciones extranjeras deberán incluir en el cuerpo de su decisión un determinado número de menciones que permitan identificar a las partes del acuerdo de GPS y sus capacidades (madre subrogada, donante, progenitor intencional, progenitor biológico), pero que también permitan garantizar que el consentimiento de las partes, y especialmente de la madre subrogada, se prestó con pleno conocimiento de causa tanto en lo que respecta a los términos del acuerdo como a sus efectos. Al precisar que tal decisión de filiación no podía asimilarse a una decisión de adopción plena, el Tribunal de Casación sitúa definitivamente las decisiones de filiación a raíz de la GPS en la categoría de filiación no adoptiva y corta así toda ambigüedad en cuanto al origen de la filiación establecida en el extranjero. Al construir esta estructura, el Tribunal de Casación no sólo deja fuera las GPS que no están *mínimamente* reguladas, sino también aquellas sobre las que no se ha dictado sentencia. De este modo, restringe en cierta medida el alcance del turismo procreativo inherente a la cohabitación de nuestra legislación nacional prohibitiva con una legislación extranjera más permisiva y lo orienta hacia los Estados que, como California, prevén por ejemplo un sistema de juicio prenatal.

35. En cierto modo, al desbaratar la jurisprudencia de el Tribunal de Casación y cerrar la puerta a la transcripción íntegra de los certificados de nacimiento extranjeras *a través* del artículo 47 del Código Civil, que no era más que un medio de probar un estado sin reconocerlo, el legislador ha animado a los padres intencionales a tomar la vía del exequátur de las sentencias. Con la jurisprudencia resultante de las sentencias comentadas y la concesión del exequátur de las sentencias extranjeras, el Tribunal de Casación ha garantizado la filiación de los hijos nacidos por GPS. Aunque la solución deja fuera a los padres intencionales que no han obtenido una resolución judicial previa, se refuerzan los derechos fundamentales del niño⁵⁰.

36. Esta jurisprudencia se inscribe claramente en un movimiento iniciado a escala internacional y europea. Los trabajos emprendidos en el seno de la Conferencia de La Haya y la propuesta de reglamento de la UE sobre el reconocimiento de la filiación dan testimonio de este movimiento a favor del reconocimiento de la filiación transfronteriza, a pesar de las legislaciones nacionales fuertemente opuestas y de una clara falta de consenso entre los Estados sobre esta cuestión.

y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea desde el 17 de agosto de 2015.

⁴⁸ Convenio nº 19 de la CIEC, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, *sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos*, en vigor en España desde el 1 de enero de 1990.

⁴⁹ CJCE 2 oct. 2003, García Avello, Aff. C-148/02, *JDI* 2004. 582 ; *Rev. crit. DIP* 2004. 184, nota P. LAGARDE ; *RTD civ.* 2004. 62, obs. J. HAUSER. CJCE 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353-06, *Rev. crit. DIP* 2009. 80, nota P. LAGARDE ; *JDI* 2009. 203, nota L. D'AVOUT. CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, Aff. C-208-09, *JDI* 2011. 639, nota J. HEYMANN.

⁵⁰ Compárese con la solución prevista en el artículo 63 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: «Cuando un acuerdo relativo a la procreación o a la maternidad subrogada haya sido concluido en un Estado que lo autorice, la filiación del hijo resultante del mismo podrá ser establecida por el juez de conformidad con la ley de dicho Estado, si una de las partes así lo solicita. El juez deberá asegurarse previamente de que el acuerdo se ha celebrado y ejecutado de conformidad con las disposiciones de la ley del Estado en cuestión. De conformidad con el principio de proporcionalidad, el juez tendrá en cuenta los objetivos perseguidos, los intereses en juego y, en particular, el interés del menor, así como los efectos de la aplicación de esta ley en el ordenamiento jurídico francés».

37. Queda la pregunta crucial que todo el mundo se plantea: ¿qué queda entonces de la legislación nacional prohibitiva? ¿La jurisprudencia del Tribunal de Casación no es más que la crónica de la muerte del artículo 16-7 del Código Civil, que prohíbe la GPS en Francia? Si el ejemplo de la legislación española demuestra que es posible a la vez la prohibición nacional y la indulgencia o tolerancia de las filiaciones establecidas en el extranjero, queda por saber si tal posición es realmente aceptable. ¿Realmente queremos prohibir las GPS en Francia y permitir que los más audaces y ricos eludan esta legislación? Podría decirse que la posición adoptada por la jurisprudencia francesa es una posición del mal menor que, a nivel nacional, prohíbe el recurso al GPS en nombre de la indisponibilidad del estatuto de las personas y del cuerpo humano, y de la protección de la vulnerabilidad, pero que, a nivel internacional, acepta la filiación establecida en nombre del interés superior del niño y de sus derechos fundamentales. A pesar de todas las imperfecciones de esta jurisprudencia, parece que el Tribunal ha emprendido el único camino practicable.

Notificación de documentos extrajudiciales por notari
en el ámbito de la Unión Europea: la designación
de organismos transmisores y su comunicación a la Comisión.
La elección de los medios notificación en función de sus efectos*

Notarial Service of Extrajudicial Documents in the European
Union: the Designation of Transmitting Agencies
and its Communication to the Commission. The Choice
of Means of Service Depending on its Effects

JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ

*Notario. Experto Nacional Destacado en la Dirección General de Justicia
y Consumidores de la Comisión Europea*

ORCID ID: 0000-0001-6826-8773

Recibido:15.12.2024/Aceptado:15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9337

Resumen: El Reglamento (UE) 2020/1784 contempla una serie de medios de notificación o traslado de documentos sin establecer una jerarquía entre los mismos, lo cual permite al notario, en principio, optar por cualquiera de ellos. No obstante, y a pesar de la competencia del notario en la materia en España, la falta de su designación como “organismo transmisor” plantea la cuestión de si puede “directamente” efectuar la notificación o traslado de documentos extrajudiciales a través de alguno de dichos medios. Asimismo, la elección por el notario del medio de notificación puede verse afectada por los efectos que aquélla haya de producir en relación con el expediente o derecho objeto de la notificación, que el notario deberá evaluar en cada caso.

Palabras clave: Reglamento (UE) 2020/1784, notificación de documentos extrajudiciales, designación de organismos transmisores, notario, notificación por servicios postales

Abstract: Regulation (EU) 2020/1784 provides for several means of service of documents without establishing a hierarchy between them, which in principle allows the notary to choose any of those. However, despite the notary’s competence in this matter in Spain, the lack of designation as ‘transmitting agency’ raises the question as to whether the notary can ‘directly’ effect service of extrajudicial documents through any of them. Likewise, the notary’s choice of the means of service may be affected by the effects that it has to produce in relation to the file or the right at stake, which the notary must assess on a case-by-case basis.

Keywords: Regulation (EU) 2020/1784, service of extrajudicial documents, designation of transmitting agencies, notary, service by postal services.

*Las opiniones expresadas en este artículo corresponden exclusivamente al autor y no representan en ningún caso la posición de la Comisión Europea sobre la materia.

Sumario: I. Introducción; II. Normativa aplicable: fuentes; III. El documento extrajudicial como objeto de notificación o traslado; IV. Posibles medios de notificación o traslado; V. ¿Es necesaria la designación del notario como organismo transmisor, así como su comunicación a la Comisión, para que pueda notificar o trasladar documentos extrajudiciales?: la notificación o traslado por servicios postales; VI. Elección del medio de notificación o traslado en función de sus efectos en el Estado del foro o de origen y el respeto a la tutela judicial efectiva; VII. Conclusión.

I. Introducción

1. El notario del Reino de España se enfrenta con frecuencia creciente a la cuestión de cómo practicar notificaciones o dar traslado en el extranjero de documentos extrajudiciales (y, más en particular, de instrumentos públicos notariales), ya sea en el ámbito de la Unión Europea como también fuera de ella¹, cuando es requerido a tal efecto en el desempeño de sus funciones y competencias².

2. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJYFP), en Resoluciones de 27 de febrero de 2012³ y de 19 de marzo de 2024⁴, ha tenido oportunidad de ocuparse específicamente de la notificación de dichos documentos en el seno de la Unión dejando abiertas, no obstante, algunas cuestiones que serán aquí objeto de análisis. La referida Resolución de 27 de febrero de 2012 indica que, en todo caso, cuando las notificaciones o traslados de documentos deban practicarse en el extranjero (en el caso, a un destinatario domiciliado en otro Estado miembro de la UE), éstas deberán llevarse a cabo “mediante el procedimiento previsto en el Reglamento CE número 1393/2007⁵ [...], cuyo artículo 16⁶ establece que “[l]os documentos extrajudiciales podrán transmitirse a efectos de notificación o traslado en otro Estado miembro de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento”⁷. En dicho asunto concreto precisó, además, que no se podría realizar “ni siquiera mediante remisión de la diligencia, por correo certificado, sino [...] en la forma expuesta en el anterior fundamento de Derecho”⁸, esto es, conforme a la normativa pertinente que se ocupa de estos supuestos transfronterizos o internacionales que, en el ámbito de la Unión Europea, es el *Reglamento de notificaciones*⁹.

¹ En este trabajo se prestará atención a la que se podría calificar como notificación “activa”, esto es, la practicada con origen desde España en otro Estado miembro de la Unión europea, dejando de lado la notificación “pasiva” o recepción y entrega en España de documentos (extrajudiciales) notificados o trasladados desde otro Estado miembro de la Unión

² Además de todo supuesto en que los particulares o personas jurídicas precisen requerir al notario para que autorice y tramite las correspondientes actas de remisión por correo de documentos o las actas de notificación y requerimiento contempladas respectivamente en los artículos 201 y 202 y siguientes del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (Reglamento Notarial), son numerosos los casos que implican la necesidad de que el notario proceda a la práctica de notificación es como parte de la tramitación de expedientes concretos atribuidos al mismo en sede de jurisdicción voluntaria, previstos en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, o recogidos en la Ley 13/2013, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, o en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, entre otras (vid. otros ejemplos en E. GARCÍA PARRA, “Capítulo III. De los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. Artículo 28. Documentos extrajudiciales”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch, Wolters Kluwer España, S.A., 2017, p. 216).

³ RDGRN 27 febrero 2012, *BOE* 29 marzo 2012 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-4359).

⁴ RDGSJYFP 19 marzo 2024, *BOE* 11 abril 2024 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-7182).

⁵ Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, *DOUE* L 324, de 10 de diciembre de 2007, p. 79 a 120, hoy derogado y reemplazado por el Reglamento (UE) 2020/1784 (vid. nota *infra*).

⁶ Actualmente artículo 21 del Reglamento (UE) 2020/1784.

⁷ Vid. fundamento de Derecho 4 de la Resolución DGRN de 27 de febrero de 2012.

⁸ Vid. fundamento de Derecho 5 de la Resolución DGRN de 27 de febrero de 2012.

⁹ Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida), *DO* L 405, de 2 de diciembre de 2020, p. 40 a 78, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1784/oj>, en adelante, Reglamento de notificaciones

3. Del mismo modo, la Resolución de 19 de marzo de 2024 pone de manifiesto que la “[...] normativa notarial se limita a regular las notificaciones nacionales o internas. Por ello, en cuanto a la notificación o traslado de documentos a personas con dirección en otro Estado, en el ámbito civil y mercantil, que constituye cooperación jurídica internacional, habrá de aplicarse la normativa específica [...]”, haciendo referencia a continuación al Reglamento de notificaciones, al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial¹⁰ y a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC)¹¹, sin perjuicio de otros convenios multilaterales¹². En el caso en cuestión, la Resolución indica que el Reglamento de notificaciones es la norma aplicable al tenerse que practicar la notificación en Francia, Estado miembro de la Unión

4. Precisamente, en este ámbito de la Unión Europea, que es el que nos ocupa, el Reglamento de notificaciones vigente, que se inspira, como sus predecesores, en el citado Convenio de La Haya de 1965, contempla distintas modalidades para la notificación y traslado de documentos, a que se hará referencia en más detalle posteriormente.

5. El Reglamento de notificaciones no establece, como tampoco lo hace el Convenio de La Haya, una prelación o jerarquía entre dichos tipos o modalidades de notificación o traslado, por lo que, en principio, cabría pensar que la elección del mecanismo de notificación es irrelevante a los efectos de su práctica y, que, en consecuencia, el notario de España requerido para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales en otro Estado miembro de la Unión puede optar por cualquiera de ellos.

6. No obstante, el artículo 3.1 del Reglamento de notificaciones prevé la *designación* por los Estados miembros de los funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes (“organismos transmisores”) para notificar o trasladar los documentos judiciales o extrajudiciales en otro Estado miembro. Aunque se puede plantear la duda sobre si es preciso o no *comunicar* a la Comisión cuáles son las autoridades competentes para la notificación o traslado de documentos a sus destinatarios¹³, el requisito de la *designación* de tales organismos transmisores resulta fundamental. Así se puso de relieve en las conclusiones del Abogado General (AG) M. Bobek en el asunto C-307/19, *Obala i lučice*¹⁴, a que se hará referencia más adelante, o la RDGSJYFP de 19 de marzo de 2024, que ha indicado que los organismos transmisores y receptores comunicados a la Comisión Europea por los Estados miembros “[...] serán los únicos autorizados para la transmisión y recepción de notificaciones y traslado de documentos”, recordando, a continuación, respecto de España, que “[s]egún dicha designación, sólo los letrados de la Administración de Justicia de cada tribunal, podrán trasladar documentos extrajudiciales, aun sin litigio, y por vía judicial [...]”¹⁵.

7. A la vista de ello, cabe preguntarse si la falta de designación y, en su caso, comunicación a la Comisión Europea de la condición del notario del Reino de España como organismo transmisor le impide practicar la notificación o traslado en la UE de documentos extrajudiciales por alguno o todos los medios contemplados en el Reglamento de notificaciones, debiendo recurrir el notario necesariamente a los organismos transmisores designados y comunicados por España a la Comisión para su práctica¹⁶, o si, a

¹⁰ *Vid.* Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial HCCH | #14 - Texto completo

¹¹ *BOE* 31 julio 2015, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con>

¹² *Vid.* fundamento de Derecho 3 de la Resolución DGSJYFP de 19 de marzo de 2024.

¹³ Los artículos 3(4)(a) y 33(1) del Reglamento de notificaciones únicamente hacen referencia a los nombres y direcciones de los organismos receptores previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 3, no de los organismos transmisores.

¹⁴ Presentadas el 26 de noviembre de 2020 - ECLI:EU:C:2020:971.

¹⁵ *Vid.* fundamento de Derecho 4 de dicha Resolución.

¹⁶ En la última actualización del Portal Europeo de e-Justicia de fecha 8 de julio de 2024 respecto de la información enviada por España, aparecen comunicados como organismos transmisores únicamente los Letrados de la Administración de Justicia, tanto respecto de los documentos judiciales como extrajudiciales (*vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SPAIN&member=1).

pesar de la falta de dicha designación, el notario puede hacer la notificación, por ejemplo, directamente mediante servicios postales en la forma prevenida en el artículo 18 del Reglamento de notificaciones, si no en todo caso, al menos a los efectos de las actas del artículo 201 del Reglamento Notarial¹⁷.

8. Asimismo, cabe plantearse si el notario, a pesar de la ausencia de prelación o jerarquía entre las modalidades de notificación o traslado contempladas en el Reglamento de notificaciones, debe valorar, a la hora de elegir entre ellas, los efectos que la notificación o el traslado haya de producir en el procedimiento o expediente en curso en el Estado del foro (en este caso, España), así como su posible impacto en relación con, entre otros, el derecho de defensa y tutela judicial efectiva del destinatario de la notificación, teniendo en cuenta, en tal sentido, la distinción entre las actas de remisión por correo y las actas de notificación y requerimiento de los del artículo 201 y los artículos 202 y siguientes, respectivamente, del Reglamento Notarial, puesta de relieve por la RDGRN de 27 de febrero de 2012.

II. Normativa aplicable: fuentes

9. Con carácter general, la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil se rige en España por: a) las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) las normas especiales del Derecho interno; y c) subsidiariamente, por la referida ley de cooperación jurídica internacional¹⁸.

10. El Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 resulta de aplicación a las notificaciones o traslados de documentos que deban practicarse en otro Estado que sea parte del mismo y que, a su vez, no sea Estado miembro de la Unión, incluida Dinamarca¹⁹, sin perjuicio de otros convenios bilaterales o multilaterales pertinentes, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975²⁰, o el Convenio de Londres de 1929 relativo a la mutua asistencia en los procedimientos civiles y comerciales²¹.

11. En el ámbito específico de la Unión, la notificación o traslado transfronterizo de documentos extrajudiciales, además de los judiciales, viene regulada por el referido Reglamento de notificaciones, modificado por el Reglamento (UE) 2023/2844 sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial (en adelante *Reglamento de digitalización de la cooperación judicial*)²², y corregido mediante publicaciones en el Diario Oficial de

¹⁷ Vid. la versión vigente del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, *BOE* 7 julio 1944, ELI: [https://www.boe.es/eli/es/d/1944/06/02/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1944/06/02/(1)/con)

¹⁸ Vid. artículo 2 de la LCJIC.

¹⁹ Como pone de relieve el considerando 48 del Reglamento de notificaciones, “[d]e conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación.” No obstante, el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, *DO L 19 de 21.1.2021, p. 1–1*, ELI: <http://data.europa.eu/eli/agree/2021/121/oj>, señala que de conformidad con el artículo 3, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, celebrado mediante la Decisión 2006/326/CE del Consejo, de 27 de abril de 2006 (en lo sucesivo, «el Acuerdo»), cuando se adopten modificaciones del Reglamento relativo a la notificación y al traslado de documentos, Dinamarca notificará a la Comisión su decisión de aplicar o no el contenido de tales modificaciones. De acuerdo con ello, Dinamarca, mediante carta de 22 de diciembre de 2020, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) 2020/1784; notificación que, conforme al artículo 3, apartado 6, del Acuerdo, creará obligaciones recíprocas entre Dinamarca y la Comunidad. Así pues, el Reglamento de notificaciones constituye una modificación del Acuerdo y, como tal, se considera un anexo del mismo.

²⁰ Vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-36.html>.

²¹ Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1930-4205>.

²² Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se

fechas 2 de diciembre de 2020²³ y 2 de febrero de 2024²⁴. Por tanto, para las notificaciones o traslados de documentos en la esfera de la Unión, la norma clave es el referido Reglamento de notificaciones, en su versión actualmente vigente, junto con el correspondiente Reglamento de ejecución (UE) 2022/423 respecto del sistema informático descentralizado²⁵. El Reglamento de notificaciones prevalece sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros que tengan el mismo ámbito territorial y material de aplicación en las relaciones entre los Estados miembros que sean parte de los mismos (en particular el Convenio de La Haya de 1965), si bien el Reglamento de notificación no excluye la celebración o mantenimiento por los Estados miembros de convenios o acuerdos dirigidos a acelerar o simplificar la transmisión de los documentos, en tanto en cuanto tales acuerdos o convenios sean compatibles con el mismo Reglamento²⁶.

12. El Reglamento de notificaciones, como todos los Reglamentos de la Unión, es *obligatorio* en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro²⁷ y, como ha precisado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los medios de notificación o traslado de documentos previstos en el mismo tienen *carácter exhaustivo*²⁸, de modo que únicamente se podrá optar entre las referidas modalidades cuando nos hallemos en su ámbito de aplicación territorial, competencial y material²⁹. Ello debe destacarse frente a quienes plantean la duda acerca de la obligatoriedad del Reglamento de notificaciones y si cabe aplicar otras normas o recurrir a medios alternativos de notificación o traslado de documentos respecto de los previstos en el Reglamento de notificación³⁰.

modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, DO L, 2023/2844, 27.12.2023, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2023/2844/oj>.

²³ Corrección de errores del Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (Diario Oficial de la Unión Europea L 405 de 2 de diciembre de 2020), DO L 188 de 27 de julio de 2023, p. 61–61, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1784/corrigendum/2023-07-27/oj>.

²⁴ Corrección de errores del Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (DOUE L 405 de 2 de diciembre de 2020), DO L 2024/90073 de 2 de febrero de 2024, p. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1784/corrigendum/2024-02-02/oj>.

²⁵ Reglamento de ejecución (UE) 2022/423 de la Comisión de 14 de marzo de 2022 por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 87/9, 15/03/2022, p. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg_impl/2022/423/oj, modificado por el Reglamento de ejecución (UE) 2024/1570 de la Comisión de 4 de junio de 2024 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L, 5.6.2024, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg_impl/2024/1570/oj. Dichos instrumentos son relevantes en lo que respecta a la utilización del sistema e-CODEX para los medios electrónicos de notificación o traslado previstos en los artículos 5, 8 y 10, que se aplicarán a partir del 1 de mayo de 2025, de acuerdo con el artículo 37.2 del Reglamento de notificaciones

²⁶ *Vid.* considerando 40 y artículo 29 del Reglamento de notificaciones

²⁷ *Vid.* artículo 37.2 *in fine*, del Reglamento de notificaciones y artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁸ *Vid.* STJUE 19 de diciembre de 2012, *Krystina Alder, Ewald Alder v. Sabina Orlowska, Czeslaw Orlowski*, C-325/11, ECLI:EU:C:2012:824, 2012, apartado 32.

²⁹ El artículo 1 del Reglamento de notificaciones, sobre el ámbito de aplicación, dispone que “1. El presente Reglamento se aplica a la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. No se aplica, en particular, en materia fiscal, aduanera o administrativa, o a la responsabilidad de un Estado miembro por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).

2. Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento no se aplica cuando la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocida

3. El presente Reglamento no se aplica a la notificación o el traslado de un documento en el Estado miembro del foro a un representante autorizado por la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento, independientemente del lugar de residencia de dicha persona.”

³⁰ I. ESPÍNEIRA SOTO considera factible la posibilidad de recurrir a otros mecanismos para la notificación y traslado de documentos extrajudiciales, como el exhorto notarial entre notarios de corte latino, porque el artículo 21 del Reglamento de notificaciones usa la locución “podrán”, cuestionando la imperatividad de las formas de notificación del Reglamento para la transmisión de documentos extrajudiciales, y planteando la admisibilidad de otras vías extrajudiciales recogidas en el Derecho nacional del Estado miembro notificante (*vid.* I. ESPÍNEIRA SOTO, “Notificaciones notariales internacionales de documentos

13. No obstante la naturaleza vinculante del Reglamento de notificaciones y el carácter exhaustivo del elenco de medios de notificación o traslado previstos en el mismo, es preciso tener en consideración, según los términos empleados por el artículo 2 de la LCJIC, las normas especiales del Derecho interno y la referida LCJIC, como normativa subsidiaria³¹. En concreto, la Disposición Adicional 1ª de la LCJIC hace referencia expresa a normas que tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil de Derecho interno³², e incluye, entre otras, la ya mencionada Ley de la Jurisdicción Voluntaria³³. El listado comprendido en la Disposición Adicional 1ª de la LCJIC es abierto, por lo que otras normas no recogidas expresamente en ella serían asimismo objeto de consideración, a tal efecto, como el artículo 35 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, redactado por la Disposición Adicional de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad³⁴, que dispone que “[s]alvo que otra cosa dispongan los Convenios Internacionales, las Comisiones rogatorias extrajudiciales, de carácter civil o mercantil, que tengan por objeto la notificación o entrega de documentos, podrán practicarse notarialmente en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Este precepto no ha sido objeto de desarrollo y hay que interpretarlo a la luz de lo anteriormente indicado, esto es, en el caso, el Reglamento de notificaciones

14. Asimismo, la normativa especial interna en materia de notificación o traslado de documentos, en particular los artículos 201 y siguientes del Reglamento Notarial, aunque no se trate de normas especiales de cooperación jurídica internacional, deberán ser tenidas en cuenta, dado que los efectos de la notificación o traslado son relevantes, fundamentalmente, respecto de los procedimientos o expedientes que se estén tramitando en España, como Estado transmisor o del foro, que es donde se originan y donde se requiere al notario, en este caso, para su práctica. Ello puede ser decisivo a la hora de optar por uno u otro medio de notificación o traslado como el más adecuado para el expediente en cuestión de entre los prevenidos en el Reglamento de notificaciones que, por otra parte, no impide que se pueda utilizar más de uno de ellos con carácter simultáneo o sucesivo, acumulativamente³⁵.

extrajudiciales”, *Notarios y Registradores*, 9 de julio de 2024, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/notificaciones-notariales-internacionales-de-documentos-extrajudiciales>). No obstante, dada la naturaleza imperativa del Reglamento de notificaciones y el carácter exhaustivo y excluyente de los medios de notificación previstos en el mismo, conforme a lo indicado por la jurisprudencia del TJUE, cabe entender, más bien, que el uso de la fórmula “podrán” en el artículo 21 se refiere a la facultad de elegir entre las distintas modalidades de notificación de los documentos judiciales previstas en el Reglamento de notificaciones para la notificación y traslado de los documentos extrajudiciales. Asimismo, cabe recordar que “podrá” es la fórmula igualmente empleada en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 del Reglamento de notificaciones

³¹ E. GARCÍA PARRA señala que la LCJIC, pese a su carácter subsidiario, está llamada a convertirse en elemento integrador e interpretativo de las lagunas o dudas derivadas de otras normas, inclusive de orden interno (*vid.* E. GARCÍA PARRA, “Capítulo III. De los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. Artículo 28. Documentos extrajudiciales”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, *op. cit.*, p. 204.

³² De acuerdo con la Disposición adicional 1ª de la LCJIC, sobre normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, “[a] los efectos de lo previsto en el artículo 2 de esta ley, tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes:

- a) Los artículos 199 a 230 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- b) Los artículos 25 a 31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- c) Los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- d) El artículo 67, apartado 1, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- e) El artículo 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- f) Las normas de la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.”

³³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE* 3 julio 2015, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>.

³⁴ *BOE* 18 de diciembre de 1990, <https://www.boe.es/eli/es/l/1990/12/17/18>.

³⁵ *Id.* STJUE 9 de febrero de 2006, *Plumex y Young Sports NV*, C473/04, EU:C:2006:96, 2006, apartados 21, 22 y 31, y STJUE 11 de noviembre de 2015, *Tecom Micam SL y José Arias Domínguez*, C-223/14, ECLI:EU:C:2015:744, 2015, apartado 59.

III. El documento extrajudicial como objeto de notificación o traslado

15. Antes de pasar a analizar las cuestiones relativas a la elección de los distintos medios de notificación o traslado de documentos, así como a la determinación de las autoridades competentes para actuar como organismos transmisores, su designación y respetiva comunicación a la Comisión Europea, cabe recordar sucintamente qué se entiende por documento extrajudicial a los efectos del Reglamento de notificación es, ya que su notificación o traslado es precisamente el objeto del presente estudio por oposición a la notificación o traslado de los documentos judiciales

16. El TJUE ha puesto de relieve que el concepto de documento extrajudicial a que se refiere el Reglamento de notificaciones no es una noción limitada al documento público notarial o a otras modalidades de documento extrajudicial que emane de autoridades o funcionarios ministeriales de un Estado contratante, a diferencia de lo que ocurre en el Convenio de La Haya de 1965³⁶. Y tampoco se limita a documentos extrajudiciales relevantes estrictamente en el ámbito de un procedimiento judicial, siendo admisible la notificación o traslado de aquéllos conforme al Reglamento *sin que sea necesario que la notificación haya de sustanciarse en el ámbito de un procedimiento judicial* o en conexión con un procedimiento judicial³⁷. Así, de acuerdo con el considerando 8 del Reglamento de notificaciones, que viene a recoger la jurisprudencia del TJUE al respecto³⁸, a los efectos de dicho Reglamento, por “documentos extrajudiciales” se entiende “los documentos que han sido elaborados o certificados por una autoridad pública o funcionario, y otros documentos cuya transmisión formal a un destinatario que resida en otro Estado miembro sea necesaria a efectos de ejercer, probar o preservar un derecho o una acción civil o mercantil”, quedando excluidos de dicho concepto, no obstante, los documentos expedidos por las autoridades administrativas a efectos de procedimientos de dicha naturaleza³⁹.

17. Por lo tanto, la noción autónoma europea de documento extrajudicial comprende tanto los documentos públicos extrajudiciales, incluidos los instrumentos públicos notariales, como cualquier otro documento extrajudicial - incluidos los documentos privados - que sean relevantes para el ejercicio, prueba o conservación de algún derecho o acción civil o mercantil por parte de la persona interesada en la notificación. Quedarían, no obstante, excluidos de dicho concepto, además de los documentos administrativos, los que se han calificado por algún sector doctrinal como documentos “privados-privados”, que son aquellos simples documentos privados cuya transmisión formal no sea necesaria a efectos de ejercer, probar o preservar un derecho o una acción civil o mercantil⁴⁰. Por ello, a pesar de las excepciones mencionadas, el concepto de documento extrajudicial en el sentido previsto en el artículo 21 del Reglamento de notificaciones es muy amplio, y podrá ser objeto de notificación o traslado en el ámbito de la Unión conforme a las modalidades previstas en el mismo.

IV. Posibles medios de notificación o traslado

18. El Reglamento de notificaciones incluye como medios de notificación o traslado de documentos judiciales, que son asimismo aplicables a los documentos extrajudiciales, según resulta del artículo 21

³⁶ Vid. Artículo 17 del Convenio de La Haya de 1965, según el cual “[l]os documentos extrajudiciales que emanen de autoridades o funcionarios ministeriales de un Estado contratante podrán ser remitidos a efectos de notificación o traslado en otro Estado contratante según las modalidades y condiciones previstas por el presente Convenio.”

³⁷ Vid. STJUE 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort SL*, C-14/08, ECLI:EU:C:2009:395, 2009, apartados 56 y 61, en que el TJUE entendió que la notificación o el traslado de un acta notarial al margen de un procedimiento judicial están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento.

³⁸ Vid., en particular, STJUE 11 de noviembre de 2015, *Tecom Micam SL y José Arias Domínguez*, c-223/14, ECLI:EU:C:2015:744. 2015, apartado 44.

³⁹ Vid. Artículo 1 del Reglamento de notificaciones

⁴⁰ Vid. J. SUQUET CAPDEVILA, “Parkings, Notarios y Derecho internacional privado. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2021, asunto C-307/19”, *La Ley: Unión Europea*, n° 94, julio 2021, p. 7.

del Reglamento⁴¹, en primer lugar, el que se podría calificar como “principal” u “ordinario”, regulado en la Sección 1 del Capítulo II (artículos 8 al 15), esto es, la transmisión y notificación o traslado mediante los organismos transmisores y receptores; y, en segundo lugar, los “otros medios” de transmisión, notificación o traslado recogidos en la Sección 2 del Capítulo II, es decir, la transmisión por vía diplomática o consular (artículo 16); la notificación o traslado de documentos por medio de agentes diplomáticos o funcionarios consulares (artículo 17); la notificación o traslado por servicios postales (artículo 18); la notificación y traslado electrónicos (artículo 19); la notificación y traslado electrónicos mediante el punto de acceso electrónico europeo (artículo 19bis); y la notificación o traslado directos (artículo 20).

19. El referirse aquí a la transmisión y notificación o traslado mediante los organismos transmisores y receptores como medio “principal” u “ordinario” frente a los “otros medios” de transmisión, notificación o traslado, no debe llevar al equívoco de entender que existe una jerarquía entre los mismos, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad. El Reglamento de notificaciones, al igual que el Convenio de La Haya de 1965, no establece una prelación o jerarquía entre los referidos tipos o modalidades de notificación⁴². A pesar de lo sostenido por parte de la doctrina que estima que el vigente Reglamento de notificaciones, más aún si cabe desde su modificación por el Reglamento de digitalización de la cooperación judicial, establece una jerarquía entre los medios de notificación dando actualmente prioridad a los medios electrónicos⁴³, o de la propia Resolución DGSJYFP de 19 de mayo de 2024, que califica como residual la notificación o traslado por servicios postales a causa de dicha reforma del Reglamento de notificaciones, es preciso recordar que dicha preferencia se da únicamente respecto de la forma en que la modalidad “principal” u “ordinaria” de notificación o traslado debe llevarse a cabo entre los organismos transmisores y receptores, pero no respecto de los tipos o modalidades de notificación o traslado propiamente dichos. Así, cuando la notificación o traslado de documentos se haga mediante el sistema “principal” u “ordinario”, la transmisión o traslado de los documentos entre los organismos transmisores y receptores deberá efectuarse, *por norma*, mediante un sistema informático descentralizado⁴⁴, lo cual no significa que haya de optarse por esta modalidad “principal” u “ordinaria” de notificación o traslado⁴⁵. Por su parte, las específicas modalidades electrónicas previstas

⁴¹ El artículo 21 es el único artículo del Capítulo III del Reglamento de notificaciones, que tiene por objeto los “Documentos extrajudiciales”.

⁴² Vid. STJUE 9 de febrero de 2006, *Plumex y Young Sports NV*, C473/04, EU:C:2006:96, 2006, apartados 19-22. Vid. también, por ejemplo, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Lección: la notificación internacional”, *Almacén de Derecho*, 21 de febrero de 2018, <https://almacendederecho.org/leccion-la-notificacion-internacional>).

⁴³ Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 2023, pfo. 16, p. 746. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8077>, que sostiene que se establece un orden jerárquico de aplicación entre el sistema informático descentralizado y los “otros medios de notificación” previstos en el Reglamento, de modo opuesto a lo sostenido hasta ahora por el TJUE en la sentencia dictada en el asunto *Plumex* (c-473/04); y *vid.*, en la misma línea, N. MARCHAL ESCALONA, “La digitalización de la notificación en el espacio judicial europeo”, en M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y S. CALAZA LÓPEZ (Dir.) y J. C. MUINELO COBO (Coord.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor (Navarra, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2022, p. 394).

⁴⁴ Así resulta de los considerandos 10 y 15 y del artículo 5, relativo a los “[m]edios de comunicación que deben utilizar los organismos transmisores, los organismos receptores y los órganos centrales”, del Reglamento de notificaciones.

⁴⁵ En este sentido, M. REQUEJO ISIDRO menciona cómo en el vigente Reglamento de notificaciones la idea fundamental en las transmisiones directas entre organismos designados por los Estados miembros se ha mantenido, habiéndose actuado en el ámbito de los “medios de uso”, de modo que, por norma, todas las comunicaciones, intercambios o transmisiones de documentos entre los organismos y autoridades designadas por los Estados miembros serán llevadas a efecto a través de un sistema tecnológico seguro y descentralizado (*vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Article 3 – Transmitting and Receiving Agencies” y “Article 5 – Means of Communication to Be Used by Transmitting Agencies, Receiving Agencies and Central Bodies”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2023, 3.05, 5.01 y 5.06, pp. 65-66, 72-73). También, en esta línea, M. AGUILERA MORALES sostiene que el carácter preferente que el Reglamento de notificaciones imprime al sistema informático descentralizado no significa que estos “otros medios” pasen a ostentar la condición de subsidiarios, pues aun cuando el sistema informático descentralizado se regula en sede de disposiciones generales, su carácter obligatorio y preferente resulta ligado a la transmisión de documentos entre organismos transmisores y organismos receptores o entre estos organismos y/o los órganos centrales (*vid.* M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, en M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y S. CALAZA LÓPEZ (Dir.) y J. C. MUINELO COBO (Coord.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor (Navarra, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2022, pp. 71-72).

en los artículos 19, esto es, de notificación y traslado electrónicos, y 19 bis, de notificación y traslado electrónicos mediante el punto de acceso electrónico europeo, sólo podrán emplearse cuando concurren los requisitos previstos en dichos preceptos, que exigen, entre otros, el acuerdo previo entre las partes interesadas para que puedan ser utilizados como mecanismo de notificación o traslado de documentos⁴⁶. Por lo tanto, la reforma del Reglamento de notificaciones para introducir la digitalización en este ámbito no ha alterado la libertad de elección del mecanismo de notificación o traslado estableciendo una jerarquía antes inexistente, sino que se puede optar, a los efectos del Reglamento de notificaciones, por cualesquiera de dichas modalidades, siempre que concurren los requisitos exigidos para hacer uso del mecanismo correspondiente.

20. No obstante dicha ausencia de jerarquía entre los medios de notificación o traslado, la necesaria concurrencia de ciertos requisitos para el uso de algunos de ellos, así como la naturaleza y efectos de la notificación o traslado en cada caso hacen que no todos puedan ser considerados adecuados en el ámbito que nos ocupa, es decir, la notificación o traslado de documentos extrajudiciales por el notario requerido en España a destinatario que tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea.

21. En primer lugar, este sería el caso de la *transmisión por vía diplomática o consular* del artículo 16 del Reglamento de notificaciones, dado que, como este mismo precepto indica, se trata de un mecanismo que podrá utilizarse “en circunstancias excepcionales” por cada Estado miembro para transmitir documentos judiciales con fines de notificación o traslado a los organismos receptores o a los órganos centrales de otro Estado miembro.

22. Asimismo, tampoco parecería la opción más idónea para el notario la notificación o traslado de documentos *por medio de agentes diplomáticos o funcionarios consulares* previsto en el artículo 17, que permite a cada Estado miembro realizar directamente la notificación o traslado a las personas que residan en otro Estado miembro, salvo oposición del Estado miembro receptor a dicho mecanismo de notificación y traslado, a menos que los documentos vayan a notificarse o trasladarse a nacionales del Estado miembro de origen⁴⁷.

23. Igualmente, la *notificación y traslado electrónicos* del artículo 19 plantea limitaciones, dado que, como se ha puesto ya de relieve, dicho precepto exige como condición que el destinatario haya prestado previamente consentimiento expreso a la utilización de medios electrónicos con tal objeto en el transcurso de procedimientos judiciales. Alternativamente, requeriría que el destinatario hubiera prestado previamente consentimiento expreso al órgano o autoridad jurisdiccional que conozca del asunto o la parte encargada de trasladar o notificar documentos en ese asunto para que se valga de correos electrónicos enviados a una dirección de correo electrónico específica a efectos de notificación y traslado de documentos en el transcurso de dicho procedimiento y el destinatario confirme la recepción del documento con un acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción. Además, esta modalidad exigiría que los documentos se envíen y reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014⁴⁸.

⁴⁶ Vid. igualmente en tal sentido el considerando 32 del Reglamento de notificaciones

⁴⁷ Concretamente, España se opone a notificaciones en su territorio provenientes de otros Estados miembros y realizadas a través de los servicios consulares o diplomáticos salvo que se efectúen a un nacional de este último Estado (Estado miembro de origen). Vid. https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SPAIN&member=1. En este mismo sentido, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Rumania, según resulta asimismo de la información publicada en el Portal Europeo de e-Justicia. Permiten, sin embargo, el uso de esta modalidad Austria, Chequia, Finlandia, Irlanda y Países Bajos. Dinamarca, Lituania y Suecia han comunicado que dicho precepto no es de aplicación.

⁴⁸ Vid., en lo atinente a la adaptación del Notariado español en materia de digitalización, certificación y firma electrónica, los artículos 105 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE 31 diciembre 2001, <https://www.boe.es/eli/es/l/2001/12/27/24/con>, o el artículo 34 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica

24. La *notificación y traslado electrónicos mediante el punto de acceso electrónico europeo* previsto en el artículo 19bis⁴⁹ contempla, por su parte, la posibilidad de notificar o trasladar documentos judiciales directamente a las personas con dirección conocida en otro Estado miembro, siempre que el destinatario haya prestado previamente su consentimiento expreso al uso de ese medio electrónico a efectos de notificación y traslado de documentos en el transcurso del procedimiento judicial de que se trate, lo que en la práctica puede limitar igualmente el uso de este mecanismo en el ámbito notarial.

25. Y tampoco parece que, en términos generales, la *notificación o traslado directos* previstos en el artículo 20, sea la modalidad más adecuada al caso. Este precepto otorga dicha facultad de notificación o traslado a “cualquier persona interesada en un determinado proceso judicial”⁵⁰ para efectuarla directamente, sin intervención de autoridad del Estado de origen, por medio de los agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado miembro (receptor) en que la notificación o traslado haya de practicarse, siempre que tales notificaciones o traslados directos estén permitidos conforme al Derecho de ese Estado miembro. Los Estados miembros que permitan la notificación o traslado directos en su territorio, como Estados receptores, tienen que proporcionar a la Comisión información sobre las profesiones o personas competentes autorizadas en dicho Estado para efectuar la notificación o el traslado directo de documentos en su territorio, información que deberá estar disponible a través del Portal Europeo de e-Justicia⁵¹. Se podría discutir si el notario español, mientras no sea designado organismo transmisor, puede hacer la notificación directa al organismo receptor del Estado de destino en el que se admita la modalidad prevista en el artículo 20, como una especie de exhorto remitido directamente por el notario a uno de los organismos receptores designados por el Estado de destino. Parte de la doctrina ha sugerido la posibilidad de usar el exhorto notarial de modo semejante al practicado en derecho interno, pero dirigido a notario de Estado miembro de la UE donde exista un sistema notarial de tipo latino⁵². Sin embargo, notariados de tipo latino no tienen necesariamente la misma competencia para practicar notificaciones y traslados de documentos que tiene el notario en España, y en el marco del Reglamento

la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, *BOE* 9 mayo 2023, <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/05/08/11>.

⁴⁹ Creado en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1 del Reglamento de digitalización de la cooperación judicial, esto es el Reglamento (UE) 2023/2844. De acuerdo con el art. 37.3 del Reglamento de notificaciones, modificado por dicho Reglamento, el artículo 19 bis se aplicará a partir del primer día del mes siguiente al período de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de los actos de ejecución a que se refiere el artículo 10, apartado 3, letra a), del Reglamento (UE) 2023/2844. Estos actos de ejecución se adoptarán a más tardar el 17 de enero de 2026.

⁵⁰ P. FRANZINA señala que se trataría de las partes procesales en el Estado miembro del foro o cualesquiera otras personas y entidades interesadas en el procedimiento y, en el caso de documentos extrajudiciales, las personas interesadas en su notificación como requisito necesario para el ejercicio de un derecho o el disfrute de un beneficio legal (*vid.* P. FRANZINA, “Article 20 – Direct Service”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary, op. cit.*, 20.20-20.23, p. 195).

⁵¹ De acuerdo con la información publicada en el Portal Europeo de e-Justicia (*vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast), lo admiten en Alemania, donde los documentos judiciales pueden notificarse o trasladarse directamente siempre que el Derecho procesal civil alemán lo permita expresamente a través de un agente judicial; en Bélgica, a través del agente judicial que tenga competencia territorial en el lugar de residencia de la persona destinataria; en Croacia, por correo o a través de un funcionario o agente judicial autorizado, un organismo administrativo competente, un notario o directamente por parte del órgano jurisdiccional; o alternativamente, por correo electrónico con arreglo al Código; y a instancia de la parte que se declare dispuesta a sufragar los gastos que se generen, el órgano jurisdiccional puede ordenar que la notificación o el traslado de un documento se confíe a un notario, sin que pueda interponerse recurso alguno contra esta decisión; en Finlandia, que señala a los agentes judiciales de los tribunales de primera instancia como autoridades competentes a este respecto; en Francia, por medio de los agentes judiciales y las secretarías judiciales, siempre que esta competencia les sea expresamente atribuida por el Derecho interno; en Grecia, por medio de agentes judiciales; en Hungría, a través de los agentes judiciales; en Chipre, por medio de agentes privados (*private bailiffs - idiotes epidotes*); en Irlanda, mediante los *solicitors* y los notificadores (*summon servers*); en Luxemburgo, donde los agentes judiciales son los encargados del traslado de documentos; en Italia, que ha comunicado a los funcionarios públicos como autoridades competentes; en Malta, por medio de la Abogacía del Estado junto con la Agencia de Servicios Judiciales (*Court Services Agency / Aġenzija dwar is-Servizzi tal-Qrati*); en Rumania, donde a petición de la parte interesada y a sus expensas, los documentos procesales y, en determinadas circunstancias, los documentos extrajudiciales podrán notificarse directamente por medio de los agentes judiciales; en los Países Bajos, a través del oficial de justicia (*huissier de Justice*); y en Suecia, por medio de las autoridades policiales o el prestador de servicios autorizado.

⁵² *Vid.* I. ESPINEIRA SOTO, “Notificaciones notariales internacionales de documentos extrajudiciales”, *op. cit.*

de notificaciones sólo sería eficaz la notificación o traslado directo a organismo receptor designado y comunicado por el Estado miembro de destino, y no a cualesquiera otros funcionarios, incluido el notario, si no se halla designado como organismo receptor por el Estado miembro de recepción o destino⁵³.

26. Precisamente, son muchos los Estados miembros (como Estados de recepción) que no permiten el uso de esta modalidad en su territorio, como es el caso de España⁵⁴. Además, el tenor literal del artículo 20 es claro en cuanto a quién puede instar o iniciar esa notificación directa, máxime si atendemos a la interpretación histórica del precepto, por lo que cabría entender que la modalidad de notificación o traslado directos prevista en el artículo 20 quedaría limitada a las partes y a las personas interesadas en el procedimiento judicial, y no se extendería, por tanto, a los organismos o autoridades transmisores propiamente dichos⁵⁵. En caso contrario, si la notificación o traslado directo se practicara por los organismos transmisores, éstos estarían actuando ya en el ámbito de la modalidad “principal” u “ordinaria” de los artículos 8 al 15 del Reglamento, y no en el ámbito del artículo 20 de dicho Reglamento⁵⁶.

27. Si, en virtud de los argumentos referidos, se descartan para su uso práctico en la esfera notarial, en general, los medios de notificación y traslado previstos en los artículos 16, 17, 19, 19bis y 20 del Reglamento de notificaciones, la posibilidad de elección por el notario requerido para notificar o dar traslado de documentos extrajudiciales quedaría, *a priori*, reducida a la notificación o traslado mediante el sistema “principal” u “ordinario”, esto es, a través de los organismos transmisores y receptores conforme al procedimiento previsto en los artículos 8 a 15 del Reglamento, y mediante la modalidad de notificación o traslado por servicios postales, de acuerdo con lo indicado en el artículo 18 del Reglamento, leído conjuntamente con el artículo 21, a que se hará referencia después.

28. La elección por el notario entre estas dos modalidades para dar curso a la notificación o traslado de documentos extrajudiciales a persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro de la Unión, no estaría condicionada por una jerarquía o preferencia entre las mismas, admitiéndose, igualmente, el recurso a distintos medios de notificación tanto con carácter simultáneo como sucesivo, acumulativamente, según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE⁵⁷. No obstante, se plantean posibles condicionamientos para la determinación del medio considerado más adecuado para la práctica de la notificación o traslado en la esfera notarial, tanto procedentes de la normativa europea, en relación a la necesidad de designación y, en su caso, comunicación de los organismos transmisores competentes

⁵³ Ya hemos señalado (*vid. supra* nota 51) que únicamente Croacia prevé para el caso del artículo 20 del Reglamento de notificaciones la notificación o traslado, entre otras posibilidades, por notario, lo que permitiría, al menos respecto de dicho Estado miembro, recibir una suerte de exhorto notarial.

⁵⁴ Un número importante de Estados miembros no admite esta notificación directa en sus respectivos territorios: Austria, Bulgaria, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, y Eslovaquia y Portugal indican que este precepto no es aplicable (*vid.*: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast). Concretamente, respecto de España, la comunicación a la Comisión europea dice que “[l]a notificación directa no es posible en España. Los procuradores no podrán realizar los actos de notificación, salvo habilitación expresa de los letrados de la administración de Justicia.” (*vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SPAIN&member=1). Sin embargo, no se entiende bien esta referencia o comunicación hecha por España, porque lógicamente, si no se admite la notificación directa en España como Estado receptor, no cabe hacer mención a ningún organismo receptor competente para dar curso a la notificación directa recibida en España desde el extranjero, a menos que se considere que dicha referencia lo es a los efectos de la notificación o traslado directos con origen en España, cuando dicha modalidad se admita en el Estado de destino o receptor. En todo caso, seguiría resultando confusa dicha referencia, porque el artículo 20 habla de “cualquier persona interesada en un determinado proceso judicial” como facultada para practicar la notificación o traslado directo, siempre que se admita en el Estado receptor.

⁵⁵ La Comisión propuso ampliar dicha opción a favor de los organismos transmisores eliminando la referencia a “cualquier persona interesada en un determinado proceso judicial”, pero dicho inciso se reintrodujo en el Consejo.

⁵⁶ Sin embargo, P. FRANZINA entiende que, puesto que la disponibilidad de la notificación directa en último término depende de la ley del Estado de destino, nada en el Reglamento parece impedir que un Estado miembro pueda permitir la notificación directa en su territorio cuando la solicitud de notificación directa sea solicitada por un tribunal u otra autoridad del Estado de origen. *Vid.*: P. FRANZINA, “Article 20 – Direct Service”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, *op. cit.*, 20.20-20.23, p. 195.

⁵⁷ *Vid.* STJUE 9 de febrero de 2006, *Plumex y Young Sports NV*, C473/04, EU:C:2006:96, 2006, apartados 21, 22 y 31, y STJUE 11 de noviembre de 2015, *Tecom Micam SL y José Arias Domínguez*, C-223/14, ECLI:EU:C:2015:744, 2015, apartado 59.

para la notificación y traslado de documentos, como del derecho interno, en relación a los efectos que la notificación o traslado haya de producir en el procedimiento o expediente de que se trate en España, como Estado remitidor o del foro.

V. ¿Es necesaria la designación del notario como organismo transmisor, así como su comunicación a la Comisión, para que pueda notificar o trasladar documentos extrajudiciales?: la notificación o traslado por servicios postales

29. Por lo que respecta, en primer lugar, a la cuestión relativa a la competencia del notario para la práctica de la notificación o traslado de documentos extrajudiciales en el marco del Reglamento de notificaciones, hay que partir de lo prevenido a tal efecto por el mismo

30. De conformidad con el artículo 3 del Reglamento, cada Estado miembro *designará* a los funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes para transmitir y recibir los documentos judiciales o extrajudiciales que deban ser notificados o trasladados en otro Estado miembro, denominados “organismos transmisores”, y a los competentes para recibir los que procedan de otro Estado miembro, esto es, “organismos receptores”, *pudiendo* designar organismos transmisores o receptores distintos, o designar uno o más organismos encargados de ambas funciones. Dichas designaciones tendrán un periodo de cinco años renovables por periodos de cinco años. Por tanto, el Reglamento prevé una gran flexibilidad en tal sentido. En su apartado cuarto, el artículo 3 dispone que cada Estado miembro facilitará a la Comisión información relativa a los organismos receptores, sin hacer referencia alguna, sorprendentemente, a la información correspondiente a los organismos transmisores. No obstante, parece lógico, como así han hecho los Estados miembros, comunicar también la información relativa a los organismos transmisores designados⁵⁸, sirviendo dicha comunicación, en el caso de España, también como designación, al no constar la misma en otro instrumento o disposición formal adoptada a tal efecto⁵⁹.

31. La Comisión debe publicar la información relativa a los organismos receptores que le haya sido comunicada por los medios adecuados, incluido el Portal Europeo de e-Justicia, según resulta del artículo 33 del Reglamento de notificaciones en su apartado 3, conforme la redacción dada al mismo tras la corrección de 2 de febrero de 2024, antes mencionada. No obstante, a pesar de hallarse limitada dicha obligación de la Comisión a publicar únicamente la información correspondiente a los organismos receptores, también ha publicado en el Portal Europeo de e-Justicia la información relativa a los organismos transmisores designados comunicada por los Estados miembros⁶⁰.

32. A estos efectos, la Resolución de la DGSJYFP de 19 de marzo de 2024, en su fundamento de Derecho 4 indica que España únicamente ha designado como organismos transmisores a los Letrados de la Administración de Justicia de cada tribunal para trasladar documentos extrajudiciales, aun sin litigio, y por vía judicial, concluyendo, en consecuencia, que “[...] la notificación notarial deberá ser trasladada a través del organismo transmisor designado por el Reino de España, es decir a través del letrado de la Administración de Justicia que corresponda al tribunal del domicilio del notario autorizante [...]”, señalando, asimismo, que “[...] deberá cumplir los restantes requisitos establecidos en el Reglamento y especialmente su traducción (artículos 9 y 12) [...]”.

33. Por tanto, a la vista de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de notificaciones y como igualmente resultaría de la RDGSJYFP de 19 de marzo de 2024, queda vedada la intervención del notario

⁵⁸ Así resulta de lo publicado en el Portal Europeo de e-Justicia (*vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast).

⁵⁹ *Vid.* E. GARCÍA PARRA, “Capítulo III. De los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. Artículo 28. Documentos extrajudiciales”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, op. cit.*, p. 219.

⁶⁰ *Vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast.

como organismo transmisor para notificar y dar traslado de los documentos extrajudiciales en otro Estado miembro de la Unión mediante su transmisión al organismo receptor competente en el Estado reclamado o de destino, conforme a la modalidad que se viene denominando como “principal” u “ordinaria”, regulada en los artículos 8 a 15 del Reglamento de notificaciones. En caso de querer optar por este medio de notificación o traslado, con todas las garantías que comporta, el notario habrá de recurrir necesariamente al Letrado de la Administración de Justicia competente territorialmente como organismo transmisor.

34. No obstante, cabe preguntarse si, como alternativa a la notificación o traslado mediante el organismo transmisor (el Letrado de la Administración de Justicia) y el organismo receptor del Estado de destino, el notario requerido para notificar puede practicar la notificación o traslado de documentos extrajudiciales, en particular, debido a lo señalado en la sección precedente, directamente mediante *servicios postales*, conforme al artículo 18 del Reglamento de notificaciones, siempre que éste sea considerado medio apto para ello conforme a los efectos que la notificación o traslado haya de producir en el España, como Estado del foro o remitir, según el derecho interno, a que se hará referencia más adelante.

35. El artículo 18 del Reglamento de notificaciones dispone que “[s]e podrá efectuar la notificación o traslado de documentos judiciales directamente por servicios postales a las personas presentes en otro Estado miembro mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente”. Dada la sencillez del mecanismo contemplado por dicho artículo 18, que, de su lectura conjunta con el artículo 21, sería también aplicable a la notificación o traslado de documentos extrajudiciales, parecería la opción que el notario elegiría no existiendo diferencia o jerarquía alguna entre las modalidades contempladas.

36. En tal sentido, no puede aceptarse la restricción respecto al uso de este medio de notificación por servicios postales a que se refiere el fundamento de Derecho 4 de la Resolución de la DGSJYFP de 19 de marzo de 2024, según el cual, aun permitido, su uso “[...] está en todo caso limitado a la actividad judicial - a documentos judiciales se refiere el artículo 18 - [...]”, añadiendo que “[...] [e]s, además, de carácter residual, máxime si se tiene en cuenta actualmente la acción de digitalización de la Justicia que representa el Reglamento (UE) 2023/2844 [...]”. En contra de lo indicado por el Centro Directivo en esta Resolución, como ya se ha indicado previamente, esta modalidad, como las demás, no estaría limitada a la actividad judicial ni a los documentos judiciales⁶¹, por cuanto los documentos extrajudiciales se pueden notificar o trasladar por los medios previstos en el Reglamento de notificaciones, *ex* artículo 21, y entre ellos se encuentra la modalidad de notificación o traslado por servicios postales del artículo 18. Asimismo, dicho medio de notificación o traslado tampoco tiene carácter residual por motivo de la digitalización de la Justicia a que se refiere la Resolución de la DGSJYFP pues, como ya se ha puesto de relieve, la aplicación por norma de medios electrónicos se establece al efecto de la transmisión de documentos entre los organismos transmisores y receptores en la modalidad referida como “principal” u “ordinaria”, y el recurso a los denominados medios electrónicos de notificación y traslado propiamente dichos, previstos en los artículos 19 y 19bis, solo podrá tener lugar cuando se cumplan los requisitos indicados en los mismos, particularmente en lo atinente al consentimiento previo otorgado por el destinatario de las notificaciones o traslados para su uso en los procedimientos pertinentes. Pudiéndose concluir, al menos en este aspecto, que los servicios postales del artículo 18 son perfectamente admisibles como medio de notificación o traslado de documentos extrajudiciales, sin perjuicio de los posibles condicionamientos de derecho interno relativos a los efectos que haya de producir la notificación o traslado en España, como Estado remitir o del foro, vista la diferencia, por ejemplo entre las actas de remisión por correo certificado y las actas de notificación y requerimiento, a que se hará referencia más adelante.

37. No siendo los servicios postales, por lo tanto, un medio de notificación o traslado ni limitado a los documentos judiciales, ni residual como consecuencia de la digitalización, la cuestión que se plantea es si el notario es competente para efectuar dicha notificación o traslado directamente por servicios

⁶¹ *Vid.* también STJUE 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort SL*, C-14/08, ECLI:EU:C:2009:395, 2009, apartados 56 y 61.

postales, mediante correo certificado con acuse de recibo o equivalente, a los efectos del Reglamento de notificaciones, aunque no haya sido designado como organismo transmisor por España, o si esa designación es necesaria para el uso de los servicios postales *ex* artículo 18 (así como, en su caso, de los “otros medios” que pudieran ser aplicables), debiendo el notario solicitar del Letrado de la Administración de Justicia que practique la notificación o traslado también por dicha modalidad.

38. Un primer argumento a favor de la innecesidad de practicar la notificación o traslado por servicios postales del artículo 18 a través del organismo transmisor designado por el Estado de origen sería el propio tenor del artículo 12.7 del Reglamento de notificaciones, que dispone que “[...] la autoridad o persona, cuando se efectúe [la notificación o traslado] con arreglo a los artículos 18, 19, 19bis o 20, informarán al destinatario de que puede negarse a aceptar la notificación o el traslado del documento” y que el formulario L del anexo I o la declaración escrita de negativa de aceptación deben enviarse a esa autoridad o persona, respectivamente. No obstante, cabe entender que la referencia a “persona” como remitente de la notificación se incluye en dicho precepto no a los efectos del artículo 18 en particular, sino de las otras modalidades no limitadas a las autoridades u organismos transmisores entre las indicadas en ese grupo, como es el caso del artículo 20, que se refiere expresamente a “[c]ualquier persona interesada en un determinado proceso judicial [...]”.

39. Asimismo, también podría argumentarse a favor de la facultad del notario para practicar la notificación o traslado directamente mediante servicios postales, a pesar de no haber sido designado como organismo transmisor, la falta de referencia en el artículo 33 del Reglamento de notificaciones al artículo 18 en el elenco de las obligaciones de comunicación de información a la Comisión que ésta ha de publicar en el Portal Europeo de e-Justicia. No obstante, este argumento no parece convincente puesto que, como hemos visto con anterioridad, ni el propio artículo 3 ni, por tanto, el artículo 33.1 del Reglamento de notificaciones, se refieren a la obligación de comunicar a la Comisión la información correspondiente a los organismos transmisores, sino sólo la referente a los organismos receptores⁶².

40. Por último, y como argumento principal, podría esgrimirse a favor de la competencia del notario para practicar dicha notificación y traslado directamente por servicios postales, a pesar de su falta de designación como organismo transmisor, la modificación del tenor del artículo 18 en la redacción dada al vigente Reglamento de notificaciones en comparación con el tenor del artículo 14 en la versión de 2007 del Reglamento, equivalente al actual artículo 18. Pues bien, el “antiguo” artículo 14 del Reglamento de notificaciones, disponía que “[c]ada Estado miembro tendrá la facultad de efectuar la notificación o el traslado de documentos judiciales directamente por servicios postales [...]”⁶³, mientras que el vigente artículo 18 ha suprimido esa referencia a “cada Estado miembro” y establece simplemente que “[s]e podrá efectuar la notificación o el traslado de documentos judiciales directamente por servicios postales [...]”. Dicha supresión podría implicar que no sólo las autoridades designadas como organismos transmisores sino cualquier persona podría hacer uso de la modalidad de notificación o traslado de documentos por servicios postales⁶⁴, y, por tanto, los notarios podrían hacer uso de dicha modalidad, aunque no hubieran sido designados como organismos transmisores.

⁶² Del mismo modo, tampoco el artículo 33 del Reglamento contiene previsión alguna sobre la comunicación a la Comisión en lo atinente a la notificación o traslado de los documentos extrajudiciales. Sin embargo, las comunicaciones hechas a la Comisión por algunos Estados miembros hacen referencia a tales documentos, concretamente en lo que respecta a los organismos transmisores competentes para la notificación o traslado de dichos documentos en otro Estado miembro. *Vid.* P. FRANZINA, “Article 21 – Transmission and Service of Extrajudicial Documents”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, *op. cit.*, 21.25, p. 203.

⁶³ De modo análogo al artículo 14(1) del derogado Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, *DO L* 160 de 30.6.2000, p. 37–52 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32007R1393>), que se expresaba en los mismos términos en cuanto a ese punto, si bien haciendo referencia a “correo” en lugar de a “servicios postales”.

⁶⁴ *Vid.* A. ANTHIMOS, “Postal Service from Greece to Germany – Recalling Henderson v Novo Banco”, *The EAPIL blog*, 14 February 2022, <https://eapil.org/2022/02/14/postal-service-from-greece-to-germany-recalling-henderson-v-novo-banco/>, y M. AGUILERA MORALES, “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades

41. Sin embargo, el considerando 29 del Reglamento de notificaciones vigente, que inspira la interpretación del articulado del Reglamento, señala expresamente que “[c]ada Estado miembro debe tener la facultad” de efectuar la notificación o el traslado de documentos por servicio postal a las personas que residan en otro Estado miembro directamente mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente, incluyendo así la referencia al Estado que se ha suprimido en el texto del artículo 18. Ello parece indicar que compete al Estado, a través de los organismos transmisores designados, la facultad para notificar o trasladar documentos por servicios postales, sin que la modificación del artículo 18, dado el tenor literal del considerando 29, establezca claramente la posibilidad de practicar, a efectos del Reglamento, la notificación o traslado de documentos directamente por este medio por personas o autoridades distintas a los organismos transmisores designados por el Estado de origen en el ámbito de la Unión.

42. Este fue el criterio seguido precisamente por el AG M. Bobek en sus conclusiones presentadas el 26 de noviembre de 2020⁶⁵ en el asunto del TJUE C-307/19, *Obala i lučice*⁶⁶, resuelto, no obstante, al amparo del Reglamento de notificaciones en su versión de 2007, en las que, si bien finalmente dicha cuestión no fue pertinente para la resolución del caso en cuestión, el AG concluyó, respecto de los notarios de Croacia, que “[...] [l]os artículos 2 y 16 del Reglamento (CE) n.º 1393/2007⁶⁷ deben interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro no haya designado a los notarios como “organismos transmisores” a efectos del artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, dichos notarios no están autorizados a transmitir “documentos extrajudiciales” para su notificación a otro Estado miembro con arreglo a las disposiciones de este Reglamento”⁶⁸, ni siquiera por servicios postales mediante correo certificado con acuse de recibo, “[...] puesto que el artículo 14 del Reglamento de notificación y traslado solo se aplica a los «documentos extrajudiciales» cuando se cumplen los requisitos del artículo 16 de ese mismo Reglamento”⁶⁹. Asimismo, indica que las sentencias del TJUE en los asuntos *Tecom Mican y Arias Domínguez y Roda Golf & Beach Resort* “[...] se referían a la posibilidad de que los notarios españoles se amparasen en el artículo 16 del Reglamento de notificación y traslado para actuar en calidad de «organismos transmisores» de dicha notificación. Sin embargo, las conclusiones del TJUE en los citados asuntos se desarrollaron de forma abstracta para confirmar que los documentos transmitidos por un notario pueden considerarse «documentos extrajudiciales». Dichas sentencias no se referían a la situación en la que un Estado miembro no había designado a los «notarios» como «organismos transmi-

e implicaciones internas”, en M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y S. CALAZA LÓPEZ (Dir.) y J. C. MUINELO COBO (Coord.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, op. cit., p. 73. V. RICHARD dice que la redacción del artículo 14 del Reglamento (CE) 1393/2007 llevó a algunos Estados miembros a interpretar restrictivamente la posibilidad de hacer uso de los servicios postales como medio de notificación o traslado de documentos, de modo que únicamente podría utilizarse por las autoridades competentes, en contra de la intención del artículo 14, por lo que se modifica su redacción en el artículo 18 del vigente Reglamento de notificaciones, y hace referencia en tal sentido al Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (EC) 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), de 4 de diciembre de 2013 (COM(2013)858) (vid.: V. RICHARD, “Article 18 – Service by Postal Services”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, op. cit., 18.01, 18.05, 18.21, pp. 168, 170, 175-176). Efectivamente, dicho informe indica, en su página 13 ([https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwedo1hrd/v=s7z/f=/com\(2013\)858_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwedo1hrd/v=s7z/f=/com(2013)858_en.pdf)), que “[l]a Comisión se ha dado cuenta de que al menos un Estado miembro, impulsado por la interpretación literal de la redacción del artículo, limita la aplicación de este método de notificación o traslado a aquellos casos en los que la notificación o el traslado de documentos son responsabilidad del Estado, es decir, cuando los órganos jurisdiccionales tienen encomendada por ministerio de la ley la función de notificación y traslado de documentos. Esta interpretación restrictiva implica que, cuando las partes son responsables de la notificación o traslado, no pueden recurrir a esta forma de transmisión transfronteriza de documentos y no pueden solicitar al organismo o persona competente con arreglo al Derecho del Estado miembro de residencia que notifique el documento al destinatario en el extranjero de conformidad con el artículo 14 del Reglamento. En la evaluación de la Comisión, la redacción del artículo merece cierta mejora, de modo que esta duplicidad de la interpretación pueda eliminarse y el uso del servicio postal en casos transfronterizos sea accesible para todos en general.” La traducción es mía.

No obstante, en la redacción final, hoy vigente, del Reglamento de notificaciones el considerando 29 mantiene dicha referencia a “cada Estado miembro”, aunque haya sido eliminada del artículo 18, equivalente al antiguo artículo 14.

⁶⁵ ECLI:EU:C:2020:971.

⁶⁶ STJUE 25 marzo 2021, *Obala i lučice*, C-307/19, ECLI:EU:C:2021:236, 2021.

⁶⁷ Equivalentes a los artículos 3 y 21, respectivamente, del vigente Reglamento de notificaciones

⁶⁸ Ver punto 105 de las conclusiones del AG.

⁶⁹ Ver punto 103 de las conclusiones del AG.

sores», es decir, no había actuado conforme a lo previsto en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento de notificación y traslado⁷⁰, siendo éste el asunto en cuestión. Y añadiendo, asimismo, que tal designación como organismos transmisores resulta de vital importancia a efectos del entonces artículo 16 (hoy 21) del Reglamento en virtud de la referencia específica que contiene dicho artículo a que el traslado de documentos extrajudiciales debe hacerse «de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento», de modo que tal notificación está vinculada de forma indisoluble a los requisitos de notificación y traslado del artículo 2 (hoy 3) del mismo Reglamento⁷¹.

43. Esta es, igualmente, la postura dominante en Alemania, que considera que la notificación directa por servicios postales puede ser efectuada únicamente por los organismos transmisores designados oficialmente por el Estado miembro de que se trate⁷², y la posición seguida por la DGSJYFP en la ya referida Resolución de 19 de marzo de 2024, que ha indicado que los organismos transmisores y receptores comunicados a la Comisión Europea por los Estados miembros “[...] serán los únicos autorizados para la transmisión y recepción de notificaciones y traslado de documentos”, recordando, a continuación, respecto de España, que “[s]egún dicha designación, sólo los letrados de la Administración de Justicia de cada tribunal, podrán trasladar documentos extrajudiciales, aun sin litigio, y por vía judicial [...]”⁷³.

44. Por tanto, sería conveniente tener en cuenta las posibles consecuencias desfavorables que podría acarrear la falta de designación del notario del Reino de España como organismo transmisor, tanto por la posible invalidez de la notificación practicada mediante servicios postales, como por la inseguridad jurídica que produce, al resultar dudoso que los notarios puedan recurrir, en particular, al amparo de los artículos 18 y 21 del Reglamento de notificaciones, a la notificación o traslado de documentos extrajudiciales directamente por este medio⁷⁴, conforme a lo expuesto.

45. Del mismo modo, la falta de designación del notario como organismo transmisor supone un obstáculo a la eficiencia y posible simplificación de los trámites para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales, además de ser incomprensible, dada la competencia del notario en dicha materia en España. La designación del notario como organismo transmisor y su comunicación a la Comisión por el Reino de España viene apuntándose por la doctrina de modo reiterado⁷⁵, siendo además acorde con el

⁷⁰ Ver punto 100 de las conclusiones del AG.

⁷¹ Ver punto 102 de las conclusiones del AG. Asimismo, el AG indicaba que ello se confirma igualmente en el considerando 6 del Reglamento entonces vigente, según el cual el uso simplificado del marco establecido por dicho Reglamento se permite únicamente en el caso de la transmisión de los documentos «directamente [...] entre los organismos locales designados por los Estados miembros». Esto implica que sólo los organismos designados para desempeñar esas funciones «ratione temporis» podrán transmitir documentos extrajudiciales por medio del Reglamento de notificación y traslado. De no ser así, el propósito y la fiabilidad de los documentos notificados por ese medio se verían menoscabados.

Actualmente, conforme a la comunicación practicada por Croacia a la Comisión, a los efectos del artículo 3(1) del Reglamento de notificaciones, según resulta de la información publicada en el Portal Europeo de e-Justicia con fecha 6 de marzo de 2024, los organismos transmisores de Croacia, responsables de transmitir los documentos para su notificación o traslado en el extranjero, son:

- en el caso de los documentos judiciales, el órgano jurisdiccional obligado a dar notificación o traslado
- en el caso de los documentos extrajudiciales, el tribunal municipal (*općinski sud*) en cuya demarcación tenga domicilio o residencia habitual (es decir, sede) el organismo o persona que solicite la notificación o el traslado en el extranjero
- en el caso de los documentos protocolizados u otorgados ante notario, el tribunal municipal en cuya demarcación esté radicada la notaría. (Vid. https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?CROATIA&init=true&member=1).

⁷² Vid. A. ANTHIMOS, “Postal Service from Greece to Germany – Recalling Henderson v Novo Banco”, *op. cit.*

⁷³ Vid. fundamento de Derecho 4 de dicha Resolución.

⁷⁴ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA pone de relieve que para el notario esta modalidad no constituye en el ámbito del Reglamento de notificaciones un método notificado, porque también precisa la comunicación como órgano (vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Notificaciones internacionales en materia civil y mercantil: el Derecho europeo*, Barcelona, Aferre Editor SL, 2024, p. 399).

⁷⁵ Vid. J. L. PARRA GARCÍA, “Retos notariales tras ‘Roda Golf’”, *Escritura Pública*, n° 59, Madrid, Consejo General del Notariado, 2009, p. 41, según el cual, “[...] en lo que a documentos extrajudiciales (notariales) se refiere, es más que aconsejable acompañar la declaración española a las competencias y funciones que en este ámbito están felizmente ya otorgadas a los notarios españoles [...] Por lo tanto, la sentencia -de alguna manera- invita a España a designar como organismos transmisores o receptores, a efectos de la notificación y traslado de documentos extrajudiciales, a autoridades distintas de los secretarios ju-

efecto útil del Reglamento de notificaciones y su objetivo de aumentar la eficacia y la celeridad de los procedimientos mediante su simplificación y racionalización, contribuyendo al mismo tiempo a reducir los retrasos y costes soportados por los particulares y las empresas⁷⁶.

46. Dicha designación del notario como organismo transmisor para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales podría realizarse confiriéndoles, bien la competencia exclusiva para ello, al menos en lo que respecta a la notificación o traslado de los instrumentos públicos notariales, bien compartida con el Letrado de la Administración de Justicia respecto de los documentos extrajudiciales en general. De este modo, el notario podría practicar “directamente” la notificación o traslado tanto a través del medio “principal” u “ordinario”, transmitiendo el documento como organismo transmisor al organismo receptor del Estado de destino, como a través de los “otros medios”, en su caso, optando por el que resulte **más** adecuado en función de las circunstancias, y sin necesidad de recurrir a otro organismo transmisor intermedio⁷⁷.

VI. Elección del medio de notificación o traslado en función de sus efectos en el Estado del foro o de origen y el respeto a la tutela judicial efectiva

47. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado con relación a la cuestión de la competencia del notario para la práctica de la notificación o traslado por falta de su designación como organismo transmisor, en particular respecto del recurso a la modalidad de los servicios postales, es preciso asimismo abordar la problemática relativa a si dicha modalidad es la más adecuada para efectuar la notificación o traslado dependiendo de los efectos que se pretenda que ésta produzca en España como Estado miembro del foro.

48. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, cualquiera de las modalidades de notificación o traslado previstas en el Reglamento de notificaciones tendría los mismos efectos legales, tal y como se interpretó por el TJUE en el asunto *Plumex* anteriormente referido⁷⁸. No obstante, desde la óptica del

diciales como los notarios. [...]”; A. GUTIÉRREZ CARDENETE, “Aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n° 2194, Diciembre de 2016, p. 41, quien pone de manifiesto que “[e]n España la dirección de los actos de comunicación judicial está asociada a la dirección técnica procesal y a la fe pública judicial propia del cuerpo superior jurídico de Letrados de la Administración de Justicia; sin embargo, en relación al refuerzo de la seguridad jurídica sobre documentos (públicos o privados) extrajudiciales (no vinculados a un proceso judicial), se encuentra atribuida al cuerpo de notarios. Por ello sería conveniente trasladar con coherencia esta distribución competencial al ámbito del Reglamento (CE) 1393/2007 operando las modificaciones reglamentarias oportunas en orden a especificar el cauce de transmisión y recepción de documentos extrajudiciales por los notarios españoles, así como dar adecuada publicidad, mediante comunicación a la Comisión, de los notarios territorialmente competentes, así como de la tasa fija y única vinculada al arancel notarial y del modo de hacer abono de la misma.”; I. REIG FAJARDO, “Los documentos privados y el Reglamento 1393/2007 de notificaciones y traslado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, N° 2, p. 684, sostiene que “[...] asimismo, resultaría conveniente que el legislador español pusiera su punto de mira en estos documentos extrajudiciales y en el cuerpo notarial como autoridades competentes designadas para su transmisión en el modelo europeo.”; E. GARCÍA PARRA, “Capítulo III. De los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. Artículo 28. Documentos extrajudiciales”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (COORD.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, op. cit.*, p. 219, destaca que existe “una discordancia entre lo previsto con carácter general y subsidiario en el art. 28 LCJIC y el régimen de notificaciones en el ámbito de la UE del citado Reglamento 1393/2007, que aconseja que el Estado español notifique a la Comisión la posibilidad de que los notarios puedan ser órganos receptores y transmisores a efectos de la norma comunitaria, lo que facilitaría en gran medida el tráfico jurídico civil y mercantil.

⁷⁶ Vid. considerando 3 del Reglamento de notificaciones

⁷⁷ A título informativo, tal y como resulta del Portal Europeo de e-Justicia, han designado al notario como organismo transmisor al amparo del artículo 3.1 del Reglamento de notificaciones, comunicándolo a la Comisión: Eslovaquia, en los procesos sucesorios y en procesos relativos a títulos-valores; Hungría, en el caso de documentos derivados de un procedimiento notarial, siendo competente el notario que haya autorizado el documento en cuestión; y Portugal (*vid.* https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast).

⁷⁸ Vid. V. RICHARD, “Article 18 – Service by Postal Services”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary, op. cit.*, 18.21, p. 176.

Estado del foro, es posible que resulte más apropiado el uso de una u otra modalidad en función de la finalidad perseguida por la notificación o traslado en el caso o expediente de que se trate. Concretamente, es preciso prestar particular atención a la distinción existente en Derecho español, destacada por la RDGRN de 27 de febrero de 2012, entre el acta de remisión de documentos por correo del artículo 201 del Reglamento Notarial, y el acta de notificación o requerimiento, propiamente dicha, que regulan los artículos 202 y siguientes del mismo Reglamento, a que remite la normativa pertinente⁷⁹, así como el posible impacto del uso de una u otra modalidad en razón de su distinta naturaleza, en su caso, en relación con el derecho a la defensa y tutela judicial efectiva del destinatario⁸⁰.

49. No será lo mismo, por ejemplo, una notificación que tenga por objeto transmitir a una persona una información o decisión o una notificación de carácter requisitorio que tenga por finalidad intimar al destinatario para que adopte una determinada conducta, a que hace referencia el artículo 202(1) del Reglamento Notarial⁸¹, que el traslado consistente en el simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo previsto en el artículo 201 del Reglamento Notarial.

50. El propio Reglamento de notificaciones, aun simplificando ciertos aspectos para facilitar la transmisión de documentos como la supresión de la apostilla⁸², además del rechazo a las notificaciones ficticias⁸³ recoge una serie de salvaguardas expresamente establecidas para la modalidad de notificación o traslado referida como “principal” u “ordinaria” en garantía y protección de los derechos del destinatario.

51. Este es el caso, por ejemplo, de la obligación para el organismo receptor de efectuar o hacer que se efectúe la notificación o el traslado del documento de conformidad con el derecho del Estado miembro requerido o según el modo particular solicitado por el organismo transmisor, siempre que éste no sea incompatible con el Derecho de este Estado miembro y que dicho organismo receptor realice todas las diligencias necesarias para efectuarla tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, en el

⁷⁹ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *BOE* 31 julio 1996 (<https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/07/19/1784/con>).

⁸⁰ *Vid.* también el considerando 41 y el artículo 32 del propio Reglamento de notificaciones y la exigencia del pleno respeto y observancia de los derechos fundamentales de todas las personas interesadas de conformidad con el Derecho de la Unión y, en particular, de los derechos a la igualdad de acceso a la justicia, a la no discriminación y a la protección de los datos personales y de la vida privada.

⁸¹ Piénsese, por ejemplo, en el requerimiento del artículo 1005 del Código civil, cuando haya de practicarse en relación a una persona domiciliada en otro Estado miembro de la Unión, ya que dicho precepto establece que: “[c]ualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.” La falta de contestación a la notificación tendrá importantes consecuencias y, por tanto, es fundamental asegurarse de que ésta se ha llevado a cabo con todas las garantías para que el destinatario no pueda alegar indefensión.

⁸² El artículo 8.3 del Reglamento de notificaciones dispone que “3. Todos los documentos transmitidos en virtud del presente Reglamento estarán exentos de requisitos de legalización o de cualquier trámite equivalente.”

⁸³ Lo que no cabe, según el Reglamento de notificaciones, son las llamadas notificaciones “ficticias”, pues de acuerdo con el considerando 7 *in fine*, “[...] el documento no debe notificarse ni trasladarse al destinatario mediante un modo de notificación o traslado ficticio, como la notificación o el traslado mediante la fijación de un anuncio en el tablón de anuncios del órgano jurisdiccional o el depósito del documento en el archivo judicial.” (*Vid.* A. I. KARGOPOULOS, “Article 32 – Respect for Fundamental Rights under Union Law”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, *op. cit.*, 32.30, pp. 293-294). Como pone de relieve F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, el Tribunal Constitucional ha considerado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se notifica por edictos a un demandado cuyo domicilio está en el extranjero y este dato era conocido o podría haberse conocido (STC 268/2000, de 13 de noviembre, *BOE* 14 diciembre 2000, ECLI:ES:TC:2000:268; y STC 214/2005, de 12 de septiembre, *BOE* 14 octubre 2005, ECLI:ES:TC:2005:214); y que, por su parte, el TJUE ha afirmado que las notificaciones ficticias o por edictos no vulneran el derecho de defensa, siempre que se hayan realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado (STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI:EU:C:2011:745, 2011, apartado 52 y STJUE 15 de marzo de 2012, asunto C-292/10, *G v Cornelius de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142, 2012, apartado 55) (*vid.* F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Lección: la notificación internacional”, *op. cit.*).

plazo de un mes desde su recepción⁸⁴. Resulta también fundamental la necesidad de traducción de los documentos objeto de notificación o traslado si no están redactados en una lengua que el destinatario entienda o en la lengua oficial del Estado miembro requerido o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado cuando existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, así como el derecho del destinatario a oponerse a aceptar la notificación o traslado si no está redactado el documento en una de dichas lenguas o no va acompañado de una traducción a una de éstas⁸⁵. Cabe igualmente mencionar las normas sobre determinación de la fecha efectiva de la notificación⁸⁶, el uso obligatorio de formularios tipo o estandarizados en los que se contenga la referencia a tales derechos y que habrán de ser utilizados para la notificación o traslado practicados conforme a la modalidad “principal” u “ordinaria”, o la certificación por el organismo receptor del cumplimiento de los trámites correspondientes⁸⁷.

52. El Reglamento hace explícitamente extensivas a los “otros medios” de notificación y traslado únicamente las normas relativas al derecho de oposición del destinatario a aceptar la notificación o traslado, si el documento no está redactado en una de las lenguas referidas o no va acompañado de una traducción a una de éstas, y la relativa a la fecha de la notificación o traslado *ex* artículos 12.6 y 13.3 respectivamente, del Reglamento de notificación⁸⁸.

53. A tales efectos, la notificación o traslado transfronterizo en el ámbito de la Unión por los servicios postales del artículo 18 podría presentar dificultades prácticas⁸⁹ que la hagan menos apropiada en función de los efectos que se pretenda que la notificación o traslado produzca en el Estado de origen o del foro, pudiendo considerarse inválida o incluso contraria, en su caso, al derecho a la defensa y tutela

⁸⁴ De acuerdo con el artículo 11 del Reglamento de notificaciones, si no hubiera sido posible la práctica de la notificación o el traslado en dicho plazo, el organismo receptor informará inmediatamente al organismo transmisor y continuará realizando todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o traslado del documento, cuando parezcan posibles en un plazo razonable, a menos que el organismo transmisor indique que ya no es necesaria la notificación o el traslado.

⁸⁵ *Vid.* artículo 12.1 del Reglamento de notificaciones que, de acuerdo con el artículo 12.6 y 7 resulta de aplicación también a los “otros medios de transmisión” más allá de la modalidad referida como “principal” u “ordinaria”.

⁸⁶ *Vid.* artículo 13 del Reglamento de notificaciones, que extiende su aplicación a los “otros medios de transmisión” más allá de la modalidad referida como “principal” u “ordinaria”.

⁸⁷ *Vid.* artículo 14 del Reglamento de notificaciones

⁸⁸ Y, de acuerdo con el artículo 12.7 del Reglamento de notificaciones, a efectos de los apartados 1 y 2, los agentes diplomáticos o funcionarios consulares, cuando se efectúe la notificación o el traslado con arreglo al artículo 17, o la autoridad o la persona, cuando se efectúe con arreglo a los artículos 18, 19 o 20, informarán al destinatario de que puede negarse a aceptar la notificación o el traslado del documento y de que el formulario L del anexo I o la declaración escrita de negativa de aceptación deben enviarse a esos agentes o funcionarios o a esa autoridad o persona, respectivamente.

⁸⁹ V. RICHARD menciona la falta de fiabilidad de los servicios postales, en parte porque puede perderse el correo, pero sobre todo porque los acuses de recibo no se devuelven en todos los casos, y, cuando lo son, no siempre contienen información suficiente para permitir valorar cuándo y cómo se ha efectuado la entrega del documento. Las firmas pueden no ser fiables al efecto de determinar la identidad del receptor y puede producirse fácilmente la entrega en la dirección equivocada sin que el remitente resulte informado adecuadamente de dicha circunstancia. También menciona el posible error acerca de la persona que realmente recibe el documento cuando éste se entrega no directamente al destinatario sino a una tercera persona; todo lo cual puede ocasionar incertidumbre en relación a la fecha real de entrega a que se refiere el artículo 13 del Reglamento de notificaciones y, por tanto, en cuanto al inicio del plazo procesal (*vid.* V. RICHARD, “Article 18 – Service by Postal Services”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, *op. cit.*, 18.22, p. 176).

En esta línea, el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (EC) 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), de 4 de diciembre de 2013 (COM(2013)858), anteriormente citado, indica en su página 14, que “[e]stas dificultades prácticas muestran que, aun cuando, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase Asunto C-473/04 *Plumex*), todos los medios de transmisión previstos en el Reglamento se consideran iguales, éste puede no ser el caso en la práctica. Con el fin de velar por la seguridad jurídica en la notificación y traslado de documentos por correo y, por tanto, promover el uso de este medio que, por regla general, es menos costoso que otros, debe ser posible determinar con precisión a quién y cuándo se entregó el documento y en qué circunstancias se realizó la notificación o el traslado. Una posible solución podría ser la introducción de un formulario normalizado internacional de acuse de recibo para uso de los operadores de servicios postales. También podría ser necesario garantizar un mayor grado de convergencia de las normas sobre «notificación sustitutiva» para los casos de notificación o traslado transfronterizos entre Estados miembros.” (*vid.* [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4n-vke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkewedto1hrd/v=s7z/f=/com\(2013\)858_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4n-vke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkewedto1hrd/v=s7z/f=/com(2013)858_en.pdf)). La traducción es mía.

judicial efectiva del destinatario de la notificación si no se cumplimenta en debida forma⁹⁰. En concreto, cabe mencionar, en particular, la cuestión referente a la necesidad de traducción, en su caso, y el derecho del destinatario de oponerse a aceptar la notificación o traslado, del que deberá ser informado *ex artículo 12.7 del Reglamento de notificaciones*. Aunque las circunstancias en las que existe la posibilidad de rechazar los documentos que se notifican o trasladan debe limitarse a situaciones excepcionales (ex considerando 23), de conformidad con el considerando 24 y el artículo 12.7, en todos los casos en que el documento no se notifique o traslade en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar de notificación o traslado, el organismo receptor debe informar al destinatario, por escrito mediante el formulario L del anexo I, de que puede negarse a aceptar el documento que se notifica o traslada si no está redactado en una lengua que el destinatario entienda ni en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en que deba efectuarse la notificación o el traslado⁹¹.

54. Si concretamente se trata, a efectos del derecho español, de un acta de notificación o requerimiento del artículo 202 y siguientes del Reglamento Notarial, aunque éste prevé en el artículo 202(2) la facultad discrecional del notario, siempre que de una norma legal no resulte lo contrario⁹², para efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con acuse de recibo, y aunque el mismo art. 202 *in fine*, dispone que “[l]a notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo”, se entiende que resulta preferible proceder, en primer término, a la práctica de la notificación de modo presencial por el notario, y en el caso de que la misma resulte infructuosa, proceder entonces a su envío por correo⁹³. A esta necesidad de doble intento de notificación se ha refe-

⁹⁰ Para el supuesto de *incomparecencia del demandado* en un procedimiento judicial, el artículo 22.1 del Reglamento de notificaciones indica que no se dictará sentencia hasta que se establezca que la notificación o el traslado o la entrega del documento se ha efectuado en tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse y que: a) el documento ha sido notificado o se ha dado traslado del mismo según un modo prescrito por el Derecho del Estado miembro requerido para la notificación o el traslado de los documentos en causas internas y está destinado a personas que se encuentran en su territorio, o bien b) el documento ha sido efectivamente entregado al demandado o en su residencia según un modo previsto por el presente Reglamento.

⁹¹ V. J. LANA ARCEIZ se pregunta, en este sentido, respecto del derecho a no aceptar la notificación, “si la notificación es directa, ¿qué órgano receptor informará al destinatario de tal derecho? ¿Ante qué órgano deberá el destinatario señalar que se niega a aceptar los documentos señalados? Y, con mayor evidencia, si la notificación es directa, ¿podemos afirmar estrictamente que el destinatario está en condiciones de rechazarla?” (vid. V. J. LANA ARCEIZ, “Indefensión y cooperación judicial internacional. Patologías en la notificación de documentos judiciales entre España y Suiza”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), para. 51, p. 1247 (<https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8102>)).

⁹² Las Resoluciones de la DGRN de 25 y 26 de febrero de 1999 indican que corresponde al notario determinar en su caso si el contenido del requerimiento está sujeto a normativa especial que exige requerimiento notarial (se entiende del art. 202 y ss., o, en su caso, conforme a la regulación propia de la normativa concreta que lo exija, de acuerdo con el art. 206 RN) y no de envío de carta por correo (del 201). Así deben efectuarse mediante requerimiento notarial y no por envío de carta, el protesto (art. 52 Ley Cambiaria); el requerimiento de pago al deudor en el procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados (arts. 581.2 y 686 LEC); el requerimiento al deudor en el acta de venta extrajudicial de bienes hipotecados (art. 236.c) del Reglamento Hipotecario); los tanteos y retractos arrendaticios (art. 25 LAU y art. 22 LAR); o los de ciertos montes (art. 25.5 Ley de Montes); la reclamación extrajudicial en acta notarial, que interrumpe la prescripción (art. 1973 CC), y poner en mora al deudor (art. 1100 CC); o la notificación de la resolución de la compraventa por impago (art. 1504 CC) (vid. J. E. GOMÁ SALCEDO, I. GOMÁ LANZÓN y F. GOMÁ LANZÓN, *Derecho Notarial*, Aferre Editor, S.L., Barcelona, 2022, p. 380).

⁹³ En este sentido, J. E. GOMÁ SALCEDO, I. GOMÁ LANZÓN y F. GOMÁ LANZÓN, señalan que, aunque la redacción del artículo 202.2 parece primar el envío de la cédula de notificación por correo frente a la entrega personal por el notario, la regla general debe ser la contraria, esto es, acudir el notario siempre personalmente a efectuar la entrega salvo casos excepcionales. Igualmente, recuerdan cómo el Tribunal Supremo ha limitado en varias sentencias el alcance de la notificación por correo, diciendo que no acredita de modo fehaciente la entrega en el domicilio del notificado o requerido, sino únicamente la declaración del funcionario postal relativa a las circunstancias de la entrega, y en su caso la firma por alguna persona en concepto de receptor del envío (vid. J. E. GOMÁ SALCEDO, I. GOMÁ LANZÓN y F. GOMÁ LANZÓN, *Derecho Notarial*, op. cit., p. 386).

⁹⁴ De acuerdo con el art. 202.6 del Reglamento Notarial, “[e]l notario siempre que no pueda hacer entrega de la cédula deberá enviar la misma por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega”. Dicho Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, ha quedado derogado, con efectos de 18 de agosto de 2024, por la disposición derogatoria única.1.a) del Real Decreto 437/2024, de 30 de abril, Ref. BOE-A-2024-10010, sin perjuicio de lo dispuesto en su disposición transitoria, según la cual hasta que se apruebe la normativa que desarrolle las previsiones contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en materia de admisión

rído asimismo la jurisprudencia del Centro Directivo (DGSJYFP)⁹⁴. De modo que, desde la perspectiva del derecho español, parecería que el recurso a la modalidad de notificación o traslado directamente por servicios postales podría verse limitada, a efectos prácticos, a los supuestos de aplicación del artículo 201 del Reglamento Notarial incluso aun cuando se aceptara la competencia internacional del notario en el marco del Reglamento de notificaciones a pesar de no haber sido designado como organismo transmisor. Dicho precepto del Reglamento Notarial, como ya se ha indicado, regula las actas de remisión de documentos por correo, que “únicamente” acreditan el *contenido* de la carta o documento que ha sido objeto de remisión, y, según el medio utilizado, la *fecha de su entrega*, o *su remisión* por procedimiento técnico adecuado y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo, o del documento o comunicación de recepción el documento correspondiente ha sido objeto de remisión por correo en una fecha determinada. No obstante, el acta del artículo 201 del Reglamento Notarial no tendría los efectos del acta notarial del artículo 202 como acto propio de notificación notarial, sino del particular remitente de la carta o documento⁹⁵, por lo que todo apunta a que la notificación transfronteriza, para desplegar toda su eficacia a efectos internos y asegurándose que se practica con el nivel máximo de garantías que eviten dudas en relación al respeto al derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, llevarían al notario a la conveniencia de acudir al medio de notificación o traslado “principal” u “ordinario” referido, por medio del Letrado de la Administración de Justicia como organismo transmisor competente en cada caso. Piénsese, en este sentido, no sólo en las garantías relativas a la lengua del documento objeto de notificación o traslado y el derecho de oposición del destinatario, del que debe ser convenientemente informado, sino también en el modo de formalizarse la entrega por el organismo receptor a que se refiere el artículo 11 del Reglamento de notificaciones, ya sea conforme al derecho del Estado miembro requerido, ya sea según el modo particular solicitado por el organismo transmisor, que para los casos del artículo 202 del Reglamento Notarial sería particularmente relevante - pues permitiría al organismo transmisor, en su caso, solicitar del organismo receptor la entrega personal al destinatario y, resultando ésta infructuosa, por correo certificado con acuse de recibo-, así como la referencia de dicho artículo 11 a la realización por el organismo receptor de todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o traslado tan pronto como sea posible.

55. Por ello, dadas las limitaciones y exigencias tanto desde el punto de vista del derecho interno, así como las dificultades prácticas que pueden presentarse a la hora de dar cumplimiento a los requisitos previstos en el Reglamento de notificaciones, por ejemplo, en materia de información al destinatario de su derecho a rechazar la notificación, parece que la notificación o traslado del artículo 18 del Reglamento de notificaciones se limitaría, a efectos internos, para evitar problemas en relación al derecho a la defensa y tutela judicial efectiva y la protección de los derechos del destinatario en cuestión, a su uso en relación a los supuestos de aplicación del artículo 201 del Reglamento notarial o cuando la notificación o

y entrega de notificaciones por las administraciones públicas a través de los servicios postales, continuará en vigor y será de aplicación lo establecido en la sección segunda del capítulo II del título II del presente Reglamento.

⁹⁴ Concretamente, aun cuando quede a discreción del notario el modo de hacer la notificación, según el artículo 202.2 del Reglamento Notarial, la entrega presencial es la forma en que el notario puede cumplir su cometido poniendo toda la diligencia posible para ello, como resulta, por ejemplo, de la Resolución de la DGRN de 30 de enero de 2.012 (BOE 20 febrero 2.012), según la cual, “[...] cuando habiéndose acudido a la primera de las formas de notificación [esto es, enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con acuse de recibo], no se haya podido efectuar, por no haber sido recogida la carta por el interesado en la oficina de Correos” [...], deberá acudir al segundo de los procedimientos previstos en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que el notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo. Sólo así podrá cumplirse el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2007, de 2 de julio)”.

⁹⁵ Vid. J. E. GOMÁ SALCEDO, I. GOMÁ LANZÓN y F. GOMÁ LANZÓN, *Derecho Notarial*, op. cit., p. 395. E. GARCÍA PARRA dice, respecto de las actas del artículo 201 del Reglamento Notarial, que no producen una verdadera notificación o requerimiento notarial (vid. E. GARCÍA PARRA, “Capítulo III. De los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. Artículo 28. Documentos extrajudiciales”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, op. cit., p. 218).

traslado no tenga, por ejemplo, carácter requisitorio. Todo ello siempre y cuando se aceptara, asimismo, la competencia del notario para practicar la notificación o traslado directamente por servicios postales, a pesar de no haber sido designado como organismo transmisor por el Reino de España, lo cual no resulta claro si atendemos a todo lo señalado en la sección precedente de este trabajo.

56. Esto no impediría que, en los demás supuestos, el notario pudiera proceder, en un primer intento, a la remisión del documento por medio de servicios postales, y sucesiva o simultáneamente a la práctica de la notificación o traslado por el mecanismo “principal” u “ordinario”, a través del organismo transmisor designado a los efectos del artículo 3 del Reglamento de notificación⁹⁶. No obstante, en esos casos, si entendemos, debido a lo señalado, que el envío por servicios postales no se ha hecho al amparo del Reglamento de notificaciones, no debería contarse a efectos de plazo de notificación o traslado dicha primera remisión por servicios postales, y, además, aunque se aceptara por el destinatario la notificación recibida de ese modo, la buena fe de éste debería ser valorada por el juez, en su caso⁹⁷.

57. Si fuera finalmente designado por el Reino de España y comunicado a la Comisión Europea como organismo transmisor, dependiendo de los efectos propios que la notificación o traslado haya de desplegar en relación con el expediente o los derechos de que se trate en España como Estado del foro, el notario practicaría la notificación o traslado, bien por medio de la transmisión del documento extrajudicial al organismo receptor del Estado miembro de destino, bien directamente por servicios postales, cuando bastara el envío por correo, lo cual el notario tendría que evaluar de modo análogo a lo prevenido, a efectos internos, por el artículo 202 del Reglamento Notarial.

VII. Conclusión

58. De todo lo anteriormente señalado cabe concluir que, no obstante la ausencia de jerarquía o preferencia entre los distintos medios de notificación o traslado de documentos previstos en el Reglamento de notificaciones, su elección por el notario de España se ve condicionada por una serie de factores, como el hecho de no haber sido hasta la fecha designado y comunicado como organismo transmisor, así como por la función y los efectos concretos que se pretenda que la notificación o el traslado del documento extrajudicial tenga o haya de desplegar en relación con el expediente o derecho en cuestión de que se trate en España, como Estado del foro, que motive la notificación o traslado.

59. Teniendo en cuenta la distribución interna de competencias entre funcionarios y autoridades españolas a efectos de notificaciones o traslado de documentos, en particular de los extrajudiciales y, más en concreto, de los notariales, así como los objetivos y finalidades perseguidos por el Reglamento de notificaciones, no se comprende que el notario no haya sido designado organismo transmisor, limitándose y obstaculizándose, de este modo, la práctica “directa” por el notario de la notificación o traslado a través de algunos de los medios previstos en dicho Reglamento, y como consecuencia de ello, de su eficacia y de la celeridad de la notificación y traslado pretendida por el mismo.

60. No tiene sentido que el notario deba recurrir a los órganos incardinados en la Administración de Justicia para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales en general y, de instrumentos públicos notariales, en particular, como, entre otros, los diversos tipos de actas previstas en los artículos 201 y 202 y siguientes, respectivamente, del Reglamento Notarial; más aún, si cabe, dada la multiplicidad de notificaciones que conlleva la tramitación de muchos de los expedientes atribuidos al notario en exclusiva o con carácter compartido, entre otras, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria o en la Ley

⁹⁶ Vid. V. RICHARD, “Article 18 – Service by Postal Services”, en A. ANTHIMOS y M. REQUEJO ISIDRO (Ed.), *The European Service Regulation. A Commentary*, op. cit., 18.23, p. 176.

⁹⁷ Vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Notificaciones internacionales en materia civil y mercantil: el Derecho europeo*, op. cit., p. 399.

13/2015, de 24 de junio. Por lo tanto, convendría revisar la designación y comunicación practicadas por el Reino de España a la Comisión Europea a tales efectos, para incluir al notario como organismo transmisor de documentos extrajudiciales, potenciando así la eficacia del Reglamento de notificaciones

61. Asimismo, aunque el Reglamento de notificaciones no haya establecido una jerarquía entre las modalidades de notificación o traslado, el Reglamento tiene el contenido y alcance que se le ha dado en su redacción y, dado el carácter instrumental de la notificación o traslado de los documentos en el marco de un procedimiento o expediente o a los efectos de hacer valer determinados derechos en el Estado del foro donde tales procedimientos o expedientes se estén tramitando, es perfectamente admisible considerar que la elección de uno u otro medio de notificación o traslado pueda verse afectado por las circunstancias existentes en el procedimiento, expediente o relativas al derecho de que se trate, siendo más adecuado recurrir a una u otra modalidad de notificación o traslado; circunstancias que el notario deberá evaluar cuando vaya a dar cumplimiento al requerimiento de notificación o traslado de documentos en cada caso.

62. Resulta por lo tanto pertinente abordar y actualizar la designación de los organismos transmisores al amparo del artículo 3 del Reglamento de notificaciones para, en primer lugar, dar certeza, desde el punto de vista práctico, a la calificación del notario como competente en el ámbito de la Unión para la práctica de notificaciones o traslados de documentos, y, en segundo lugar, una vez aclarada su competencia, para que el notario pueda elegir el medio de notificación o traslado más apropiado en cada caso, en función de los efectos que la notificación o traslado haya de desplegar en España, sin que ello suponga mermar, por un lado, la celeridad y eficacia del procedimiento o expediente, ni, por otro lado, los derechos del destinatario de la notificación o traslado en cada caso.

Las redes sociales a juicio. Patrones adictivos, datos y responsabilidad en la economía de la atención*

Social networks on trial. Addictive patterns, data and responsibility in the attention economy.

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 03.02.2025 / Aceptado: 06.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9338

Resumen: El surgimiento de las grandes plataformas tecnológicas de redes sociales ha tenido un profundo impacto en la comunicación e interacciones sociales. Junto a sus innegables beneficios, también se han identificado una serie de riesgos o eventuales efectos negativos asociados a las mismas. Si bien, inicialmente, la faceta negativa de las redes sociales se centró en el uso indebido de datos personales y la lesión del derecho de privacidad de sus usuarios, en los últimos años otras cuestiones, especialmente los riesgos de adicción y daños a la salud mental están entrando en el debate sobre sus peligros. El objeto de este trabajo es el análisis crítico de dicho riesgo y las posibilidades de actuación desde el ordenamiento jurídico para solventarlo o mitigarlo. Para ello, se parte del examen y valoración de las distintas acciones judiciales emprendidas contra las principales redes sociales, especialmente en EE.UU., conocidas como las *social media addiction lawsuits*, examinando su viabilidad y la posibilidad de traslación a nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Redes sociales, adicción, daños, economía de la atención, algoritmos.

Abstract: The emergence of the large social networking technology platforms has had a profound impact on communication and social interaction. Alongside their undeniable benefits, a series of risks or possible negative effects associated with them have also been identified. Although initially the negative side of social networks focused on the misuse of personal data and the violation of their users' right to privacy, in recent years other issues, especially the risks of addiction and damage to mental health, are entering the debate on their dangers. The aim of this work is to critically analyse this risk and the possibilities for action from the legal system to solve or mitigate it. To this end, it starts from the examination and assessment of the various legal actions taken against the main social networks, especially in the USA, known as the *social media addiction lawsuits*, examining their viability and the possibility of transferring them to our legal system.

Keywords: social networks, addiction, damages, attention economy, algorithm.

Sumario: I. Los claroscuros de las redes sociales. II. La economía de la atención y las redes sociales. 1. La generación y monetización de la atención. 2. Las principales demandadas: Meta (Facebook, Instagram), Alphabet (YouTube); Bytedance (TikTok). III. Acciones judiciales contra las

*Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación: "La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados" del Ministerio de Ciencia e Innovación. PID2022- 139741OB-C21.

redes sociales. 1. De la privacidad a la adicción. 2. Las demandas sobre adicción a las redes sociales en EE.UU. (*social media addiction lawsuits*). A) Daños derivados del contenido. B) Daños derivados del carácter adictivo de la plataforma. C) Daños derivados del engaño: ocultamiento del carácter adictivo de la plataforma (*failure to warn claims*). IV. ¿Y el futuro? Armas existentes y soluciones regulatorias. 1. *Nihil novum sub sole*. 2. Reflexión fina

I. Los claroscuros de las redes sociales

1. Uno de los ámbitos o sectores en los que la revolución tecnológica digital de las últimas décadas ha tenido un efecto más evidente, ha sido el de la comunicación y las interacciones sociales, con el surgimiento de plataformas de muy distinta naturaleza, las redes sociales o *social networks*, que, desde distintos formatos, exploran las nuevas posibilidades relacionales. Las redes sociales han tenido un profundo impacto en las relaciones profesionales y personales, permitiendo la conexión instantánea, el intercambio de ideas y la colaboración en proyectos, entre sujetos de diferentes partes del mundo.

2. Una red social digital puede ser definida como “una plataforma de interacción on line que permite al usuario, de forma completamente descentralizada, generar un perfil público, compartir información, colaborar en la generación de contenidos y participar de forma espontánea en movimientos sociales y corrientes de opinión¹”.

3. Las relaciones se producen entre usuarios, horizontalmente, y se establecen a través del intercambio de mensajes, fotos, vídeos, y todo tipo de archivos, en definitiva, de información y datos. Todas estas características son comunes a las redes sociales existentes, sin perjuicio de que, atendiendo al perfil del usuario o a la función de la red, podamos distinguir redes generalistas, las más extendidas, como Facebook, Instagram, Twitter, o bien específicas, como las profesionales o académicas, por ejemplo, LinkedIn o de contactos y citas, como Tinder².

4. Pese a que, en los primeros momentos de aparición de estas nuevas formas de comunicación social, sí se produjo una inicial renovación competitiva y sustitución de distintas plataformas sociales en los mercados (como atestigua, por ejemplo, el auge y caída de Myspace), actualmente, y sin perjuicio de la existencia de numerosas redes sociales de menor cuota, cuatro o cinco plataformas dominan de forma más o menos estable los mercados relacionales³. En este sentido, las redes sociales más usadas en el mundo son: Facebook (3.049 millones); Whatsapp (2.000 millones); You Tube (2.491 millones); Instagram (2.000 millones) y las aplicaciones chinas Wechat (1309 millones) y TikTok (1542 millones usuarios)⁴.

5. El uso de las nuevas tecnologías en comunicación ha aportado grandes beneficios, destacando la mejora de la comunicación interpersonal y el acceso y aprendizaje de nuevos conocimientos. Las redes proporcionan acceso a nuevas formas de contenido, productos y servicios, permiten la interacción

¹ Vid. MARTÍNEZ, E./PACHECHO, M./ATAURI, D.: “Redes sociales digitales: propuestas para una protección jurídica de sus usuarios en España”, *Anuario electrónico de estudios en Comunicación social*, vol.4, núm.2, 2011, p. 147.

² Sobre los distintos tipos de redes sociales, vid. MARTÍNEZ, E./PACHECHO, M./ATAURI, D., *cit.*, pp. 148 y ss.

³ La consolidación de las grandes plataformas no solo es fruto del crecimiento interno empresarial sino también, de una miríada de operaciones de concentración y reestructuración. Muchas de las transacciones realizadas en los mercados digitales obedecen a un patrón similar: concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o *start up*, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. Se trata de operaciones en las que el valor real de la empresa adquirida reside en el carácter innovador de los productos o servicios ofrecidos, la información o datos que controle, así como su presencia en el mercado en términos de número de usuarios de sus servicios. Este patrón ha estado especialmente presente en los mercados de la comunicación digital y en la formación de las grandes plataformas de la atención, por ejemplo, en las operaciones de adquisición de Instagram y Whatsapp por parte de Facebook, LinkedIn por Microsoft o YouTube por Google.

⁴ Datos extraídos de la página Web de Telefónica, julio de 2024: <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/redes-sociales-mas-usadas/>

personal en tiempo real y la participación colectiva y ofrecen intermediación entre usuarios y entre grupos de usuarios y empresas.

6. Ahora bien, la irrupción y consolidación de estas nuevas formas de comunicación, especialmente tras el surgimiento de las webs 2.0, que permiten a cualquier persona compartir contenidos e información en red, independientemente de sus conocimientos en programación, no está exenta de polémica y, junto a estos beneficios, también se han puesto de manifiesto una serie de riesgos o eventuales efectos negativos. Inicial y mayoritariamente, la faceta negativa de las redes sociales se ha venido centrando en el uso indebido de datos personales y la posible lesión del derecho a la privacidad de los consumidores o clientes.

7. Pero su cara oscura no se limita a la lesión de la privacidad. En los últimos años y a medida que se ha ido incrementando el uso de las redes sociales, otras cuestiones, especialmente el riesgo de adicción y daños a la salud mental están entrando en el debate sobre sus peligros⁵.

8. Este riesgo se ha puesto de manifiesto a medida que ha ido evolucionando el sistema y los modelos de negocios se han orientado a la búsqueda de un incremento progresivo del compromiso y conexión de los usuarios a fin de maximizar el beneficio de las plataformas. Una de las formas más efectivas para que las plataformas maximicen su valor es mediante el uso de sistemas de recomendación, es decir, sistemas de software sofisticados que utilizan inteligencia artificial para aprender sobre el usuario y predecir qué tipo de contenido los mantendrá conectados. El uso de algoritmos de inteligencia artificial por parte de la plataforma, diseñados fundamentalmente para maximizar las métricas de participación y los daños que pueden derivarse de estos sistemas constituyen el eje central del debate sobre los riesgos actuales de las redes sociales.

9. Un punto de inflexión se produjo con el famoso asunto de los *Facebook Files*, en septiembre de 2021, cuando una empleada de Meta, Frances Haugen, filtró cientos de documentos internos de la compañía que revelaron que sus ejecutivos eran conscientes de los daños que causaban Instagram y Facebook entre los jóvenes, así como de su responsabilidad en la difusión de noticias falsas y de contenidos que alentaban la violencia y ninguna solución o medida real había sido adoptada para prevenirlos⁶.

10. La alarma social generada por esta revelación, unida a diversos casos de daños psicológicos o físicos en niños y adolescentes como consecuencia de su exposición a contenidos peligrosos en las redes, ha determinado la apertura de un debate sobre los riesgos y peligros, especialmente para la salud de los menores de edad, de las redes sociales, así como que estas no hayan escapado al escrutinio y ata-

⁵ Basta repasar los titulares de los principales medios de comunicación de los últimos meses para percibir la existencia de un conflicto social relacionado con los posibles efectos perjudiciales de las redes sociales, especialmente en relación con menores de edad. Así, *inter alia*: “Australia presenta un proyecto de ley “histórico” para prohibir las redes sociales a los menores de 16 años” (El País, 21 de noviembre de 2024); “Las nuevas tabaquerías: la oleada de demandas que puede acabar con las redes sociales” (El País, 22 de abril de 2023); “Tienen sangre en sus manos, los senadores de EE.UU. arremeten contra las redes sociales por no proteger a los menores” (El Economista, 1 de febrero de 2024), “Los retos virales más peligrosos de Tik Tok” (La Vanguardia, 29 de agosto de 2024).

⁶ Bajo el título de *Facebook Files* o *Archivos de Facebook*, el Wall Street Journal, publicó una serie de reportajes, iniciados el 13 de septiembre de 2021, basados en los documentos filtrados, en los que se pone claramente de manifiesto las discrepancias entre la política y afirmaciones públicas de la empresa sobre la seguridad de sus redes sociales y el conocimiento real por parte de sus empleados y directivos sobre los daños y efectos perjudiciales de estas, especialmente en relación con adolescentes y menores de edad. Basta recoger algunas citas literales de los documentos para reflejar esa dicotomía: “We make body image issues worse for one in three teen girls” (Empeoramos los problemas de imagen corporal de una de cada tres adolescentes); “We are not actually doing what we say we do publicly” (En realidad, no hacemos lo que decimos públicamente.), “Misinformation, toxicity and violent content are inordinately prevalent among reshares” (La información errónea, la toxicidad y el contenido violento prevalecen desmesuradamente entre las reacciones compartidas); “An unfortunate side effect is that harmful and misinformative content can go viral, often before we can catch it and mitigate its effects” (un efecto secundario desafortunado es que el contenido dañino y desinformativo puede volverse viral, a menudo antes de que podamos detectarlo y mitigar sus efectos). Vid. <https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-1631713039>.

que que, desde diversos sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho *antitrust*, las normas sobre competencia desleal y daños o el Derecho regulatorio han experimentado las principales plataformas tecnológicas en otros mercados.

11. Pero la lucha judicial no es la única vía de actuación para intentar solventar los problemas de salud y seguridad en la red. Esta va a ser simultaneada con una intervención regulatoria normativa en diversos niveles y con distinto alcance que, con mayor o menor permisividad, va a intentar atajar los riesgos percibidos en los entornos de la comunicación digital mediante la imposición de restricciones y normas de conducta.

12. Si bien las acciones judiciales se están extendiendo frente a todo tipo de redes sociales, tanto generales como especiales, y en numerosas jurisdicciones, destacan por su magnitud y alcance, las acciones emprendidas en EE.UU., fundamentalmente contra las grandes social networks: Facebook, Instagram, YouTube y TikTok, con cientos de demandas interpuestas por particulares, centros educativos, asociaciones de tutela de los consumidores, organismos administrativos y Estados.

13. Antes de exponer e intentar ordenar este *mare magnum* procesal para poder entrar a valorar las bases de las distintas demandas y analizar su viabilidad, así como su posibilidad de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, es conveniente conocer un poco más la naturaleza de estas redes sociales y los elementos que estructuran su modelo de negocios, lo que aconseja introducir algunos conceptos interrelacionados, como son los conceptos de economía de la atención y de economía de la vigilancia o *surveillance*.

II. La economía de la atención y las redes sociales

1. La generación y monetización de la atención

14. La “surveillance economy” o economía de la vigilancia se refiere a un modelo económico en el que las empresas recopilan, analizan y utilizan grandes cantidades de datos sobre los usuarios para generar ingresos, lo que incluye la recolección de información personal y la creación de perfiles para dirigir publicidad o contenido específico

15. Por otro lado, la economía de la atención se centra en cómo se compite por la atención de los usuarios en un entorno saturado de información. El objetivo es la captación y mantenimiento de la atención de las personas, dado que esta constituye un recurso muy valioso en el mundo digital. Desde una perspectiva amplia, comprende aquellas actividades empresariales, especialmente de empresas que basan su negocio en la publicidad, por las que tratan de maximizar el tiempo y la atención que los usuarios prestan a sus productos o servicios (*extract attention for profit*).

16. En resumen, mientras que la economía de la vigilancia se enfoca en la recopilación y uso de datos, la economía de la atención se centra en cómo atraer y retener la atención de los usuarios. Si bien su foco se sitúa en distintos aspectos del compartamiento, tienen su punto de conexión en el hecho de que los datos posibilitan que la atención humana sea computable y monetizable como un activo, en el sentido de que permiten la metrificación del compromiso y la venta de promesas de precisión predictiva a los anunciantes. La economía de plataformas de atención está organizada en torno a una lógica bidireccional que busca tanto aumentar el compromiso como el suministro de atención para producir conocimientos informativos monetizables, y aumentar la captura de datos con el fin de optimizar un compromiso y atención más delgados y fácilmente monetizables. Como señala BIETTI los modelos empresariales de la economía de la atención “se nutren de globos oculares y de datos para obtener un beneficio”⁷.

⁷ Vid. E. BIETTI: “The Data-Attention Imperative”, 2024, Northeastern University School of Law Research Paper No. 473, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4729500>, p. 10.

17. Estas activades no son exclusivas de los mercados digitales⁸, si bien las especiales características de estos facilitan el desarrollo de modelos empresariales centrados en la atención y en la recopilación y tratamiento de datos y han propiciado el surgimiento de las grandes plataformas tecnológicas de la atención o la información que pueden describirse como intermediarios que utilizan métodos algorítmicos basados en datos y protocolos de interconexión modulares estandarizados para facilitar las interacciones y transacciones en red digital entre sus usuarios⁹. Entre estas plataformas digitales cuyo modelo de negocio se centra en la captación y monetización de la atención humana, ocupan un papel central las redes sociales¹⁰. Veamos más detenidamente cómo funciona el modelo.

18. Principalmente dos son los elementos que estructuran el sistema: 1) Generación de atención o compromiso (*engagement*) y 2) la monetización de ese compromiso.

19. Por lo que a la **generación de atención** se refiere, la sostenibilidad comercial de las plataformas de atención se basa en mantener altos niveles de compromiso de los usuarios. Estas plataformas utilizan diferentes métodos para captar la atención de los usuarios y generar una dependencia, aprovechando mecanismos infraestructurales, legales y sociales para atraer a nuevos usuarios.

20. Una forma de captación inicial de la atención es mediante el recurso al modelo *freemium* o de subsidio cruzado. El modelo de negocio de estas empresas se encuadra dentro de lo que se conoce como mercados de doble o múltiple cara (*two-sided* o *multisided markets*). Estos mercados se caracterizan por la existencia de una empresa-plataforma que pone en contacto a dos colectivos distintos, vendiendo u ofreciendo dos o más productos o servicios a los dos grupos de consumidores, con demandas relacionadas indirectamente. Una de las características principales de estos mercados es la interdependencia entre ambos lados del mercado, lo que puede llevar a la plataforma a optar por estrategias de fijación de precios que permitan subsidiar el lado del mercado más sensible al precio por parte del lado más sensible al tamaño del otro lado del mercado. La plataforma para maximizar beneficios puede optar así, por ofrecer el servicio de forma gratuita para obtener mayores ingresos en la otra parte del mercado en base a la mayor información recopilada como consecuencia de la gratuidad del servicio. Si el acceso a la red social se ofrece de forma gratuita, es más fácil captar la atención inicial y posteriormente monetizar esa atención transfiriendo la información resultante a anunciantes y otras empresas.

21. La integración vertical y radial de las plataformas, ya sea estructural o contractualmente, posibilita la formación de ecosistemas digitales¹¹ en los que se potencia el compromiso de los usuarios al facilitarles que encuentren todos los servicios que desean en la propia plataforma, eliminando los incentivos para recurrir a proveedores alternativos. Esta misma finalidad puede buscarse mediante otros

⁸ Así, por ejemplo, a este esquema de captación y monetización de la atención responden los modelos empresariales de las cadenas de televisión financiadas mediante la venta de espacios publicitarios. T. WU: analiza la evolución de las empresas de la atención, que el denomina “mercaderes de la atención”, desde la aparición de los primeros periódicos en Nueva York en el s.XIX financiados exclusivamente con publicidad, T. WU: *The attention Merchants*, Atlantic Books, Londres, 2017.

⁹ Vid. E. BIETTI: “The Data-Attention Imperative”, *cit.*, p.10; N. RICHARDS/W. HARTZOG: “Against engament”, *Boston University Law Review*, vol. 104, 2024, pp. 1151 y ss.

¹⁰ E. BIETTI: “The Data-Attention Imperative”, *cit.*, p.10, incluye también dentro de la categoría de plataformas de la atención, a las plataformas de video a la carta, como Netflix o Hulu, y las plataformas de juegos, como, por ejemplo, Steam, Facebook gaming o Twitch.

¹¹ El crecimiento y el correspondiente incremento del grado de concentración de los mercados digitales se caracteriza por su carácter radical. Desde un negocio principal o central la actividad de las empresas se ha ido extendiendo a otros productos o servicios más o menos interrelacionados, dando lugar a auténticos ecosistemas digitales y a la reaparición en los mercados de los grandes conglomerados. En este sentido, por ejemplo, Google no es sólo un mero proveedor de un buscador digital. Ha crecido hasta ofrecer servicios como programación y gestión del tiempo, almacenamiento en la nube, mensajería instantánea, video chat, mapas y navegación, teléfonos inteligentes, etc. y también participa activamente en inteligencia artificial y salud y Meta, de su negocio principal, redes sociales y publicidad, se ha ido extendiendo a otros mercados como la inteligencia artificial, la computación en la nube, la realidad aumentada y el Internet de las cosas. Vid. in extenso, sobre la formación de los grandes ecosistemas digitales, HERRERO SUÁREZ: “Los nuevos conglomerados digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol.16, núm.2, *Studia Amicorum Alfonso Luis Calvo Caravaca*, 2024. pp. 949 a 965.

mecanismos, como la celebración de acuerdos contractuales con otros actores para incorporar los propios servicios como predeterminados (*default*), lo que los hace complicados y difíciles de sortear.

22. El objetivo de compromiso, no obstante, se va a perseguir fundamentalmente a través de dos mecanismos que, precisamente por ello, serán los más atacados y cuestionados en las acciones judiciales. Se trata, en primer lugar, de la creación y mantenimiento de flujos de noticias o contenidos adictivos a través de sofisticados sistemas de recomendación algorítmica y, en segundo lugar, del diseño consciente o intencionado de las plataformas para favorecer el uso continuado, e incluso compulsivo, mediante recursos técnicos, como el diseño de las interfaces o los scrolls infinitos y recursos psicológicos¹². En este sentido, algunos de los mecanismos o características de las redes que refuerzan la atención y la permanencia del usuario son: las recompensas impredecibles, generalmente basadas en técnicas de reafirmación y validación social¹³; el miedo a estar ausente o perderse algún contenido o información relevante (conocido en inglés por las siglas *fomo* o “*fear of missing out*”); la conocida, en una traducción literal del inglés, como gamificación, técnica consistente en añadir juegos o elementos propios de los juegos a una tarea o actividad para fomentar la implicación (p.e. ruleta de premios de Temu o el sistema de recompensas denunciado por la Comisión europea, TikTok Lite), los sonidos y vibraciones de los dispositivos, likes recíprocos, competencia social e inversión psicológica (por ejemplo, los sistemas de rachas de Snapchat o Duolingo).

23. El segundo pilar del modelo empresarial de estas plataformas consiste en la monetización de la atención, que se lleva a cabo, principalmente mediante publicidad, sin perjuicio de que las plataformas se puedan financiar de otras maneras, por ejemplo, a través de suscripciones como es el caso de Netflix, modelos de acceso escalonado o mediante la creación de bolsas de contenido exclusivo

24. Al modelo descrito pertenecen las redes sociales Facebook, Instagram, YouTube y TikTok, que si bien, no son las únicas, sí han sido las principales destinatarias de las acciones judiciales.

2. Las principales demandadas: Meta (Facebook e Instagram), Alphabet (YouTube) y Bytedance (TikTok)

25. La red social Facebook fue fundada en 2004 por Mark Zuckerberg y otros compañeros universitarios, en principio, como una red privada de intercambio de información entre estudiantes de Harvard. Debido a su éxito, en pocos meses se amplió su uso a otras universidades en el área de Boston, hasta volverse popular en todas las universidades estadounidenses. En septiembre de 2006 se permitió el acceso del público general al proyecto hasta convertirse, hoy en día, en la red social con el mayor número de usuarios registrados del planeta, con **más de 2.800 millones de usuarios activos mensuales**. En 2012 Facebook adquiere Whatsapp e Instagram en 2021. Ese mismo año decide realizar cambios en su marca y abandona el nombre de Facebook, manteniéndolo solo para la red social y adopta el de Meta para recalcar la planeada expansión de la empresa en la realidad virtual y el metaverso.

26. Tanto Facebook como Instagram son plataformas de la atención, en el sentido de que están orientadas a conseguir el compromiso del usuario que es monetizado fundamentalmente mediante publicidad personalizada.

¹² Vid. M.D. GRIFFITHS: “Weapons of Mass Distraction and Addiction by Design: What Techniques do Social Media Operators use to increase User Engagement?”, *TechReg Chronicle*, 2024.

¹³ Las cualidades adictivas de las plataformas se basan en gran medida en sus programas de recompensa impredecibles, centradas, en gran medida, en la validación social. Las notificaciones, los “likes”, los “retweets”, los comentarios y otros elementos del diseño digital, de aparición variable, proporcionan gratificaciones inciertas, lo que lleva a los usuarios a revisar repetidamente sus redes sociales en busca de esa sensación de satisfacción. Vid. A., ALTER: *Irresistible. ¿Quién nos ha convertido en yonquis tecnológicos?*, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 117 y ss.

27. YouTube es una plataforma a través de la que reproducir vídeos, subir contenido a un canal propio e interactuar con el resto de usuarios. Creada en 2005 por tres ex empleados de PayPal es adquirida un año después por Google. Su modelo de negocio es generar atención y participación en torno al intercambio y visualización de contenido generado por usuarios y socios, monetizándolas, principalmente a través de anuncios¹⁴ y, en menor medida, de suscripciones como en el caso del servicio YouTube Premium que ofrece streaming sin publicidad en todos los vídeos. La plataforma comenzó su actividad como un sitio para compartir contenido generado por el usuario y amplió progresivamente su modelo de negocio basado en publicidad y sus capacidades de contenido exclusivo y pago con el programa de socios.

28. Tik Tok es una red social, propiedad del gigante tecnológico chino ByteDance. La plataforma se utiliza para hacer videos de formato corto y vertical. La plataforma nace en 2016 como una red social centrada en la educación con la finalidad de compartir vídeos cortos para que los usuarios enseñaran o aprendieran de distintas temáticas. No consiguió el favor del público y se optó por un nuevo enfoque, mezclando vídeos y música en la aplicación. Su fusión en 2018 con otra red social china, Musical.ly, la catapultó al mercado internacional con el nombre de TikTok. Desde entonces, ha ido creciendo de forma exponencial hasta alcanzar en 2024, la cifra de 1.218 millones de usuarios activos al mes en todo el mundo. TikTok se financia también principalmente a través de anuncios¹⁵. Como hemos señalado, la batalla judicial contra las redes sociales no es exclusiva de Tik Tok, pero en esta plataforma confluyen dos características que condicionan el alcance de estas e introducen nuevos parámetros en la valoración de sus conductas y en las causas de actuación: 1) la nacionalidad china de la plataforma y 2) su difusión y éxito entre los menores de edad y, muy especialmente, entre los menores de 13 o 14 años. En este sentido, el temor a un posible acceso y utilización por el gobierno chino de datos personales e información de los usuarios recabados por la plataforma ha determinado que numerosos gobiernos y administraciones públicas hayan prohibido a sus empleados el uso de la plataforma en dispositivos profesionales o incluso personales (con aplicaciones profesionales). Este es el caso de la Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo, los gobiernos de Bélgica, Dinamarca, Canadá, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Noruega, Taiwan y EE.UU. Algunos países han dado un paso más allá y han prohibido directamente el uso de la aplicación en sus territorios, es el caso de India, Pakistan, Nepal, Somalia y muy significativamente EE.UU. con una ley aprobada en mayo de 2024 que obligaba a la empresa matriz a vender la aplicación en un plazo de nueve meses o de lo contrario, la app sería prohibida en el país. Ante el incumplimiento de la norma, ratificada por unanimidad por el Tribunal Supremo, Tik Tok fue suspendida en EE.UU., pero solo durante trece horas, dado que el ejecutivo entrante de Donald Trump decidió desactivar, por el momento, la prohibición.

29. En septiembre de 2023, la Comisión Europea incluyó a Bytedance como guardián de acceso o *gate keeper* con respecto a Tik Tok (servicio básico de plataforma), a Meta con, entre otros, Instagram y Facebook y a Alphabet, matriz de Google, con YouTube, en aplicación del Reglamento de Mercados Digitales¹⁶. Igualmente, todas ellas han sido designadas como *Plataformas Online de Gran Tamaño* (VLOP) con arreglo al Reglamento de Servicios Digitales¹⁷, por lo que todo el paquete regulatorio digital europeo es de aplicación a estas plataformas.

¹⁴ Es posible anunciarse en YouTube de varias formas: dentro o antes de un vídeo (saltable o no saltable), a través de un banner, cerca o en la pantalla del vídeo, o en la página de búsqueda junto a los resultados.

¹⁵ La publicidad no es, no obstante, la única forma de financiación de TikTok, que también cuenta con otras fuentes de ingresos, como la oferta de compras dentro de la aplicación y de recompensas virtuales para la participación del usuario. La plataforma, además, colabora con marcas para desafíos de contenido patrocinado y vende moneda virtual (TikTok coins) para dar propinas a los creadores de contenido.

¹⁶ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 *sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828* (Reglamento de Mercados Digitales).

¹⁷ Reglamento (UE) 2022/2065 *relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (Reglamento de Servicios Digitales)

III. Acciones judiciales contra las redes sociales

1. De la privacidad a la adicción

30. Inicialmente, los principales temores frente a las redes sociales se centraron, tanto judicial como normativamente, en el aspecto más vinculado a la economía de la vigilancia: el tratamiento dado a los datos personales de sus usuarios. La falta de seguridad, la violación del derecho a la privacidad y el uso que las plataformas habían hecho de los datos personales ha sido el fundamento de diversas demandas contra las redes sociales en la última década.

1. De la privacidad a la adicción

31. En este sentido, si tomamos como punto de referencia la red social china TikTok, contra esta plataforma se han entablado diversos procedimientos, tanto administrativos como civiles resarcitorios, en los últimos cinco años, por vulneración de las normas en materia de protección de datos. En EE.UU., Tik Tok fue sancionada en 2019 por la FTC con 5,7 millones de dólares por recopilar información personal de menores en violación de la *Ley de protección de la privacidad en línea de los niños* (COPPA, por sus siglas en inglés). Solo cinco años después, en agosto de 2024, el DOJ, en representación de la FTC ha demandado a la compañía, por infringir nuevamente la COPPA y la orden de 2019 de la FTC. Pero no solo hay procedimientos administrativos, en 2021, se produjo un acuerdo transaccional (*settlement*) de 92 millones de dólares en el marco de una acción colectiva contra la empresa china por la utilización ilícita de datos privados e información biométrica de sus usuarios mediante su cesión a terceros¹⁸. En Europa destaca la multa de 345 millones de euros impuesta en 2023 por la UE a través de la Agencia de Protección de Datos irlandesa por vulnerar el derecho a la intimidad de los menores en infracción del Reglamento Europeo de Protección de Datos¹⁹. La Comisión Europea ha abierto un procedimiento contra TikTok, en aplicación de la Ley de Servicios Digitales, para examinar si la plataforma ha incumplido la obligación de garantizar un alto nivel de privacidad y protección del menor, en especial, en relación a la configuración de la privacidad por defecto²⁰.

32. Pero la lesión a la privacidad no es el único argumento de ataque a las plataformas contra las que se han entablado procedimientos, tanto de naturaleza administrativa como resarcitorios, en base a distintos argumentos, centrados en **los posibles daños que pueden derivarse de su uso para la salud mental y física de sus usuarios**, especialmente en el caso de los menores de edad. Estas demandas, resultan, a mi juicio, más retadoras desde una perspectiva jurídica, obligando a buscar el encuadre de estas pretendidas lesiones en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de exigir o no responsabilidad a la plataforma y, en su caso, por qué vías y con qué límites.

33. En **Europa** existen diversos casos, con un incremento progresivo. En este sentido, tanto en Portugal²¹ como en los Países Bajos²² se han entablado acciones colectivas contra la red social Tik Tok, de carácter mixto, dado que recurren a consideraciones tanto de competencia desleal como de protección de datos para alegar daños a la privacidad de los menores y a su salud mental. Desde una perspectiva administrativa, en Italia, la Autorità Garante della Concorrenza impuso una multa de 10 millones de euros a TikTok, por los daños psico-físicos que sufrieron menores de edad por participar en un reto viral, conocido como la “cicatriz francesa”, consistente en lesionarse los pómulos, dejando marcas rojizas en el

¹⁸ In re TikTok, Inc., 565 F. Supp. 3d 1076

¹⁹ Decisión vinculante 2/2023, de 2 de agosto de 2023, sobre la controversia planteada por la AC irlandesa en relación con *Tik Tok Technology Limited* (art.65 RGPD).

²⁰ Vid. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_926.

²¹ <https://tiktok.iusomnibus.eu>.

²² <https://www.massaschadeconsument.nl/collectieve-acties/tiktok/>

rostro²³. Por su parte, la Comisión Europea entre los puntos objeto de investigación formal para evaluar si TikTok pudo haber infringido la Ley de Servicios Digitales, incluyó la valoración de si TikTok había evaluado y mitigado adecuadamente los riesgos sistémicos asociados con el diseño de un nuevo servicio TikTok Lite, incluyendo los sistemas algorítmicos que pueden estimular adicciones conductuales. De hecho, Thierry Breton, Comisario de Mercado Interior, ha afirmado expresamente: “Consideramos que TikTok Lite puede ser tan tóxico y adictivo como los cigarrillos *light*”. También Meta está siendo investigado por la Comisión para determinar si ha incumplido la LSD en relación con la protección de los menores en Facebook e Instagram. A la Comisión le preocupa que los sistemas y algoritmos de Facebook e Instagram puedan estimular adicciones en el comportamiento de los niños, así como crear los denominados “efectos agujero de conejo” (*rabbit hole effects*)²⁴. Se investigan además los métodos de garantía y verificación de la edad establecidos por Met ²⁵.

2. Demandas sobre adicción a las redes sociales en EE. UU. (*social media addiction lawsuits*).

34. No obstante, y pese al progresivo incremento de las demandas en Europa en los últimos años, es sin duda EE. UU., quien más procedimientos de daños tiene entablados contra las redes sociales, tanto individual como conjuntamente como codemandadas. Nos encontramos con una avalancha de demandas, a nivel federal y estatal (California, Nueva York, Seattle, Nuevo México, etc.) interpuestas por particulares, centros educativos, ayuntamientos y Fiscales Generales, en aplicación del derecho del consumo, competencia desleal y responsabilidad extracontractual (*torts*): general o basado en responsabilidad derivada de producto defectuoso (*products' liability*) e, incluso, por alteración del orden público (*public nuisance*), lo que puede ser perseguido tanto en vía penal como civil.

35. En estas demandas se exige a las plataformas modificaciones en sus modelos de negocios y compensación por los daños sufridos por los ciudadanos estadounidenses, especialmente adolescentes y menores de edad, en su salud mental y física, derivados del desarrollo de trastornos como ansiedad, depresión, comportamientos compulsivos, autolesiones o incluso suicidio en los casos más graves, como consecuencia del diseño adictivo de las plataformas. Estas demandas se conocen, en la jerga periodística y de los despachos de abogados, como *social media addiction lawsuits* o demandas sobre adicción a las redes sociales.

36. Frente a estas demandas, las plataformas han mantenido una primera línea de defensa uniforme: la ausencia de responsabilidad en aplicación de la **enmienda constitucional sobre libertad de expresión**²⁶ y, principalmente, del **artículo 230 de la *Communication Decency Act*** de 1998²⁷.

²³ Provvedimento n. 31124 del 5 de marzo de 2024, PS12543 - TIKTOK CICATRICE FRANCESE.

²⁴ El “rabbit hole effect” o efecto agujero de conejo en las redes sociales se refiere a la tendencia de los usuarios a caer en un ciclo de consumo de contenido que los lleva a explorar cada vez más temas relacionados, a menudo de manera profunda y sin conciencia del tiempo empleado.

²⁵ Vid. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_2664.

²⁶ Los intentos de regular el daño derivado de las plataformas de redes sociales corren el riesgo de violar los derechos de libertad de expresión de la Primera Enmienda debido a las restricciones que buscan imponer al contenido, específicamente a los algoritmos, utilizados por las plataformas de redes sociales. Sobre el alcance del derecho de libertad de expresión en este contexto, Vid. in extenso, COSTELLO ET ALTRI: “Algorithms, Addiction and Adolescent Mental Health: An Interdisciplinary Study to Inform State-level Policy Action to Protect Youth from the Dangers of Social Media”, *American Journal of Law and Medicine*, 49, 2023, pp. 148 y ss.; M.B. LAWRENCE: “Public Health Law’s Digital Frontier: Addictive Design, Section 230 and the Freedom of Speech”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4603784>, pp. 29 y ss.

²⁷ El recurso a la libertad de expresión o a la sección 230 de la CDA son un primer intento de frenar la acción de responsabilidad que impiden, de tener éxito, entrar siquiera a valorar los elementos de la pretensión resarcitoria. Para el caso de que estas defensas no sean operativas, los demandados también cuestionan habitualmente, la inexistencia de un producto al que sean de aplicación las normas de responsabilidad por producto defectuoso, de un nexo causal adecuado y suficiente o de un deber de conducta.

37. Este artículo proporciona inmunidad a los servicios informáticos en línea con respecto a los contenidos generados por terceros usuarios, de forma similar a los puertos seguros recogidos en los artículos del Reglamento europeo de servicios digitales²⁸. Su aplicabilidad a las redes sociales ha sido establecida judicialmente en numerosos pronunciamientos²⁹.

38. Si bien aún nos encontramos en los estadios iniciales en gran parte de estas demandas, algunas resoluciones recaídas en el marco de acciones individuales, al igual que diversos pronunciamientos judiciales en los grandes casos contra las redes, valorando las peticiones de desestimación de la demanda, especialmente en base al mencionado artículo 230 CDA, posibilitan apuntar ya algunas reflexiones sobre la viabilidad de estas demandas y su posible traslado al marco europeo.

39. Para ello, es importante distinguir los supuestos que, en ocasiones, se entremezclan en las distintas demandas entabladas contra las redes sociales.

A) Daños derivados del contenido

40. En primer lugar, algunas de las reclamaciones se refieren a daños directamente derivados de la exposición de los usuarios (en la mayoría de los casos menores de edad) a determinados contenidos. Este es el escenario, por ejemplo, en:

²⁸ A finales de la década de 1990, comenzaron a plantearse en los tribunales estadounidenses una serie de casos relacionados con la posible responsabilidad de los intermediarios de Internet por contenidos difamatorios transmitidos a través de la red. Los jueces intentaron resolverlos aplicando los principios del *common law* para la difamación que, a pesar de basarse en el principio de que la persona que repite o de cualquier otra forma reproduce o publica material difamatorio tiene la misma responsabilidad que el autor de este material, diferencia tres niveles de responsabilidad. En primer lugar, la responsabilidad del editor, que al tener control sobre los contenidos tiene la responsabilidad principal; la responsabilidad del distribuidor, que solo es responsable si tiene conocimiento de la difamación o tiene alguna razón para tener conocimiento de la misma, y la responsabilidad del mero canal de alojamiento (*common carrier*), que no se hace responsable independientemente de la existencia o no de conocimiento de la difamación. En un caso temprano, *Cubby contra CompuServe* (776 F.Supp. 135, S.D.N.Y. 29 de octubre de 1991), el tribunal concedió una importante salvaguardia a los intermediarios de Internet, al no considerarlos editores, sino meros distribuidores de información de terceros que, por lo tanto, estaban sujetos a un régimen de responsabilidad mucho más clemente. Años más tarde, esta doctrina se vió gravemente afectada, como resultado de un caso controvertido, el caso *Stratton Oakmont vs. Prodigy*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995) que identificó a un operador de telecomunicaciones como editor y, por lo tanto, le atribuyó la misma responsabilidad por una acción de difamación que a su autor material. El criterio del tribunal fue que, en este caso, el operador tenía un cierto grado de control sobre los contenidos, como resultado de haber definido una serie de mecanismos para detectar y eliminar contenidos ilícitos (software específico, un moderador del foro, etc.), y que, como resultado, debía ser considerado como un editor. Este caso abrió la puerta a una situación paradójica: el operador de Internet que no hubiera ejercido ningún tipo de control sobre los contenidos probablemente sería considerado como un distribuidor y podría eludir su responsabilidad, mientras que, por el contrario, el operador que hubiera intentado evitar la publicación de contenidos ilícitos tendría que responder por los contenidos cuya publicación no hubiera podido impedir.

Como reacción a esta situación resultante del caso *Stratton*, en 1996 se aprobó la *Communication Decency Act*, que añadía una nueva sección (230) a la *Communication Act* de 1934, definiendo la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información por contenidos de terceros, desde una doble perspectiva. En primer lugar, se estableció que el proveedor de un servicio informatizado no sería considerado como el editor o emisor de cualquier información suministrada por otro proveedor de contenido informativo. Una segunda norma, conocida como «protección del buen samaritano», elimina la doctrina *Stratton* al determinar que el proveedor de un servicio informático no puede ser considerado responsable de restringir de buena fe el acceso o la disponibilidad de material censurable, o de suministrar los medios técnicos para restringir el acceso a este material. Aquí el objetivo era fomentar la participación de los proveedores de servicios en la detección de contenidos ilícitos, precisamente con el fin de garantizar que este control editorial de los contenidos pudiera dar lugar a una acusación de responsabilidad.

Estas exclusiones de responsabilidad se han interpretado de manera amplia, lo que ha favorecido en gran medida la posición de los proveedores de servicios de intermediación. En este caso, la posición dominante en la jurisprudencia, basada en una interpretación amplia del término «editor», ha sido considerar que ningún intermediario puede ser considerado responsable de los contenidos proporcionados por un tercero, ni en base a la responsabilidad estándar del editor, ni aplicando la responsabilidad estándar del distribuidor común. Su postura se compara con la de un mero alojador o «transportista» (*common carrier*) que no sería considerado responsable incluso si supiera o tuviera alguna razón para saber de la naturaleza ilegal de los datos contenidos en sus redes.

²⁹ Vid. *ad.ex.*, *Klayman v. Zuckerberg*, 753 F.3d 1354, 1355 (D.C. Cir. 2014) (considerando a Facebook como un servicio informático en línea); *Fields v. Twitter, Inc.*, 217 F. Supp. 3d 1116, 1118 (N.D. Cal. 2016) (considerando a Twitter como un servicio informático en línea).

- 1) Los mediáticos casos de los retos virales o «challenges» que consisten en desafíos o pruebas que se graban con un dispositivo digital y se cuelga en alguna red social, invitando a otros usuarios a realizar la misma conducta. Muchos de estos juegos popularizados en redes implican graves riesgos para la salud, pudiendo causar lesiones o, incluso la muerte. Los ejemplos son muy numerosos, solo por citar algunos de los más populares: *chroming*: el desafío consiste en inhalar productos químicos tóxicos, como aerosoles de pintura, esmaltes o desodorantes; “*el que duerma el último gana*”: Lo que sugiere el desafío es tomar Clozapepam o Diazepam en grupo y el que consiga ver como cae el resto, y por tanto aguante más sin dormirse, gana., o el muy popular “Abecedario del diablo”, que anima a cortarse con algo punzante mientras se recita el abecedario y no parar hasta terminar de decirlo.
- 2) Exposición a páginas o contenidos relacionados con desórdenes alimenticios, (dietas extremas, técnicas para vomitar, body shaming, imágenes demacradas³⁰) o de tendencia suicida. Por ejemplo, en enero de 2022, Tammy Rodriguez demandó a Meta, propietaria de Instagram, y Span Inc., a la que pertenece Snapchat, acusándolas de propiciar el suicidio de su hija Selena, de solamente once años³¹. También contra Meta es la demanda, interpuesta ante el Tribunal del Distrito Norte de California, por la asociación Social Media Victims Law Center, en representación de Alexis Spence y sus padres, por los daños sufridos por la niña en su salud física y mental como consecuencia de la exposición a determinados contenidos en Instagram. En la demanda se alega que al poco de abrirse la cuenta, casi de forma inmediata el motor de inteligencia de Instagram condujo a Spence, entonces de once años de edad, a grupos con contenidos que glorificaban la anorexia o las autolesiones, a la vez que fomentaba una adicción de la niña a la aplicación³².
- 3) Exposición a contenidos falsos, extremos o manipulados. Esta es la situación considerada, por ejemplo, en la denuncia de Amnistía Internacional en el caso *Rohinyá*. El conflicto rohinyá es un conflicto en curso en la parte norte de Myanmar, caracterizado por la violencia sectaria entre las comunidades musulmana rohinyá y budista rakhine y la represión militar de los civiles rohinyá por parte de las fuerzas de seguridad de Myanmar. El conflicto ha provocado la migración masiva de rohinyás desde Myanmar, a partir de 2015, y varias masacres de rohinyás por parte del ejército de Myanmar y de lugareños armados en 2017. En 2022, Amnistía Internacional acusó a Meta, la empresa matriz de Facebook, de haber «contribuido sustancialmente» a las violaciones de los derechos humanos perpetradas contra el pueblo rohinyá de Myanmar. Amnistía afirmó que los algoritmos de Facebook «amplificaron proactivamente» el contenido contra los rohinyás. También alegó que Meta ignoró las peticiones de civiles y activistas para frenar la incitación al odio en la plataforma de redes sociales mientras se beneficiaba del aumento de compromiso o *engagement* de los usuarios³³.

41. En esta primera categoría de acciones, especialmente en los dos primeros supuestos o grupos, si bien puede ser más fácil apreciar el nexo de causalidad entre el daño y la exposición a un determinado contenido, también hay más probabilidad de que operen los puertos seguros. De hecho, los tribunales en EE.UU. han desestimado muchas demandas contra las redes sociales (p.e. *challenges*) en aplicación de la sección 230 CDA y la no responsabilidad de la plataforma por los contenidos creados por sus usuarios. No obstante, el alcance de este escudo está siendo objeto de cuestionamiento en EE.UU., debatiéndose si la inmunidad que otorga este artículo también operaría si la plataforma no se limita simplemente a poner a disposición del usuario contenido creado por terceros (o a no retirar contenido de terceros) sino que realiza, además, una labor de recomendación o “matchmaking” o “emparejamiento” conectando a

³⁰ Vid. La investigación realizada por el *Wall Street Journal* el 17 de diciembre de 2021, “The Corpse Bride Diet: How TikTok Inundates Teens with Eating-Disorder Videos”, disponible en <https://www.wsj.com/articles/how-tiktok-inundates-teens-with-eating-disorder-videos-11639754848>.

³¹ <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2022/01/rodriguez-meta-snap-complaint.pdf>

³² https://socialmediavictims.org/wp-content/uploads/2022/06/Spence-Complaint-6_6_22.pdf

³³ Vid. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/09/myanmar-facebooks-systems-promoted-violence-against-rohiny-gya-meta-owes-reparations-new-report/>

los usuarios con un determinado contenido, basándose en la probabilidad de que, en función de los datos de los que dispone y del algoritmo, este le interese³⁴.

42. El Tribunal Supremo estadounidense cerró sin pronunciarse un caso en el que, precisamente, la cuestión examinada era si las plataformas podían ser consideradas responsables, es decir, no estar protegidas por la inmunidad de la sección 230 CDA, cuando promueven de forma activa contenido ilícito mediante recomendaciones algorítmicas. Se trata del mediático caso *González v. Google*³⁵. En noviembre de 2015, una serie de atentados del Estado Islámico (ISIS) mataron a más de 130 personas en París, entre ellas la ciudadana estadounidense Nohemi González, una estudiante universitaria californiana de 23 años que estaba en un programa de intercambio. La familia de González demandó a Google en virtud de una disposición de la ley federal que impone responsabilidad a cualquiera que ayude, intencionadamente o no, a un ataque terrorista. La familia argumentó que Google era responsable porque promocionaba contenido de ISIS en su plataforma de YouTube a los usuarios mediante algoritmos de recomendación, ayudando así a los esfuerzos de reclutamiento de ISIS y, por lo tanto, facilitando, aunque fuera de manera indirecta, a ISIS la realización de los ataques del 2015. El caso causó una gran expectación, una eventual interpretación restrictiva de la CDA podría revolucionar la red, exigiendo a las plataformas una reformulación de sus modelos de negocios. Después de una compleja vista en la que los propios magistrados reconocieron tanto la situación de especial privilegio de los operadores tecnológicos que, gracias al amplísimo paraguas de la sección 230 CDA, no internalizaban sus costes, como la complejidad de su supresión o limitación en la que estaban en juego libertades fundamentales, el Tribunal Supremo decidió “no decidir”. El 18 de mayo de 2023, en una breve opinión consideró que, dado que la causa y petición de los demandantes, aunque no fuera de aplicación la sección 230, no tenía posibilidades de prosperar, las cuestiones respecto al alcance y aplicabilidad de la sección planteadas en el caso no estaban listas para una decisión³⁶.

43. Por tanto, en ausencia de un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo, la cuestión sigue abierta. Si bien no hay una línea uniforme de razonamiento, existiendo posturas discrepantes en los tribunales de Circuito³⁷, al menos, comienza a resquebrajarse la política de aplicabilidad prácticamente automática de la sección 230 CDA, a los algoritmos personalizados. En este sentido, es interesante la reciente sentencia del Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito en el caso *Tawainna Anderson v. TikTok*³⁸. TikTok, a través de su algoritmo, recomendó en su página personalizada (*For You Page*) a Nylah Anderson, una niña de diez años, un video con el reto del *blackout* o desmayo que anima a los espectadores a realizar actos de auto asfixia hasta provocar un desmayo. La niña murió ahorcada y su madre demandó a TikTok y a su empresa matriz Bytedance por responsabilidad extracontractual (*strict products liability* y *negligence*). En primera instancia la demanda fue desestimada en aplicación de la sección 230 CDA, al considerarse que esta excluía e inmunizaba a la empresa de cualquier tipo de res-

³⁴ Vid., también en la doctrina más reciente, posiciones discrepantes, T. KENNETH/I. RUBINSTEIN: “Gonzalez v. Google: The Case for Protecting “Targeted Recommendations”, *Duke Law Journal Online*, vol.72, 2023, pp. 177 y ss., favorables a la aplicabilidad del puerto seguro de la CDA a los algoritmos personalizados o recomendados, frente a posiciones más restrictivas, A.Z.ROZENSHTAIN; “Interpreting the Ambiguities of Section 230”, *Yale Journal on Regulation Bulletin*, núm.41, 2024, pp. 60 y ss.; A. ZAKON: “Optimized for Addiction: Extending Product Liability Concepts to Deffectively Designed Social Media Algorithms and Overcoming the Communications Decency Act”, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3682048>.

³⁵ *Gonzalez v. Google, LLC*, 598 U.S. 617 (2023).

³⁶ «Por lo tanto, nos negamos a abordar la aplicación de la sección 230 a una demanda que parece presentar pocas, o ninguna, reclamación plausible de reparación».

³⁷ Vid. *ad.ex. Force v. Facebook, Inc.*, 934 F.3d 53 (2d Cir 2019), donde se rechaza la inaplicabilidad del 230CDA incluso en los casos en los que la exposición a un determinado contenido no es el resultado de una búsqueda activa del usuario, sino una recomendación de la plataforma, considerándose que también en este último supuesto, la plataforma se limita a difundir contenido de terceros. La creación de algoritmos que ofrezcan, categoricen y promuevan contenido dañino probablemente no se consideraría un acto de provisión de contenido, sino más bien una función editorial protegida de responsabilidad, incluso si una plataforma de redes sociales obtiene ganancias de los ingresos publicitarios. Las plataformas pueden estar ayudando y beneficiándose de la orientación de contenido dañino a usuarios menores, pero no están creando el contenido en sí y, por lo tanto, pueden estar inmunizadas bajo la sección 230

³⁸ *Tawainna Anderson v. TikTok Inc, Bytedance, Inc.*No. 22-3061 (3d Cir. 2024).

ponsabilidad. No obstante, en apelación, el tribunal de Circuito rechaza la aplicabilidad en este supuesto del puerto seguro, en una reinterpretación del alcance y función de esta cláusula. Es interesante esta sentencia, porque dos son las teorías adelantadas para fundamentar su inaplicación, una mayoritaria y otra recogida en el voto particular de un magistrado.

44. La mayoritaria se basa en un pronunciamiento del Tribunal Supremo en *Moody v. NetChoice, LLC*³⁹, en el que, en un caso sobre libertad de expresión, la Corte examina la naturaleza de los algoritmos de redes sociales que construyen flujos de información (o *feeds*) para transmitir y recomendar contenido a los usuarios. La labor selectiva del contenido de terceros y la decisión sobre su presentación (que implican juicios editoriales) determina que este resultado pueda ser considerado “discurso” “contenido” o “expresión” de la plataforma (por tanto, en este supuesto, discurso protegido por la primera enmienda que reconoce el derecho a la libertad de expresión). El Tribunal de Circuito, siguiendo este razonamiento, defiende la inaplicabilidad de la section 230 CDA, dado que esta solo opera frente a contenido de terceros, pero no frente a contenido de la propia plataforma como sería el algoritmo personalizado.

45. Resulta más interesante, a mi juicio, el voto particular del juez MATEY, que realiza una interpretación teleológica y sistemática del precepto, rechazando la aplicación automática y acrítica que están realizando numerosos jueces frente a cualquier demanda a las redes sociales.

46. “*Hoy en día, la sección 230 viene al rescate de las empresas de prácticamente cualquier reclamación vagamente relacionada con el contenido publicado por un tercero, sin importar la causa de la acción y cualesquiera que sean las acciones del proveedor. El resultado es una sección 230 que inmuniza a las plataformas de las consecuencias de su propia conducta y les permite ignorar la obligación ordinaria que la mayoría de las empresas tienen de tomar medidas razonables para evitar que sus servicios causen daños devastadores*⁴⁰”.

47. En una interpretación restrictiva de la sección, considera que esta solo protege al proveedor cuando se limita a alojar contenido de terceros. Por tanto, Tik Tok no puede ser considerado responsable por la mera presencia del video del reto de Blackout en su plataforma, pero esto no significa que no pueda tener responsabilidad como “distribuidor” por mantener esos videos en la plataforma y, sobre todo, recomendarlos siendo conscientes del daño que podían producir. Esto no es una responsabilidad por conducta de terceros sino por la propia conducta de la plataforma. Si esta es ilícita o no, es otra cuestión...lo que se debate es la operatividad o no de ese primer muro que impide entrar siquiera a analizar la conducta.

B) Daños derivados del carácter adictivo de la plataforma

48. Dadas las dificultades expuestas, para intentar eludir los muros de la Primera enmienda y, sobre todo, de la sección 230 CDA, en un segundo escalón de demandas se van a buscar otras bases de imputación de responsabilidad no relacionadas con el contenido difundido en la plataforma. Así, un segundo parámetro de acusación se basa en los daños asociados al carácter adictivo derivado de la propia configuración de la tecnología de la plataforma⁴¹. Dado que los beneficios de las plataformas

³⁹ *Moody v. NetChoice, LLC and NetChoice, LLC v. Paxton*, 603 U.S. 707 (2024).

⁴⁰ “*Today, section 230 rides in to rescue corporations from virtually any claim loosely related to content posted by a third party, no matter the cause of action and whatever the provider’s actions. The result is a section 230 that immunizes platforms from the consequences of their own conduct and permits platform to ignore the ordinary obligation that most business have to take reasonable steps to prevent their services for causing devastating harm*”.

⁴¹ Las bases de imputación son muy variadas. En algunos casos, se acude a las normas de Derecho privado en materia de responsabilidad extracontractual, ya sea las normas de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, las normas sobre daños extracontractuales o torts con carácter más general (*negligence theory*) o incluso, algunos demandantes han acudido a las normas que sancionan las alteraciones o lesiones del orden público (*public nuisance*), concretamente esta ha sido la base elegida por numerosos centros educativos, la ciudad de Nueva York contra una pluralidad de redes sociales o, por ejemplo, el Estado de Massachusetts contra Meta.

están directamente relacionados con el consumo y tiempo que los usuarios pasan en ella, las empresas de social media están continuamente adaptando su tecnología para maximizar el *engagement* o nivel de compromiso del usuario, diseñando conscientemente el producto para promover su uso compulsivo mediante la alteración de sus niveles de dopamina de tal modo que los usuarios pueden experimentar cambios en las estructuras cerebrales similares a los experimentados en el consumo de diversas sustancias o adicciones al juego.

49. Las afirmaciones de diseño adictivo alegan que las plataformas participan en lo que los psicólogos llaman condicionamiento operante mediante el uso de refuerzo intermitente de contenido neutral y técnicas de recompensa variable (similar a lo que se utiliza, por ejemplo, en relación con las máquinas tragaperras), pero, en estos casos con mecanismos como *scroll* infinito o *likes*, para fomentar la compulsión en los usuarios. Características como el desplazamiento infinito, el feed de noticias, las funciones de ‘me gusta’ y reposteo, el hecho de que cierta información solo esté disponible temporalmente, o que sea visible para una gran multitud, o que uno reciba información sobre la recepción y visualización de otros usuarios (doble tilde azul) e interacción con el contenido (respuestas y notificaciones) tienden a producir un compromiso continuo. Estas técnicas no tienen por qué implicar moderación de contenido o expresión editorial; de hecho, normalmente están ocultas a los usuarios, quienes tal vez nunca se den cuenta de que han sido condicionadas por un proveedor. Los demandantes alegan que es la propia adicción a la red la que tiene efectos nocivos para la salud mental y física de los usuarios, pudiendo dar lugar, entre otros, a trastornos como ansiedad, desórdenes alimenticios, depresión, autolesiones o, incluso, en los casos más graves, al suicidio.

50. Se busca un paralelismo entre el uso adictivo a las redes sociales por parte de los menores con la adicción al juego u a otras drogas denominadas “sin sustancia” (por ejemplo, la ludopatía), con efectos psicológica y neurológicamente análogos. En estos casos, no se cuestiona directamente el específico contenido presentado o el grado en que una plataforma controla el contenido, censurando o evitando censurar, priorizando o recomendando un contenido particular.

51. ¿Cuál es la operatividad de la section 230 CDA (y, en su caso de la Primera Enmienda) en estos casos? ¿Puede funcionar igualmente como escudo protector de las plataformas garantizándoles inmunidad frente a estas acusaciones? Se está exigiendo a la plataforma responsabilidad, no por su relación con el contenido de terceros, sino por las características y funciones de sus propias aplicaciones.

52. Por el momento, la respuesta de las autoridades judiciales no está siendo concluyente a este respecto, fundamentalmente encontramos resoluciones valorando peticiones de desestimación de las demandas de diseño adictivo, en las que, si bien hay una cierta apertura en la interpretación de la section 230 CDA, esta resiste alguno de los embates, fundamentalmente derivados de la dificultad -alegada por las plataformas- de determinar que rasgos o características de las plataformas pueden deslindarse del “contenido de terceros” y de la función como mero editor. Destacan, a este respecto, la resolución del Tribunal Superior del Condado de Suffolk y las resoluciones del Tribunal de Distrito Norte de California, en las que se mantiene una posición ambigua, pero se rechaza la operatividad automática frente a estas demandas de la section 230 CDA. Con arreglo al Tribunal de California hay rasgos denunciados como causantes de la adicción que involucran necesariamente un proceso relacionado con la publicación y, por tanto, están exentos: *scroll* infinito, contenido efímero, las notificaciones y los likes. Otros, por el contrario, no están relacionados con la publicación y, por tanto, protegidos por la inmunidad, como la insuficiencia de controles parentales robustos y el momento y agrupamiento de las notificaciones del contenido propio de los demandados⁴².

53. Pese a que no se refiere directamente al riesgo de que el diseño adictivo de las redes sociales cause daños, es interesante la sentencia del Tribunal del Noveno Circuito de 4 de mayo de 2021 en el caso

⁴² *People of the State of California v. Meta Platforms Inc.*, 4:23-cv 05448, Distrito Norte de California.

*Lemon v. Snap Inc.*⁴³, en la que sí se enjuicia la aplicabilidad de la sección 230 CDS a las características del diseño un producto de una red social, aunque estas estén relacionadas con el contenido de terceros.

54. Este caso se presentó a raíz de un violento accidente automovilístico a alta velocidad que mató a tres jóvenes en 2017. El accidente ocurrió cuando los chicos circulaban a más de 160 km/h por una carretera de Wisconsin, mientras documentaban su velocidad con el filtro de velocidad de Snapchat (*Speed Filter*)⁴⁴. Los padres de dos de los pasajeros fallecidos presentaron una demanda por negligencia en el diseño, alegando que la interacción entre el filtro de velocidad de Snapchat y su sistema de recompensas de «trofeos, rachas y reconocimientos sociales» representaba un defecto de diseño, que causó la muerte de sus hijos al fomentar la conducción peligrosa a alta velocidad.

55. El tribunal de distrito desestimó la demanda en aplicación de la sección 230 CDA, defendiendo la inmunidad de los operadores de servicios de la información cuando alojan, archivan, anuncian o no eliminan contenidos perjudiciales de terceros. Pero, el tribunal de circuito consideró que en este caso se estaba valorando si el daño se debía a algo distinto del contenido de un usuario externo. En este caso, el daño fue un accidente de coche supuestamente causado por la influencia del filtro de velocidad en los conductores adolescentes, y no por el mensaje de Snap que los chicos enviaron antes de su muerte. La cuestión para el tribunal, por lo tanto, era si los demandantes consideraban a Snap como el editor o emisor de los mensajes de los demandantes. El tribunal razonó que la reclamación de los demandantes no trataba a Snap como un editor de los mensajes de Snap de los chicos, sino más bien como el diseñador de un producto inseguro que publicaba el propio contenido del velocímetro de Snap. Snapchat podría ser considerada responsable de las violaciones del derecho de responsabilidad civil derivadas del contenido creado por su Filtro de velocidad. Además, el tribunal sostuvo que la demanda de los demandantes no alegaba una violación de un deber relacionado con el contenido o la publicación de los Snaps de las víctimas. Más bien, los demandantes alegaron una violación del deber de Snap de diseñar un producto razonablemente seguro, lo que el tribunal consideró independiente del papel de Snap en la supervisión y publicación de contenido de terceros.

56. Si se pasa el filtro de la CDA, el principal problema que las acciones enfrentan en estos casos, además, por supuesto, de la cuantificación del daño, es la prueba de la causalidad adecuada y suficiente. Por una parte, es necesario acreditar la existencia de adicción física a la plataforma (*general causation*). En este sentido, se están sucediendo los estudios e informes psicológicos, médicos, psiquiátricos, en los que trata de acreditar su potencial adictivo. Otras pruebas indirectas o indiciarias del posible carácter adictivo de las redes sociales y de los efectos que para la salud mental, especialmente de adolescentes, pueden derivarse, del examen de los documentos internos de las propias plataformas⁴⁵.

57. Pero, además, aunque se pruebe la existencia de adicción es necesario acreditar el nexo causal entre esta y el daño mental o físico sufrido por el usuario (*specific causation*) lo que puede ser difícil, por ejemplo, en los casos de suicidio u otros daños multifactoriales, en los que pueden confluir varias causas.

58. Algún sector doctrinal ha defendido que podría facilitarse la prueba del nexo causal mediante la imposición de auditorías obligatorias para evaluar los riesgos asociados con los algoritmos utilizados por las plataformas de redes sociales⁴⁶. Estas auditorías buscan garantizar que los algoritmos no generen efectos negativos, como la propagación de desinformación, la discriminación o la creación de burbujas de filtro que puedan afectar a los usuarios. La idea es promover una mayor transparencia y responsabilidad en el uso de la tecnología, asegurando que las plataformas operen de manera ética y segura.

⁴³ *Lemmon v. Snap, Inc.*, 995 F.3d 1085.

⁴⁴ Snapchat es una red social que permite a sus usuarios hacer fotos o vídeos (conocidos coloquialmente como snaps) y compartirlos con otros usuarios de Snapchat. Para mantener a sus usuarios enganchados, Snapchat los recompensa con trofeos, rachas y reconocimientos sociales basados en los snaps que envían. La aplicación también permite a sus usuarios superponer un filtro sobre las fotos o vídeos que capturan a través de Snapchat en el momento en que realizan esa foto o vídeo

⁴⁵ Vid. las referencias previas al caso *Facebook Files*.

⁴⁶ Vid. COSTELLO ET ALTRI: “Algorithms, Addiction and Adolescent Mental Health: *cit.*”, pp. 170 y ss.

C) Daños derivados del engaño: ocultamiento del carácter adictivo de la plataforma (*failure to warn claims*)

59. En tercer lugar, algunas de las pretensiones resarcitorias se apoyan en la supuesta deslealtad de la conducta de la plataforma, concretamente en su carácter engañoso por omisión, al no informar sobre la naturaleza adictiva de su producto y el riesgo de que este dé lugar a un uso compulsivo y otras lesiones mentales o físicas. Se defiende el interés del usuario o consumidor a no ser expuesto a un producto dañino sin su conocimiento y voluntad⁴⁷.

IV. ¿Y el futuro?... Armas existentes y soluciones regulatorias

1. *Nihil novum sub sole*

60. La idea de que la adicción y el comportamiento compulsivo crean un fallo de mercado que amenaza la salud pública y que los vendedores pueden explotar a los compradores haciéndoles engancharse a sus productos, no es nueva. La encontramos en la regulación de productos como el tabaco, el alcohol, las drogas, etc. El temor de que esta posibilidad de adicción pueda ser mayor en sujetos que aún no tienen su voluntad y capacidad plenamente desarrollada, tampoco es novedoso.

61. Existe un debate abierto sobre los posibles efectos perjudiciales de las redes sociales en la salud mental de sus usuarios, especialmente en el caso de los usuarios menores de edad por su especial vulnerabilidad. Es un debate en ciernes, que enfrenta a escépticos que niegan que el diseño adictivo de la plataforma sea una amenaza genuina para la salud pública o, al menos, niegan que hoy en día exista suficiente evidencia que establezca tal amenaza o que las intervenciones normativas impliquen beneficio suficientes como para justificar la intervención regulatoria en el mercado o, que sean de tan difícil implementación en la práctica que sea posible abogar por un *laissez-faire* y la ausencia de intervención. Las posturas más escépticas rechazan categóricamente la conveniencia de la intervención pública y defiende la capacidad correctora -si fuera necesaria- del libre mercado y de las decisiones individuales. De esta forma, las preocupaciones sobre las posibilidades y los riesgos de la adicción son reducidas a cuestiones de autonomía individual y autocontrol. Cualquier intervención para limitar o controlar el tiempo, los contenidos o el diseño de una plataforma es tachada de paternalista e intrusiva, al cuestionar las verdaderas decisiones y preferencias de los usuarios que libremente eligen y disfrutan de estos servicios adictivos⁴⁸.

62. Por otro lado, otras posturas defienden la necesidad de adoptar medidas específicas para salvaguardar la salud de los usuarios, de forma similar a las adoptadas con otros productos, servicios o actividades percibidos como adictivos y peligrosos. Se recela del funcionamiento corrector del libre mercado sobre la base de distintos argumentos. En primer lugar, se cuestiona la pretendida libertad y consciencia de los usuarios, denunciándose que, en muchos casos, son las propias empresas las que recurren a “la libertad de elección” de sus usuarios, utilizándola como una justificación ética del incremento de la vigilancia, la manipulación y la exposición al riesgo. Se recela de la existencia de una libertad real, porque esta es ahogada o eliminada por gran parte de los mecanismos y trucos utilizados por las empresas para generar el compromiso y captar la atención continuada del usuario, dado que estos interfieren con su habilidad para tomar decisiones racionales y suficientemente informada

63. Las empresas de redes sociales emplean incesantes fuentes de contenido basado en algoritmos para mantener a los usuarios jóvenes interesados en las plataformas, lo que genera miles de millones en ingresos anuales para la plataforma pagados por los anunciantes que dirigen anuncios a

⁴⁷ Como señala T. Wu: *The attention merchants*, cit., p. 7, “it is essential that we fully understand the deal”.

⁴⁸ Recogen las distintas posturas contrarias a una intervención, E. BIETTI: “The Data-Attention Imperative”, cit., pp. 37 y ss. N. RICHARDS/W. HARTZOG: “Against engament”, cit., pp. 1161

menores⁴⁹. Los sistemas utilizados para generar esa atención implican un riesgo de adicción, especialmente en usuarios más jóvenes. Pese a que pueda resultar tentador reducir estos trastornos y sus consecuencias dañinas a problemas de elección individual, delegando las soluciones a herramientas basadas en el mercado, con los incentivos económicos actuales, es muy poco creíble que las plataformas vayan a modificar o eliminar las prácticas que perjudican a los usuarios jóvenes de las redes sociales. Estas posturas defienden, por tanto, la necesidad de alterar esos incentivos y de corregir esos fallos de mercado.

64. Dos vías se están simultaneando para hacer frente a los peligros percibidos. Por una parte, como hemos examinado, la acción judicial, aún en sus estadios iniciales, exigiendo responsabilidad a las plataformas por los daños que hayan podido causar con su conducta.

65. Un segundo campo de actuación lo constituyen los intentos de establecer límites a estos modelos de negocios mediante la aprobación de normativa regulatoria. En este sentido, el campo inicial de actuación y, de nuevo, se pone de manifiesto la relación entre la economía de la atención y la economía de la vigilancia ha sido, principalmente, la aprobación de normativa sobre protección de datos. Como remedio para combatir los trastornos de atención se atiende a la parte de los datos de la ecuación, considerando al capitalismo de vigilancia como la causa raíz de estos trastornos. Hasta ahora, el enfoque de la política y la ley no ha sido prohibir las prácticas comerciales impulsadas por datos, sino aislar los datos como un objeto de regulación de otras partes de un negocio y otorgar a los individuos derechos de protección en relación a estos datos⁵⁰.

66. Progresivamente se han ido abriendo nuevos flancos de intervención normativa. Desde las medidas más drásticas, como la ley australiana que prohíbe el uso de redes sociales a menores de 16 años⁵¹ o la ley francesa que impide el acceso a redes a menores de 15 años sin autorización parental⁵² hasta soluciones normativas centradas en la esencia del modelo, los mecanismos de *engagement*, que buscan asegurar que las técnicas y mecanismos empleados no afecten a la seguridad y salud de sus usuarios, especialmente, de los usuarios más jóvenes⁵³.

67. Así, la propia Ley de Servicios Digitales o, en España, el recientísimo *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales*, que intentan garantizar la seguridad y salud de los usuarios de productos digitales, implicando activamente a los prestadores del servicio en esa garantía, por ejemplo, mediante la exigencia de implantación de controles parentales o medidas de verificación de edad efectivas.

2. Reflexión final...

68. A los menores se les ha limitado el acceso a productos considerados perjudiciales o que pueden poner en riesgo su salud. Se abre ahora un nuevo terreno pantanoso como consecuencia de la digitalización y el auge de las redes sociales, con delicados conflictos de intereses

⁴⁹ COSTELLO ET ALTRI: “Algorithms, Addiction and Adolescent Mental Health”, *cit.*, p. 137 reconocen como en 2022, las principales plataformas de redes sociales obtuvieron casi 11 mil millones de dólares en ingresos publicitarios de niños estadounidenses de cero a diecisiete años.

⁵⁰ La insuficiencia del control de datos para frenar los problemas de adicción ha sido cuestionada por la doctrina: N. RICHARDS/W. HARTZOG: “Against engagement”, *cit.*, pp. 1164 y ss.; E. BIETTI: “The Data-Attention Imperative”, *cit.*, pp. 52 y ss.

⁵¹ *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024*. Está prevista la entrada en vigor de las restricciones de edad en Diciembre de 2025.

⁵² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *relative à la protection des données personnelles des mineurs sur les réseaux sociaux*.

⁵³ N. RICHARDS/W. HARTZOG: “Against engagement”, *cit.*, pp. 1155 y ss., insisten en la necesidad de controlar legalmente los mecanismos de compromiso y sancionar los casos en los que estos lesionen los intereses de los consumidores, de las instituciones o de la sociedad o tengan un carácter engañoso. Vid. OECD Digital Economy Papers, núm. 363, 2024: *Towards Digital Safety by Design for Children*.

69. Ahora bien, es necesario tener en consideración que, a la hora de imputar responsabilidades, a mi juicio, no pesan igual los dos lados de la balanza, que enfrenta, por un lado, la protección de la seguridad y salud de los ciudadanos (especialmente de los menores por ser un colectivo especialmente vulnerable y ser susceptible de sufrir daños mayores) con la libertad de empresa, en su caso, libertad de expresión, y fomento de la innovación y desarrollo de nuevas actividades económicas digitales⁵⁴, sobre todo si se tiene en cuenta la finalidad exclusivamente lucrativa de una de las partes y la vieja máxima latina: *ubi emolumentus ibi onus*.

70. Ciertamente, las plataformas no están obligadas a promover el bien común con sus negocios y actividades empresariales. El juez MATEY, en su voto particular en el caso *Tawainna Anderson* lo refl - ja acertadamente: “La empresa puede decidir seleccionar el contenido que ofrece a los niños para enfatizar las virtudes más bajas, los gustos más viles. Puede negarse a utilizar un bien común para promover el bien común...”. Ahora bien, esto no implica que pueda permitírseles que causen daño para lucrarse. Recuperamos aquí otro viejo axioma latino, estructural a todo el sistema de responsabilidad civil, que es el principio del *alterum non laedere*.

⁵⁴ Este argumento, surgido en los inicios de la revolución digital, debería empezar a ser reconsiderado con seriedad, o, al menos a valorarse su alcance, no pudiendo usarse para justificar una suerte de inmunidad general de las plataformas frente a cualquier exigencia de responsabilidad.

En el laberinto digital: las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOS) ante el derecho internacional privado europeo

In the digital labyrinth: decentralized autonomous organizations (DAOS) and European private international law

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Loyola Andalucía*

Recibido: 11.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9339

Resumen: La aparición de la tecnología *blockchain* y de las denominadas Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs) plantean desafíos significativos para el Derecho internacional privado. Este trabajo analiza la naturaleza jurídica y el régimen regulatorio de las DAOs, explorando cómo su carácter descentralizado, la ausencia de personalidad jurídica tradicional y su operativa global afectan su encaje en los distintos ordenamientos jurídicos. Además, se estudian las dificultades para determinar la competencia judicial y la ley aplicable en disputas relacionadas con estas organizaciones con especial foco en el Derecho internacional privado español y europeo.

El trabajo aborda las limitaciones de los criterios de conexión tradicionales, como el domicilio social o el lugar de constitución, proponiendo soluciones basadas en la vinculación territorial los promotores, siempre que sea posible. Finalmente, reflexiona sobre la necesidad de una regulación que integre las DAOs en el marco normativo existente, garantizando un equilibrio entre innovación tecnológica y seguridad jurídica.

Palabras clave: *Blockchain*, DAOs (Organizaciones Autónomas Descentralizadas), Derecho internacional privado, competencia judicial internacional, ley aplicable, *lex societatis*, foro societario, smart contracts, gobernanza descentralizada, ecosistemas digitales.

Abstract: The emergence of blockchain technology and so-called Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) poses significant challenges for private international law. This paper examines the legal nature and regulatory framework of DAOs, exploring how their decentralized character, lack of traditional legal personality, and global operation impact their integration into different legal systems. Additionally, it discusses the difficulties in determining judicial jurisdiction and the applicable law in disputes related to these organizations, with a particular focus on Spanish and European Private international law. In this regard, the article addresses the limitations of traditional connecting factors, such

*Con este artículo me gustaría sumarme al homenaje recogido en el anterior número de CDT al profesor A.L. Calvo-Caravaca, a quien tuve el honor de conocer durante una estancia en la Universidad Carlos III de Madrid en 2001. Mi admiración y respeto hacia el profesor Calvo-Caravaca son profundos, no solo por la extraordinaria variedad de los temas que ha investigado, sino también por la profundidad con la que los ha abordado, siempre con un sólido anclaje en la jurisprudencia relevante y en las cuestiones más actuales. Su constante defensa de la seguridad jurídica y la equidad en las relaciones jurídicas es un ejemplo admirable. Asimismo, valoro enormemente el grupo de investigadores y especialistas que ha reunido a lo largo de los años, formando escuela y mostrando una generosidad excepcional al compartir su conocimiento. Recuerdo con especial cariño sus frecuentes referencias a sus admirados profesores italianos y las anécdotas de sus estancias en Alemania (*Herr Prof. Dr.*)

as registered office or place of incorporation, and suggests solutions based on the territorial connections of the promoters, when feasible. Finally, it reflects on the need for regulation that integrates DAOs into the existing legal framework, ensuring a balance between technological innovation and legal certainty.

Keywords: Blockchain, DAOs (Decentralized Autonomous Organizations), Private International Law, jurisdiction, applicable law, *lex societatis*, corporate forum, decentralized governance, digital ecosystems.

Sumario: I. Introducción. II. La tecnología *blockchain*. III. Los contratos inteligentes o *smart contracts*. IV. Aplicaciones de la tecnología *blockchain*. Gobernanza descentralizada. 1. Propiedad virtual y Tokens No Fungibles (NFTs). 2. Economía descentralizada y criptodivisas. 3. Identidad digital y privacidad. 4. Gobernanza descentralizada. V. Las DAOs y su funcionamiento. 1. Definición y características. 2. Tipos de DAOs. 3. Régimen jurídico. VI. DAOs y Derecho internacional privado. Cuestiones sobre competencia judicial internacional. 1. Foro societario. A. DAOs no reguladas. B. DAOs reguladas. 2. Otros litigios societarios. VII. Ley aplicable a las DAOs. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La descentralización que proporciona la tecnología *blockchain* garantiza la gestión segura de activos digitales y facilita transacciones sin necesidad de intermediarios,¹ aportando integridad y seguridad a las operaciones en la criptoconomía. Esta característica no solo protege las inversiones, sino que también fomenta una mayor participación y autonomía, al permitir que los individuos ejerzan un control directo sobre sus activos y decisiones.² De esta forma, la tecnología *blockchain* es vista como un pilar fundamental para que los ecosistemas digitales se desarrollen como una sociedad virtual descentralizada y democrática, con su propio sistema económico y de gobernanza. En este contexto, la aparición de las denominadas Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs) juega un papel crucial, ya que estas ofrecen un modelo de gobernanza innovador y eficiente para coordinar las actividades económicas y la toma de decisiones. Esta estructura organizativa facilita, en este sentido, una mayor participación y autonomía de los usuarios y fortalece la integridad y seguridad del entorno digital. Además, refleja los principios de autonomía y autogestión, lo que permite la creación de un ecosistema donde las reglas y decisiones se toman de manera colectiva y se promueve, con ello, una mayor equidad y participación de todos los miembros de la comunidad digital.³ En resumen, al asegurar la integridad, transparencia y seguridad de las operaciones y datos, esta tecnología no solo protege las inversiones y datos de los usuarios, sino que también promueve un entorno más participativo y democrático, alineándose con los valores fundamentales de la nueva era digital.

2. El presente artículo tiene como principal objetivo examinar los desafíos y oportunidades que presentan las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs) desde la perspectiva del Derecho internacional privado español y europeo, un campo jurídico que adquiere relevancia crítica en el contexto de las relaciones transfronterizas que caracterizan a los ecosistemas digitales. En particular, el trabajo busca responder a cuestiones fundamentales sobre la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable a las DAOs, considerando su carácter descentralizado, su falta de personalidad jurídica tradicional y su operativa distribuida a nivel global.

¹ Informe “NTT DATA ‘Retos y oportunidades del metaverso en los servicios financieros’,” 2023, <https://es.nttdata.com/documents/metaverso-una-vision-de-banca-y-seguros.pdf>.

² H. CHEN ET AL. “Web3 Metaverse: State-of-the-Art and Vision.” *ACM Transactions on Multimedia Computing Communications and Applications*, vol. 20, núm. 4, 2023, pp. 1–42, <https://doi.org/10.1145/3630258>.

³ C. BERMEJO FERNÁNDEZ Y P. HUI, “Life, the Metaverse and Everything: An Overview of Privacy, Ethics, and Governance in Metaverse,” 2022 IEEE 42nd International Conference on Distributed Computing Systems Workshops (ICDCSW), 2022, pp. 272-277, <https://doi.org/10.1109/ICDCSW56584.2022.00058>.

3. Para ello, el trabajo comienza con una breve presentación de la tecnología *blockchain* en el apartado II, seguido de un análisis de los contratos inteligentes (*smart contracts*) en el apartado III y de sus aplicaciones, incluido su uso como marco normativo interno de las DAOS en el apartado IV. A continuación, el apartado V aborda la cuestión de la naturaleza jurídica y regulación de las DAOS, explorando su conceptualización legal y examinando cómo encajan (o no) dentro de las categorías jurídicas existentes en los distintos ordenamientos jurídicos. Este apartado analiza los retos que plantea su carácter descentralizado y la ausencia de una sede física o jurídica. Una vez conceptualizada, el apartado VI explora la cuestión de la competencia judicial internacional y el VII, los aspectos sobre ley aplicable. En estos apartados reflexionamos cómo las características transnacionales de las DAOS interfieren con las normas de competencia judicial internacional y de conflicto tradicionales y cómo podría desarrollarse un marco normativo más adecuado. Finalmente, el apartado VIII concluye y plantea recomendaciones para abordar la ausencia de regulación actual y fomentar un entorno normativo que permita a las DAOS operar de manera segura y eficaz, sin comprometer los principios fundamentales de seguridad jurídica, equidad y protección de derechos.

II. La tecnología *blockchain*

4. El origen de la *blockchain* o *distributed ledger technology* (DLT) como tecnología disruptiva se remonta al protocolo de la criptomoneda *Bitcoin* creado bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto en 2009.⁴ *Blockchain* es una base de datos descentralizada, organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí de forma matemática y distribuida entre diferentes participantes llamados nodos.⁵

5. En la *blockchain* las transacciones se llevan a cabo *peer to peer* o de usuario a usuario, están encadenadas unas con otras y no pueden separarse, de forma que el acceso a una determinada transacción permite conocer todo su historial previo. Efectivamente, cada operación se registra irreversiblemente en un bloque de datos que almacena varias operaciones y cuyo contenido se encripta a través de un algoritmo llamado “hash,” estando la clave de encriptado de cada transacción basada en la transacción anterior. La clave es crucial para descifrar la información y poderla leer de nuevo. Por ello, si se ha manipulado la transacción anterior, la transacción actual no será legible.⁶

6. Los bloques se distribuyen entre los diferentes nodos, de forma que cada transacción se registra uniformemente entre los participantes, una vez ratificada la validez de la operación en base a transacciones anteriores. Puesto que la información contenida en una cadena de bloques no puede ser suprimida o alterada sin el consenso de la red, se ha afirmado que la cadena de bloques es “simultáneamente resistente, transparente e inviolable.”⁷

7. Una transacción se inicia en la *blockchain* cuando el remitente introduce una clave digital única que permanece en secreto para él (“clave privada”) y la clave públicamente conocida del destinatario (“clave pública”) a una cadena de firmas digitales en Internet.⁸ Todas las transacciones son públicas, pero se consideran anónimas porque nada relaciona a individuos u organizaciones con las cuentas identificadas en las transacciones

8. Desde que Satoshi Nakamoto creó *Bitcoin* han surgido diferentes tipos de cadenas de bloques. La *blockchain* original es abierta/pública (sin permiso), pero también hay cadenas de bloques cerradas/

⁴ S. NAKAMOTO, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System,” *Bitcoin Project*, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁵ M. SWAN, *Blockchain, Blueprint for a New Economy*, O’Reilly Media, 2015, Prefacio VIII.

⁶ A. RANGONE, *Managing Corporate Innovation. Determinants, Critical Issues and Success Factors*, Springer Nature, 2019, p. 78.

⁷ B. CARRON Y V. BOTTERON, “How smart can a contract be?” en D. Kraus et al. (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 101, 106.

⁸ S. NAKAMOTO, op.cit., p. 2.

privadas (autorizadas) y semipúblicas (consorcios o permissionadas). Las cadenas de bloques públicas como *Bitcoin*,⁹ *Ethereum*,¹⁰ *Stellar*¹¹ o *Dash*¹² están abiertas a cualquier persona y la confianza se crea a través de herramientas matemáticas y el mecanismo de consenso. Son transparentes porque cualquier persona con el software necesario puede ver la información registrada en la cadena de bloques, aunque sólo la información de la transacción es abiertamente visible, no así quienes son *traders* o usuarios. Por el contrario, las cadenas de bloques privadas, como *Hyperledger Fabric*¹³ de IBM, limitan el acceso a las personas autorizadas y se gestionan de forma centralizada. Los participantes de una red *blockchain* privada se conocen entre sí y los permisos de escritura están restringidos a la organización. En cambio, los de lectura pueden estar abiertas al público o restringidos en la medida que se desee. Este modelo no desintermedia por completo, pero puede ser adecuado simplificar flujos complejos de administración de datos y reducción de costes. Por último, las cadenas de bloques semipúblicas o consorciadas contienen algunas de las mismas características criptográficas de las cadenas públicas, pero permiten un control mucho mayor desde unos pocos nodos específicos. Un ejemplo de *blockchain* consorciado es *Quorum Blockchain*.¹⁴

9. La información susceptible de ser registrada en *blockchain* puede ir referida a transacciones, contratos, activos, identidades o prácticamente cualquier cosa que pueda ser referenciada de manera digital. Al ser un sistema difícil de hackear y capaz de proporcionar información segura, lo hace ideal para aplicaciones en las que haya que probar la autenticidad o la cadena de custodia. La aparición de *blockchain* supone, ciertamente, la posibilidad de compartir y gestionar el valor de activos o bienes de una forma digital y descentralizada, sin la necesidad de depender de una entidad de confianza que centralice el proceso, lo que se ha denominado el Internet del valor frente al Internet de la Información.¹⁵

10. Aunque el potencial y alcance de esta nueva tecnología todavía está por determinar, su aplicación no es exclusiva del sector financiero, pues cada vez son más los campos que exploran todo su potencial, como, por ejemplo, los seguros, las telecomunicaciones, la energía, la industria 4.0, la salud, las pymes, el juego online, los medios, las ONGs, el sector público, etc. Las aplicaciones actuales con más presencia y reconocimiento se pueden dividir en dos grandes grupos: (i) aplicaciones de registro y (ii) aplicaciones contractuales. Las primeras van dirigidas a almacenar información de forma inmutable en la *blockchain*, generando así un registro distribuido inalterable. Su utilidad es grande, tanto en el sector público como en el privado. Por ejemplo, registros de datos e historial médico de pacientes; registro de la propiedad (como ya se está probando en países como Suecia o Japón); registro de vehículos; registro de empresas; registro civil, incluyendo nacimientos y defunciones, matrimonios, divorcios etc. (Estonia permite a los ciudadanos con identidad digital registrar sus partidas de nacimiento y matrimonio en la *blockchain*); registro de antecedentes penales; registros contables, bancarios etc. Por otra parte, la posibilidad que ofrece esta tecnología de intercambiar representaciones de todo tipo de activos físicos o digitales existentes externamente por tokens digitales, valiosos por sí mismos y existentes solo en la *blockchain*, favorece su utilización en aplicaciones transaccionales y contractuales, como las criptomonedas o la posibilidad de crear *smart contracts* (contratos inteligentes). Estos serán abordados a continuación.

11. A medida que el desarrollo de la tecnología *blockchain* avanza, habría que analizar vías para corregir y mejorar algunos puntos que se antojan problemáticos. Por ejemplo, el registro global y universal de información en la cadena de bloques, que es inmutable, conlleva que todas las transacciones queden almacenadas para siempre y, por lo tanto, que no tenga cabida el derecho al olvido o a una segunda oportunidad. Además, aunque se trata de un sistema que impide manipulaciones, no es totalmente inmune a hackeos, como el robo de 3.600 millones de criptomonedas *Ethereum* de la Organización Au-

⁹ <https://bitcoin.org>

¹⁰ <https://ethereum.org>

¹¹ <https://www.stellar.org>

¹² <https://www.dash.org>

¹³ <https://www.ibm.com/blockchain/hyperledger>

¹⁴ <https://www.goquorum.com>

¹⁵ A.J. EHRENBERG y J. LESLIE KING, *Blockchain in Context*, *Information Systems Frontiers*, 2019.

tónoma Descentralizada (DAO), un nuevo tipo de fondo de inversión basado en la cadena de bloques.¹⁶ O el coste de construir y mantener la cadena de bloques, que implica una infraestructura subyacente de ordenadores y redes de datos, con el consiguiente consumo de electricidad. A medida que el tamaño de la cadena va aumentando se hace necesario encontrar formas menos costosas de validar y añadir nuevos bloques. Sin olvidarnos de las implicaciones jurídicas que conlleva esta tecnología, por ejemplo, quién asume qué responsabilidad dentro de la cadena de bloques.

III. Los contratos inteligentes o *smart contracts*

12. La tecnología *blockchain* como soporte de aplicaciones contractuales tiene un potencial enorme, más allá de las transacciones de criptomonedas. En este aspecto cabe destacar los denominados *smart contracts*.

13. El término *smart contracts* o contratos inteligentes ya fue acuñado por el informático y jurista Nick Szabo en 1994 como aquellos acuerdos contractuales donde la verificación, aplicación y ejecución de los términos del contrato está automatizada,¹⁷ por ejemplo, una máquina expendedora de bebidas. En los últimos años el término ha empezado a utilizarse en referencia a programas informáticos que eliminan la discreción humana en la ejecución del contrato. Con ello se garantiza el cumplimiento de los términos contractuales sin tener que recurrir a jueces y tribunales,¹⁸ puesto que el programa tiene el control sobre aquellos objetos físicos o digitales necesarios para realizar la ejecución. Ejemplos de *smart contracts* son un programa instalado en un vehículo que evita su puesta en marcha si los términos del alquiler no se cumplen o un software bancario que transfiere automáticamente dinero si se cumplen ciertas condiciones. La aparición de la tecnología *blockchain* supone, además, que los términos del contrato y las condiciones relacionadas con su ejecución pueden ser programadas en la cadena de bloques y con ello garantizar la confianza que supone su inmutabilidad y neutralidad. De esta forma se obtiene un programa que siempre va a actuar de la misma forma sin requerir de la buena voluntad de otra parte o de un tercero.

14. La plataforma pionera en ofrecer soluciones para desarrollar *smart contracts* fue *Ethereum*¹⁹ en 2014, utilizando *Solidity* como lenguaje de programación, aunque ya han surgido muchas otras plataformas basadas en la tecnología de la cadena de bloques, como, por ejemplo, *Hyperledger*,²⁰ *Counterparty*,²¹ *RSK*²² o *Corda*.²³

15. Entre las ventajas destacables de la utilización de contratos inteligentes se suelen mencionar: (i) autonomía: se puede prescindir de abogados, notarios o cualquier otro intermediario para firmar un contrato o acuerdo; (ii) confianza: la encriptación y la validación descentralizada y mediante consenso hace casi imposible que los documentos se puedan perder o cambiar; (iii) seguridad: el encriptado y la información validada en varios bloques a la vez, limita las posibilidades de hackeos; (iv) rapidez: al ser acuerdos autoejecutables no se necesita la acción de la otra parte o la intervención de terceros, por lo que hay inmediatez; (v) ahorro: al ser autoejecutables, se elimina la necesidad de tener que pleitear para hacer cumplir lo que está recogido en el contrato y (vi) exactitud: el lenguaje computacional es extremadamente preciso, lo que permite asegurar que se va a ejecutar exactamente lo que dice el contrato, eliminando posibles errores ligados a la intervención de personas para llevar a cabo las acciones que conllevan.

¹⁶ U. R. RODRIGUES, "Law and the Blockchain", *Iowa Law Rev*, vol. 104, 2019, pp. 679-729.

¹⁷ N. SZABO, *Smart Contracts*, 1994, disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>

¹⁸ M. RASKIN, "The Law and Legality of Smart Contracts", *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017, pp. 305-341.

¹⁹ <https://ethereum.org>

²⁰ <https://www.hyperledger.org/>

²¹ <https://counterparty.io/>

²² <https://www.rsk.co/>

²³ <https://www.corda.net/>

16. No obstante, estas herramientas también llevan aparejadas algunos inconvenientes, como pueden ser su posible incompatibilidad con la normativa sobre protección de datos, dado que los distintos actores (propietarios de la red, desarrolladores de la tecnología, nodos participantes en la red o los propios interesados) tienen acceso a los datos personales y se sitúan en un plano de igualdad en la red, dificultan o con ellos la determinación de la condición de responsable y encargado de tratamiento entre los mismos, tal como exige el Reglamento general de protección de datos (RGPD).²⁴ De la misma manera, los contratos inteligentes dificultan el ejercicio de los derechos de supresión y rectificación, ya que operan dentro de una red que es, en principio, inmutable. Dicho carácter inmutable imposibilita, a su vez, la modificación del acuerdo ante cambios sobrevenidos en la relación contractual. Por último, aunque los contratos inteligentes están formulados con precisión, estos programas son delicados y no son inmunes a errores de programación (*bugs*) o posibles hackeos, tal como ocurrió con la DAO en 2016.

17. Aunque los *smart contracts* existen y se ejecutan exclusivamente dentro de la red, hay herramientas informáticas que permiten actualizar el estado del contrato inteligente con la incorporación de información externa. Son los denominados “oráculos” (*oracles* en inglés),²⁵ instrumentos indispensables para que un *smart contract* pueda interactuar con el mundo real, por ejemplo, obtener la cotización de una acción o divisa o si un paquete ha sido enviado por la empresa de transportes. Dicho esto, no todos los *smart contracts* existen exclusivamente en la cadena de bloques. Podemos encontrar contratos inteligentes puros, que solo operan en la red, pero también “traducciones” de contratos tradicionales a contratos inteligentes, así como contratos inteligentes combinados, en los que parte del articulado existe en la vida real y otra parte opera como código informático. Estos *smart contracts* híbridos incluyen los denominados *contratos ricardianos* (*Ricardian contracts*), término empleado por primera vez por el criptógrafo financiero Ian Grigg a mediados de los noventa del pasado siglo, en honor al economista inglés David Ricardo.²⁶ Se trata de contratos digitales que definen los términos y condiciones de una interacción entre dos o más partes, firmados y verificados criptográficamente. En los contratos ricardianos las cláusulas de lenguaje natural van “atornilladas” a un contrato inteligente. Es decir, la información de un texto legal se convierte a un formato que puede ser ejecutado por una computadora. En consecuencia, son legibles tanto para los humanos como para las máquinas.²⁷

18. Los contratos inteligentes suponen un reto para el Derecho en muchos sentidos. El primero de ellos es determinar si estamos o no ante verdaderos contratos y, en ese caso, si la teoría general del Derecho de contratos es aplicable o, por el contrario, encontramos elementos en estos instrumentos tecnológicos que hacen descartar esa opción. Pero es que, además, presentan cuestiones jurídicas complejas desde el punto de vista del Derecho internacional privado.²⁸

IV. Aplicaciones de la tecnología *blockchain*. Gobernanza descentralizada

19. En los ecosistemas digitales la tecnología *blockchain* puede proporcionar la infraestructura necesaria para certificar desde la propiedad de los bienes virtuales hasta garantizar la seguridad de las transacciones o facilitar la gobernanza. Sin embargo, también plantea algunas cuestiones jurídicas.

²⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

²⁵ M. CORRALES ET AL. (eds.), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Springer, 2019, p. 21.

²⁶ J. LAMPIČ, “Ricardian contracts: A smarter way to do smart contracts?”, *Schoenherr Blog* (enero 2019), <https://www.schoenherr.eu/publications/publication-detail/ricardian-contracts-a-smarter-way-to-do-smart-contracts>.

²⁷ CORRALES, op.cit., p. 82 ss.

²⁸ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los smart contracts y lex cryptographia,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, págs. 441-459.

1. Propiedad virtual y Tokens No Fungibles (NFTs)

20. Uno de los usos más destacados del *blockchain* es la facilitación de la propiedad digital mediante los tokens no fungibles (NFTs). Los NFTs son activos digitales únicos que pueden representar la propiedad de bienes virtuales como terrenos, arte, objetos de juego y otros activos, por ejemplo, dentro del metaverso.²⁹ El *blockchain* garantiza que estos activos sean únicos y transferibles, proporcionando una prueba de propiedad y autenticidad que es crucial en un entorno digital. Sin embargo, presentan desafíos legales significativos que requieren atención. En primer lugar, encontramos cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, ya que los NFTs pueden representar obras protegidas por derechos de autor, lo que plantea preguntas sobre la titularidad y la aplicación de estos derechos en un entorno digital descentralizado.³⁰ Además, la compraventa de NFTs implican transacciones financieras que deben cumplir con regulaciones contra el blanqueo de capitales o verificar la identidad de los clientes y evaluar los riesgos asociados con la relación comercial (*Know Your Customer* o KYC),³¹ lo que obliga a las plataformas a implementar procedimientos adecuados de verificación y monitoreo. Por último, los *smart contracts* que facilitan la transferencia de NFTs deben cumplir con la normativa contractual de los ordenamientos jurídicos implicados, lo cual es complejo debido a la naturaleza descentralizada de algunos ecosistemas digitales.³²

2. Economía descentralizada y criptodivisas

21. En los nuevos ecosistemas digitales se ha generado una nueva forma de efectuar transacciones económicas, dando lugar a mercados emergentes que, en muchos casos, se sustentan en criptodivisas basadas en *blockchain*.³³ Esta tecnología permite a los usuarios comprar, vender e intercambiar bienes y servicios dentro de cada ecosistema digital sin la necesidad de intermediarios tradicionales,³⁴ a la vez que origina diversas problemáticas.³⁵ En primer lugar, la regulación de las criptomonedas varía considerablemente entre diferentes ordenamientos,³⁶ lo que crea un mosaico complejo de normativas al que las plataformas deben adaptarse. Además, origina cuestiones de fiscalidad, requiriéndose la declaración de ganancias y pérdidas derivadas de estas actividades por parte de las autoridades tributarias.³⁷ Finalmente, dado que la naturaleza anónima y descentralizada de las criptomonedas puede facilitar el fraude y otras actividades ilícitas, se hace asimismo necesario implementar mecanismos efectivos de seguridad y cumplimiento normativo. Estas medidas deben incluir la verificación de identidad, la vigilancia de transacciones sospechosas y la cooperación con las autoridades para prevenir y combatir el fraude y el uso indebido de las criptomonedas en los nuevos entornos digitales.³⁸

²⁹ J. FAIRFIELD, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property," *Indiana Law Journal*, vol. 97, 2022, pp. 1261-1313.

³⁰ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (dir.), *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Madrid, Editorial Reus, 2023.

³¹ P. YADAV Y R. CHANDAK, "Transforming the Know Your Customer (KYC) Process using Blockchain," 2019 *International Conference on Advances in Computing, Communication and Control (ICAC3)*, 2019, pp. 1-5.

³² A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "Ley aplicable a los contratos de transmisión de Tokens No Fungibles", en L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO (dir.), JAVIER PLAZA PENADÉS (dir.), *Retos normativos del mercado único digital europeo*, 2023, pp. 255-280.

³³ Informe "NTT DATA 'Retos y oportunidades del metaverso en los servicios financieros'", 2023, <https://es.nttdata.com/documents/metaverso-una-vision-de-banca-y-seguros.pdf>

³⁴ Z. LOU, "The Application of Cryptocurrencies in the Metaverse," *Advances in Economics, Management and Political Sciences*, 2023, <https://doi.org/10.54254/2754-1169/26/20230548>.

³⁵ A. ADENIRAN, MOHAMMED ALKINOON Y DAVID A. MOHAISEN, "Understanding the Utilization of Cryptocurrency in the Metaverse and Security Implications," *ArXiv*, abs/2311.15360, 2023, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2311.15360>.

³⁶ R. RUIZ RODRÍGUEZ, "Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado," *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 740-757

³⁷ C. GARCÍA NOVOA, "Criptomonedas y metaverso: Aspectos internacionales de su fiscalidad," en J.J. GARCÍA MARTOS (dir.), *Tributación de las criptomonedas y otros cryptoactivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 149-199; L.A. MALVÁREZ PASCUAL, *La Fiscalidad en los Metaversos*, 2023, tesis Universidad de Huelva, ISBN 84-11-63650-X; A. BERGAS FORTEZA, "Establecimiento permanente, presencia económica/digital significativa y ahora ¿metaexistencia? ¿metapermanencia? ¿presencia virtual significativa?: Retos fiscales derivados del metaverso," *Crónica Tributaria*, vol. 190, 2024, pp.11-35.

³⁸ V. HUIYING TAN ET AL., "Blockchain for Decentralized Know Your Customer (KYC) and Customer Due Diligence (CDD)

3. Identidad digital y privacidad

22. La tecnología *blockchain* facilita la gestión de la identidad digital en los entornos digitales, al permitir a los usuarios controlar sus datos personales y autenticar su identidad de manera segura.³⁹ Sin embargo, esto también desencadena cuestiones importantes en términos de privacidad y protección de datos. En efecto, la protección de datos en el metaverso es un aspecto crucial que debe ajustarse a leyes como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en la Unión Europea,⁴⁰ para garantizar la correcta recopilación, almacenamiento y uso de datos personales. Aunque el *blockchain* puede ofrecer anonimato, su uso sin medidas adecuadas de seguridad y verificación puede facilitar actividades ilícitas. Por tanto, se habrán de tomar las medidas necesarias para que los usuarios del metaverso tengan derechos claramente definidos sobre sus datos y la capacidad de controlar su uso, incluyendo el derecho al olvido y la portabilidad de los datos.⁴¹

4. Gobernanza descentralizada

23. Por último, la tecnología *blockchain* posibilita la instauración de modelos de gobernanza descentralizada en el metaverso a través de Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs).⁴² Estas organizaciones, entre otras funciones, permiten a los usuarios participar en la toma de decisiones sobre la gestión y desarrollo de plataformas virtuales,⁴³ mediante la utilización de tokens de gobernanza que proporcionan derechos de voto.

24. Como veremos a continuación, las DAOs plantean cuestiones jurídicas complejas y diversas, como su capacidad jurídica o responsabilidad, la resolución de controversias,⁴⁴ o la conformidad de estas organizaciones con la normativa vigente sobre protección de datos, ciberseguridad o prevención de fraudes.

V. Las DAOS y su funcionamiento

25. Las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOS) son figuras centrales en los ecosistemas digitales debido a su autonomía operativa. A diferencia de las entidades mercantiles tradicionales que se registran en un lugar específico y se rigen por la normativa local, las DAOs dependen de herramientas disruptivas como los contratos inteligentes y tecnología *blockchain* para su funcionamiento.

1. Definición y características

26. Las Organizaciones Autónomas Descentralizadas son entidades que operan sobre la tecnología *blockchain*, utilizando contratos inteligentes para automatizar los procesos de toma de decisiones y

Pipelines in the Metaverse,” *2023 IEEE International Conference on Metaverse Computing, Networking and Applications (MetaCom)*, 2023, pp. 433-440.

³⁹ S. PATWE y S. MANE, “Blockchain Enabled Architecture for Secure Authentication in the Metaverse Environment,” *2023 IEEE 8th International Conference for Convergence in Technology (I2CT)*, 2023, pp. 1-8.

⁴⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) DO L 119 de 4.5.2016, p. 1–88.

⁴¹ A. ACEDO PENCO, *La privacidad en el metaverso, la inteligencia artificial y el big data. Protección de datos y derecho al honor*, Dykinson, Madrid, 2023.

⁴² S. CANCINO VARGAS, “Gobernanza en el Metaverso,” en M. Petronela Popiuc (dir.), *Metaverso y sus diversas áreas de desarrollo e investigación*, 2023, pp. 157-168.

⁴³ M. BARRIO ANDRÉS, “El Metaverso Y Su Impacto en el Estado y la Soberanía,” *Revista de Derecho Político*, vol. 117, 2023, pp.197-220.

⁴⁴ F. GUILLAUME Y S. RIVA, “Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice,” en A. BONOMI ET AL., eds., *Blockchain and Private International Law*, Brill, 2023, pp. 549-641.

las estructuras de gobernanza. En efecto, una DAO es una organización que se rige por normas internas programadas en un contrato inteligente, cuyas cláusulas se ejecutan de manera automática e inmutable. Al funcionar en un sistema distribuido, esta estructura permite a los participantes interactuar y gestionar recursos de manera transparente sin la necesidad de una autoridad centralizada. Los miembros de una DAO conocen su funcionamiento interno de antemano, ya que el contrato inteligente que suscriben, similar a los estatutos de una sociedad mercantil, es transparente e inmutable.⁴⁵ En este sentido, el contrato inteligente suscrito por las partes establece normas internas claras para la oferta inicial de tokens (ICO). Estos tokens funcionan de manera similar a las acciones de una Sociedad Anónima, ofreciendo derechos de voto en la toma de decisiones. Así, los miembros pueden participar en las decisiones futuras de la organización. Las mayorías necesarias y los protocolos de consenso para la toma de decisiones dependerán de cada DAO y de lo estipulado en el contrato inteligente.⁴⁶

27. Las DAOs se caracterizan por usar la programación, especialmente los contratos inteligentes en una red *blockchain*, como herramienta principal. Comparten una misión común que puede incluir la compra de bienes, generación de valores, impulso de finanzas descentralizadas o resolución de conflictos. Facilitan la gobernanza virtual permitiendo la participación de todos los miembros en la toma de decisiones a través de tokens representativos. Además, poseen bienes compartidos, donde el capital de la organización pertenece a todos los miembros, quienes deciden su uso mediante votación. Tienen barreras de entrada mínimas, requiriendo únicamente una plataforma de intercambio para su conformación. La propiedad es de la comunidad, reflejada en el valor de sus tokens en el mercado.⁴⁷

28. Las DAOs, a diferencia de las sociedades tradicionales, permiten la creación de organizaciones sin jerarquías, donde todos los miembros pueden aportar ideas y votar, descentralizando así la gestión. Entre otras ventajas que aportan las DAOs destacan su alto nivel de transparencia gracias a la tecnología *blockchain*, que registra todas las acciones y hace público el código fuente; la capacidad de ofrecer servicios globales al eliminar barreras geográficas y democratizar el acceso a servicios; y la creación inmediata de la organización, lo que ahorra tiempo, dinero y trámites del Registro Mercantil, además de evitar problemas derivados del factor humano y situaciones inesperadas.⁴⁸

2. Tipos de DAOs

29. Existen diversos tipos de DAOs según su ámbito. Entre las más representativas se encuentra *The DAO* en *Ethereum*, creada en 2016 para recaudar fondos como inversión a largo plazo, logrando recaudar más de 150 millones de dólares de más de 11,000 inversores. *Dash DAO Governance* se centra en la evolución de una criptomoneda y requiere la adquisición de masternodos para participar en la gobernanza y financiación del proyecto. *DigixDAO* se enfoca en la compra de oro mediante criptomonedas, utilizando tokens *Digix Gold (DGX)* y *DigixDAO (DGD)* para representar la propiedad y administrar el comercio del metal precioso.⁴⁹ Otras DAOs incluyen *Party DAO*, *Seed Club*, *Vector DAO*, *Scribe DAO*, *Bankless DAO*, *Developer DAO* y *Gitcoin*, demostrando la variedad de aplicaciones para organizar la cooperación descentralizada.⁵⁰

⁴⁵ G. CALLEJO, "Las DAO se preparan para su gran año 2022: controlan casi \$10 billones en activos," *Observatorio Blockchain*, 11 enero 2022, <https://observatorioblockchain.com/dao/las-dao-se-preparan-para-su-gran-ano-2022-controlan-10-billones-en-activos/>

⁴⁶ M. NAVARRO, "Gobierno corporativo, blockchain y smart contracts: Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados (DAOs)," *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2018, vol. 23, pp. 1-14.

⁴⁷ G. YARLEQUÉ MARCELO y D. BURGOS JUÁREZ, "Decentralized Autonomous Organizations: ¿Un nuevo aporte de la Legaltech en el sector mercantil?" *Revista IUS Et Veritas* N° 64, julio 2022, pp. 78-91.

⁴⁸ J. MALDONADO, "El crowdfunding de la Web3 son las DAO, organizaciones regidas por contratos inteligentes," *Observatorio Blockchain*, 18 febrero 2022, <https://observatorioblockchain.com/blockchain/el-crowdfunding-de-la-web3-son-las-dao-organizaciones-regidas-por-contratos-inteligentes>

⁴⁹ G. YARLEQUÉ MARCELO y D. BURGOS JUÁREZ, op.cit., pp. 83-84

⁵⁰ Id.

30. Las DAOs también tienen gran relevancia en el denominado *Metaverso*, como muestran los proyectos *Decentraland*, *Sandbox*, *Metaverse DAO*, *EnterDAO* y *Bloktopia*, donde se combinan con NFTs para crear grandes metaversos basados en blockchain.⁵¹

31. De otro lado, se puede hacer una distinción entre DAOs que se crean e incorporan bajo la ley de un Estado o país, denominadas “DAOs reguladas” y, por otro lado, las DAOs que se crean fuera de los marcos normativos existentes y no están incorporadas dentro de un ordenamiento, que la doctrina ha calificado como “DAOs *maverick*” o DAOs no reguladas.⁵²

3. Régimen jurídico

32. Hasta la fecha solo unos pocos estados han regulado las DAO. Vermont fue el primero en reconocer en 2018 un nuevo tipo societario, la Sociedad de Responsabilidad Limitada basada en Blockchain (*Blockchain-based Limited Liability Company*, BLLC).⁵³ La BLLC se constituye utilizando el mismo procedimiento que cualquier otra Sociedad de Responsabilidad Limitada en Vermont, aunque su gobernanza puede llevarse a cabo total o parcialmente a través de tecnología *blockchain*, y las votaciones relativas a su operación y actividades pueden registrarse en contratos inteligentes. Las BLLC tienen personalidad jurídica propia y sus socios responden limitadamente de las deudas de la DAO. En 2021, el Estado de Wyoming adoptó un régimen legal similar,⁵⁴ seguido por el Estado de Tennessee, en 2022,⁵⁵ inspirado principalmente en la ley de Wyoming. La ley de Wyoming contempla la posibilidad de que las DAOs sean administradas por un gerente o por un algoritmo. Sin embargo, el significado exacto del término “algoritmo” no está definido en la ley y no está claro si una DAO de Wyoming podría ser administrada por una inteligencia artificial o por otra DAO. La versión de la ley promulgada en Tennessee reemplaza las DAOs gestionadas algorítmicamente con DAOs gestionadas por contratos inteligentes, lo que debería eliminar cierta confusión, ya que un contrato inteligente se define en la ley como un “event-driven computer program.” A pesar de ello, el alcance práctico de este tipo de DAO también es incierto.⁵⁶

33. Malta⁵⁷ y las Islas Marshall⁵⁸ también han introducido legislación sobre DAOs, aunque, hasta la fecha, el número de DAOs no reguladas supera ampliamente al número de DAOs reguladas.⁵⁹

34. Es cierto que, para evitar estos problemas, algunas DAOs optan por adoptar una forma societaria conforme al derecho de algún Estado. Tal es el caso de *The DAO*, registrada como sociedad de responsabilidad limitada en Suiza, o de *Decentraland*, administrada en última instancia por una organización con domicilio en Panamá, la *Decentraland Foundation*.

35. Las DAO no reguladas operan fuera de los marcos legales tradicionales y no están registradas en ningún Estado. Carecen de un marco normativo claro para su gobernanza y plantean dudas en cuanto a su naturaleza jurídica, su capacidad o las relaciones con los miembros y terceros. Lo más lógico sería asimilarlas a las sociedades, por tener un sistema de gobernanza interno, conceder el derecho a voto

⁵¹ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Resolución de Conflictos en el Metaverso*, Tecnoz, Madrid, 2025, pp. 42-51.

⁵² S. RIVA, “Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) in the Swiss Legal Order,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 21, 2019/2020, 601.

⁵³ <https://legislature.vermont.gov/statutes/fullchapter/11/025>

⁵⁴ https://sos.wyo.gov/Forms/WyoBiz/DAO_Supplement.pdf

⁵⁵ Tenn. Code Ann 48-250-101 et. seq.

⁵⁶ Duke’s Financial Economic Center, “How To Resolve A Dispute Involving A DAO,” The FinReg Blog, 2022, <https://sites.duke.edu/thefinregblog/2022/07/21/how-to-resolve-a-dispute-involving-a-dao>

⁵⁷ Chapter 592, Innovative Technology Arrangements And Services Act, 9 octubre 2020, <https://legislation.mt/eli/cap/592/eng/pdf>

⁵⁸ Non-Profit Corporation Act, http://rmi-parliament.org/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1991/1991-0129/Non-ProfitCorporationAct_1.pdf

⁵⁹ Duke’s Financial Economic Center, *op.cit.*

o contemplar aumentos de capital, entre otros. Sin embargo, por sus características de descentralización e independencia, así como por basar su funcionamiento en la tecnología *blockchain* y los *smart contracts*, rompen con el esquema tradicional establecido por la normativa sobre sociedades en la mayoría de ordenamientos.⁶⁰ Ser una figura mercantil indefinida complica el reconocimiento de su personalidad jurídica.⁶¹ En consecuencia, en caso de imprevistos o ataques, como hackeos, los miembros no podrían ampararse en un marco normativo específico fuera del interno que rige la DAO. Buen ejemplo de ello fue el robo de 3.600 millones de criptomonedas Ethereum de *The DAO*, por un error no intencionado (bug) de programación mediante el cual podía extraer dinero de la Organización a su billetera Ethereum personal sin la necesaria autorización de los demás miembros.⁶²

36. De otro lado, surge la cuestión de la responsabilidad civil o penal de las DAOs, partiendo de un escenario en el que se reconozca su personalidad jurídica. Esta responsabilidad podría atribuirse tanto a la conducta negligente de los miembros de la DAO, como a la organización misma.⁶³ El criterio de responsabilidad más frecuente identificará a los programadores de la DAO como responsables en caso de que el daño se origine por un error de programación. Esta responsabilidad por la falta de conformidad del software puede fundamentarse en acciones de índole contractual, extracontractual y de responsabilidad por producto defectuoso.⁶⁴ Además, los programadores de las DAOs tienen la obligación de implementar, en el código de la aplicación, las normas jurídicas aplicables según el estándar internacional acordado. En caso contrario, las autoridades estatales podrían tomar medidas sancionadoras contra las DAOs, como órdenes que limiten el acceso del público a la DAO o la imposición de sanciones contra sus promotores.

37. Por su parte, las DAO reguladas están registradas en un Estado y sujetas a una normativa societaria específica. Si bien estas organizaciones se benefician del reconocimiento legal y la responsabilidad limitada, también se enfrentan a los mismos desafíos que las DAOs no reguladas a la hora de establecer vínculos jurisdiccionales con los tribunales estatales. La estructura inherente de las DAOs posibilita la participación de sus miembros desde cualquier parte del mundo, por lo que sus operaciones a menudo trascienden las fronteras nacionales. Sin embargo, el limitado reconocimiento de las DAO en los diferentes Estados provoca incertidumbre en las actividades comerciales transfronterizas y pone en riesgo la seguridad jurídica.⁶⁵ En las líneas que siguen se abordan estos aspectos transfronterizos con mayor detalle.

VI. DAOS y Derecho internacional privado. Cuestiones sobre competencia judicial internacional

38. La tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes permiten programar las DAOs para minimizar conflictos dentro de la entidad y con terceros; sin embargo, no todas las controversias pueden evitarse. Teniendo en cuenta que las DAOs son entidades internacionales por naturaleza al estar basadas en *blockchains* públicas, ya sea que estén regidas por una ley nacional o no, el Derecho internacional privado se convierte en un elemento clave.

39. El Derecho internacional privado tiene como finalidad asegurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas. Esto implica validar y resolver eficazmente situaciones que involucran dos o más ordenamientos jurídicos de distintos Estados soberanos, buscando que dichas situaciones, una vez constituidas o resueltas, tengan efecto fuera del país en el que fueron determinadas.⁶⁶ A este respecto, la

⁶⁰ G. YARLEQUÉ MARCELO y D. BURGOS JUÁREZ, op.cit., p. 87.

⁶¹ M. PACHECO, "De la tecnología Blockchain a la economía del token," *Revista Derecho PUCP*, vol. 83, 2019, pp. 61- 87.

⁶² U. R. RODRIGUES, "Law and the Blockchain", *Iowa Law Review*, vol. 104, 2019, pp. 679-729.

⁶³ L. ERCILLA, "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots," *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, 47.

⁶⁴ G. YARLEQUÉ MARCELO y D. BURGOS JUÁREZ, op.cit., p. 88.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ A. RODRÍGUEZ BENOT ET AL., *Manual de Derecho internacional privado*, 6ª ed. Tecnos, 2019, p. 17 ss.

localización de una situación privada internacional privada en un ordenamiento jurídico con determinados criterios de conexión es la técnica más utilizada por el Derecho internacional privado. Un Estado aceptará proporcionar la protección de sus tribunales cuando el objeto de la controversia o alguna de las partes tenga suficientes conexiones con su territorio. Asimismo, localizará la situación privada internacional en un determinado ordenamiento jurídico, que es el que posteriormente dará respuesta de fondo a dicha situación.⁶⁷ De esta forma, el Derecho internacional privado garantiza la seguridad jurídica al proporcionar un marco normativo claro y predecible para la resolución de disputas con elementos transfronterizos, asegurando la continuidad y eficacia de las situaciones jurídicas más allá de las fronteras nacionales.

40. La determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a las DAOs plantea ciertas dificultades. En este sentido hay que distinguir, por un lado, aquellos litigios societarios referidos a la gobernanza de las DAOs y, por otro, las controversias relacionadas con terceros. Respecto a los primeros, hay que diferenciar dependiendo de si estamos ante DAOs no reguladas o DAOs reguladas, ya que estas últimas han sido constituidas conforme a la ley de un Estado. Respecto a las segundas, las dificultades se centran, sobre todo, en la localización de la relación jurídica.

1. Foro societario

41. Los litigios referidos a la gobernanza de las DAOs suelen ir referidos a controversias sobre la constitución, disolución, validez de las decisiones de sus órganos etc., cuestiones que habitualmente regula el derecho societario. En la UE, estas cuestiones están sometidas a un foro de competencia exclusiva. En efecto, el Artículo 24.2 RB I-bis establece que, en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, serán competentes con carácter exclusivo los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviera domiciliada, siempre que tales tribunales conozcan a título principal y no incidental.

42. El concepto de “sociedades y personas jurídicas” utilizado en el Artículo 24.2 RB I-bis es un “concepto propio de la UE,” específico de dicho Reglamento.⁶⁸ Este concepto es muy amplio e incluye: (a) sociedades mercantiles; (b) personas jurídicas de naturaleza no societaria, como asociaciones civiles, fundaciones, agrupaciones de interés económico, corporaciones, entre otras; (c) otros entes sin personalidad jurídica a los que su ley personal puede otorgar ciertas prerrogativas, como comunidades de propietarios, herencias yacentes, masas de bienes, *partnerships* del Derecho anglosajón, *offene Handelsgesellschaft* del Derecho alemán, *société en nom collectif* del Derecho francés, etc.; (d) sociedades organizadas según el Derecho privado pero en manos del Estado u organismos públicos, siempre que el acto en cuestión esté sujeto al Derecho privado y no al Derecho público.⁶⁹ Por tanto, en principio, no hay inconveniente en determinar la competencia judicial en asuntos derivados de la gobernanza de una DAO de conformidad con este artículo, a pesar de que las DAOs sean figuras indefinidas que no se ajustan completamente al esquema tradicional establecido por la normativa sobre sociedades en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

43. El problema aparece a la hora de determinar el “domicilio de la persona jurídica,” puesto que el Artículo 24.2 RB I-bis no indica directamente cuál es el Estado Miembro donde se considera que la persona jurídica tiene su domicilio y remite a las reglas de Derecho internacional privado del tribunal. En este sentido, los sistemas estatales presentan diferencias muy profundas a la hora de señalar cuál es el domicilio de la sociedad. Algunos admiten que sea señalado libremente por los socios, otros exigen que se establezca en el país de la sede estatutaria de la sociedad, otros tienen presente en país de la sede real de dirección de la

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 1978, *Somafer SA contra Saar-Ferngas AG.*, Asunto 33/78, ECLI:EU:C:1978:205

⁶⁹ A.L. CALVO-CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Sistema de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2773.

sociedad (*Forum gestae administrationis*), otros tienen en cuenta el país donde la sociedad tiene su principal explotación, etc. Ello puede dar lugar en determinadas ocasiones a un denominado “conflicto negativo de competencias” porque ningún Derecho estatal las considera domiciliadas en un Estado miembro.⁷⁰

A. DAOs no reguladas

44. En el caso de las DAOs no reguladas no existe un lugar de constitución ni un lugar de administración que pueda fijar su domicilio en un Estado y sus miembros son, además, pseudónimos. Se trata de organizaciones construidas con una arquitectura descentralizada que aprovechan la infraestructura de la cadena de bloques para registrar sus “estatutos” (es decir, su código) y convertirse en una entidad visible públicamente. El lugar donde tiene su principal explotación tampoco es fácilmente identificable, ya que las DAOs suelen operar en entornos virtuales y, finalmente, es poco probable que una DAO no regulada designe un domicilio en su código. Por tanto, el criterio del domicilio social no es operativo para someter a las DAOs no reguladas a los tribunales de un Estado.⁷¹ Una solución alternativa podría fijar la competencia judicial internacional en el Estado donde se encuentran los servidores principales de la cadena de bloques, pero a diferencia de los servidores tradicionales, que a menudo están centralizados en ubicaciones específicas, los servidores de *blockchain* pueden ubicarse en cualquier parte del mundo. Asimismo, parte de la doctrina ha propuesto interpretar que el domicilio de la DAO, en aquel Estado donde se encuentra domiciliado su creador, promotor o líder.⁷²

B. DAOs reguladas

45. Los estados que han adoptado normativa sobre las DAOs exigen que estas se inscriban en un registro mercantil, asociadas a una empresa registrada o representadas por, al menos, una persona que lo esté y que las entidades se ajusten al marco jurídico estatal. De esta manera, aunque las actividades se lleven a cabo exclusivamente en la *blockchain* y sus miembros son seudónimos, siempre existe un vínculo de la DAO con una jurisdicción estatal. Así, Vermont, Wyoming, Tennessee o Malta otorgan a sus tribunales competencia judicial sobre disputas relacionadas con la gobernanza de las DAOs constituidas u organizadas bajo sus leyes.⁷³

46. El caso de Malta es especialmente interesante, porque daría entrada a la aplicación del RB-I bis para litigios referidos a DAOs. En efecto, aunque su administración esté gestionada exclusivamente en la *blockchain*, no se puede excluir totalmente que alguna DAO regulada también tengan una sede física. En tal caso, el lugar de administración equivaldría al domicilio de la entidad, tal como se establece en el Artículo 63 RBI-bis. No obstante, esta situación es muy poco probable, ya que la jurisdicción de los tribunales malteses sólo podría ejercerse si la DAO realmente tuviera su administración central en Malta.

47. En principio, la determinación de la competencia judicial internacional parece más sencilla en el caso de las DAOs reguladas. Sin embargo, en la práctica, la situación es más compleja de lo que aparenta. La naturaleza híbrida de las DAOs reguladas implica que algunas cuestiones están regidas por el derecho societario, mientras que otras están sujetas al código de programación de sus normas internas. Esta característica limita significativamente el alcance de la competencia de los tribunales estatales. Mientras que las cuestiones societarias se someten a la jurisdicción estatal, las cuestiones gobernadas por el código no lo están directamente. Por ejemplo, un pago en criptomonedas u otras acciones a realizarse

⁷⁰ Id. 2775.

⁷¹ F. GUILLAUME, *op.cit.*, p. 574.

⁷² J. ERCILLA GARCÍA, “Aproximación jurídica a las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOSs),” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, vol. 52, 2020, pp. 119-161, p. 158.

⁷³ Id., p. 578.

en la cadena de bloques solo puede llevarse a cabo si la mayoría de los miembros de la DAO acuerdan hacerlo. Nadie puede forzar a la DAO a actuar de cierta manera si es contrario a los deseos de la mayoría.⁷⁴

48. Además, como la comunidad de miembros es seudónima y cada miembro puede estar físicamente fuera de la jurisdicción del estado de incorporación de la entidad, existe el riesgo de que la entidad no cumpla con una solicitud o decisión hecha por las autoridades de ese Estado. Por lo tanto, puede surgir una fricción entre las obligaciones legales de la entidad y lo que las autoridades estatales pueden hacer cumplir efectivamente. Esto puede imponer una gran carga de responsabilidad sobre los gestores, agentes o miembros registrados de la entidad regulada.⁷⁵

2. Otros litigios societarios

49. El foro exclusivo societario del Artículo 24.2 RB I-bis excluye otros tipos de litigios relacionados con las personas jurídicas, como los litigios relativos a las relaciones entre los socios y los contratos entre ellos, por ejemplo, los contratos de transmisión de participaciones societarias. También quedan excluidos los litigios concernientes a la responsabilidad entre la sociedad y los socios, así como aquellos relativos a la responsabilidad de los administradores sociales, cuando estos litigios se entablan entre el administrador y los socios o la misma sociedad, y que constituyen litigios “en materia contractual.”⁷⁶ En efecto, “la actividad de un administrador crea vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes de un contrato.”⁷⁷ En el caso de litigios contra los administradores iniciados por terceros, se trata de litigios en materia extracontractual.⁷⁸

50. Todos estos litigios siguen las reglas generales de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis. Por ello, les son aplicables el foro general del domicilio del demandado (Artículo 4 RB I-bis) y, en su caso, el foro de la sumisión (Artículos. 25 y 26. RB I-bis), y/o foro en materia de contratos o responsabilidad extracontractual (Artículos 7.1 y 7.3 RB I-bis), aspectos que abordaremos en los capítulos correspondientes. Aquí, solamente apuntaremos que, por ejemplo, cuando un miembro concreto de una DAO no regulada sea responsable por los daños sufridos por la DAO, cuestión que entra dentro del ámbito del derecho societario, los tribunales del Estado miembro del lugar de domicilio de dicho miembro son competentes para resolver la controversia de conformidad con el Artículo 4.1 RB-I bis. Sin embargo, los miembros de las DAOs no reguladas son muy difíciles de identificar y, aún más, su domicilio. En ese caso, los demás miembros de la DAO no tendrían un lugar donde iniciar procedimientos legales, con la consecuente denegación de justicia. De otro lado, en el caso de responsabilidad por los daños sufridos por una DAO regulada, es muy probable que, al menos, algunos miembros hayan revelado su información personal, superando la seudonmidad de la *blockchain*.⁷⁹ Ello permitiría la determinación de su domicilio a efectos de la aplicación del Artículo 4 RBI-bis, aunque si el litigio afecta a un miembro no registrado, esta operación sería mucho más compleja.

VII. Ley aplicable a las DAOs

51. Los estados suelen abordar la cuestión de la ley aplicable a las sociedades de forma muy dispar. En este aspecto, ni siquiera la Unión Europea cuenta con normas de conflicto armonizadas.⁸⁰ Entre

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Id., p. 579.

⁷⁶ Id., p. 2776.

⁷⁷ Id.; STJUE, 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV y otros contra Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllesheim*, ECLI:EU:C:2015:574, FD 54.

⁷⁸ Id.; AAP Madrid, 16 de noviembre de 2018, sumisión a tribunales de Utrecht.

⁷⁹ Id. 577.

⁸⁰ A.L. CALVO-CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op.cit., p. 2788.

las soluciones más destacadas se incluyen la Teoría de la Incorporación, la Tesis de la Sede Estatutaria, la Teoría de la Sede de Dirección, la Teoría del Centro de Explotación, la Tesis del Lugar de Constitución y la Tesis del Control Económico⁸¹ aunque, en la práctica, muchos sistemas de Derecho internacional privado combinan estas teorías, como hace el Derecho internacional privado español en los Artículos 8 y 9.2 RDLeg 1/2010, de 2 julio 2010 (TRLSC).⁸²

52. El Artículo 9.11.I CC indica que “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.” El Artículo 9.11 CC utiliza un concepto muy amplio de persona jurídica. Comprende “cualquier estructura organizativa” que opera como sujeto de derechos y obligaciones. Así, el Artículo 9.11 CC es aplicable a personas jurídicas “no típicas” o “no conocidas” en Derecho español, como el *Business Trust*, *Anstalt*, *Treuunternehmen*, etc.⁸³ y, por tanto, nada impide que, en principio, las DAOs entren dentro de este concepto.

53. Así pues, las personas jurídicas se rigen por su “Ley nacional,” de modo que las cuestiones relacionadas con la sociedad se regulan por la ley estatal correspondiente (*lex societatis*). No obstante, el Artículo 9.11.I del Código Civil no especifica qué sociedades son españolas y cuáles no. Para resolver esta cuestión, se debe recurrir a otras normas del Derecho español. En el caso de las sociedades de capital, se aplican los Artículos 8 y 9 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). Para el resto de personas jurídicas, se deben considerar el Artículo 28 del Código Civil, el Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo [derecho de asociación], y los Artículos 6 y 7 de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre [fundaciones]. Estas normas determinan en qué casos las entidades ostentan la “nacionalidad española,” es decir, cuándo la Ley española rige la sociedad. Por lo tanto, surge la cuestión de cómo se determina la nacionalidad y cuál es la ley aplicable a las sociedades que no son españolas.

54. Si partimos de la premisa que las DAOs se pueden asimilar a las sociedades, por tener un sistema de gobernanza interno, conceder el derecho a voto o contemplar aumentos de capital, el Artículo 8 TRLSC señala que “serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido”. Esta “regla general” acoge el llamado criterio de la “constitución” o de la “incorporación”: la sociedad de capital se rige por la Ley española cuando se constituye con arreglo a la Ley española. Esta “regla general” se completa con una “regla excepcional”, recogida en el Artículo 9.2 TRLSC, que indica que “Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.” Esta solución que recoge la normativa española es de difícil aplicación en el caso de las DAO, puesto que la ley española no contempla su regulación y donde el criterio del principal establecimiento es difícil de establecer debido a la naturaleza distribuida de las operaciones de una DAO.

55. Si, como apunta la doctrina, aplicásemos la teoría del espejo para otorgar una cierta bilateralidad a la norma española,⁸⁴ nos encontraríamos que, si una DAO está registrada y constituida de conformidad con la ley de Wyoming, Tennessee, Malta o Vermont, la ley de esa jurisdicción generalmente se aplicaría como *lex societatis*. Por supuesto, en el caso de las DAOs no reguladas, la determinación de la ley aplicable no podría hacerse en función de este criterio.

56. Por otro lado, muchas DAO incluyen en sus estatutos, contratos inteligentes o documentos de gobernanza una cláusula de elección de ley. Esta cláusula determina qué ley se aplicará en asuntos

⁸¹ Id.

⁸² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE núm. 161, de 3 julio 2010.

⁸³ RDGRN 29 febrero 1992; A.L. CALVO-CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op.cit., p. 2799.

⁸⁴ A.L. CALVO-CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op.cit., p. 2789.

relacionados con la DAO. Dicha elección podría ser respetada por los tribunales, siempre y cuando no contraviniese normas de orden público o derechos fundamentales en las jurisdicciones implicadas. El problema surgiría si la ley elegida por los miembros en el contrato fundacional no contempla ni regula este tipo de entidad societaria indeterminada.

Finalmente, la *lex societatis* también se aplicaría a la responsabilidad de los miembros y de los administradores de la DAO en cuanto tales.

57. En cuanto a otros litigios societarios, habitualmente, todos los aspectos legales relativos al funcionamiento de una sociedad se suelen someter a la regulación de una única ley estatal. Este principio de “unidad del régimen jurídico societario” implica que todas las cuestiones relacionadas con la constitución, funcionamiento interno y extinción de la sociedad se regulan por la misma ley estatal. Asimismo, las relaciones internas entre los socios y entre estos y los administradores sociales están sujetas a la misma ley. Además, el estatus legal de la sociedad en sus relaciones externas, incluyendo su capacidad y responsabilidad jurídica, queda igualmente sometido a esta ley (*lex societatis*).

58. El principio de “unidad del régimen jurídico societario” también actúa como una cláusula de cierre que permite integrar lagunas legales en relación con las sociedades. Salvo disposición expresa del legislador en sentido contrario, toda cuestión societaria queda sometida a la *lex societatis*.⁸⁵ Por lo tanto, todas las consideraciones previamente expuestas sobre las dificultades para determinar la *lex societatis* en el caso de las DAOs son aquí igualmente aplicables.

VIII. Conclusiones

59. Dado que la tecnología *blockchain* y las DAOs son fenómenos relativamente nuevos, aún existe una considerable incertidumbre y variabilidad en su tratamiento bajo los distintos ordenamientos.

60. Las DAOs presentan soluciones innovadoras para la coordinación económica y la gobernanza los ecosistemas digitales. Permiten una gestión descentralizada y democrática que se alinea con los principios de autonomía y transparencia inherentes estos nuevos entornos. No obstante, su estatus jurídico sigue siendo complejo e incierto. Surgen cuestiones críticas relacionadas con su reconocimiento legal, la gobernanza, la responsabilidad y las operaciones transfronterizas, que deben ser abordadas con cuidado y precisión para garantizar la viabilidad y legitimidad de estas organizaciones.

61. En particular, la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable a las DAO plantea dudas significativas. La naturaleza seudónima de sus miembros y su operación en múltiples ordenamientos complican esta tarea. Además, la utilización de criterios dispares para determinar la *lex societatis*, añade otra capa de complejidad. La elección de ley en los contratos inteligentes y documentos de gobernanza de las DAO puede ofrecer cierta previsibilidad, aunque su efectividad depende del reconocimiento e interpretación de estas cláusulas que hagan los tribunales. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a proponer la resolución de conflictos relacionados con las DAOs mediante arbitraje en *blockchain* (*blockchain dispute resolution*, BDR)⁸⁶ y ya han surgido diversas plataformas que buscan ofrecer un sistema de justicia descentralizada fuera del ámbito jurisdiccional estatal.⁸⁷ Algunas de ellas, constituidas precisamente como DAOS, como *Kleros*,⁸⁸ *Aragon*,⁸⁹ o *Metacourt*,⁹⁰ se han autoproclamado

⁸⁵ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional Privado*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 243.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ H. JEVREMOVIĆ, “Blockchain, Smart Contracts and ADR” (marzo 2021), Verona Summer School, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3699422, p. 10.

⁸⁸ <https://kleros.io/es/>.

⁸⁹ <https://aragon.org>.

⁹⁰ <https://www.metacourt.gg>.

como “el sistema de justicia para la próxima era del metaverso,”⁹¹ habiendo sido examinadas por esta autora en un trabajo anterior.⁹²

62. Para afrontar los retos jurídicos que plantean las DAOs, resulta esencial desarrollar un marco normativo que contemple su singularidad. Este marco debería reconocer una personalidad jurídica adaptable, que incluya tanto a las DAOs reguladas como a las no reguladas, al objeto de facilitar su integración en los ordenamientos jurídicos existentes. Asimismo, sería útil establecer criterios claros para determinar la competencia judicial internacional y ley aplicable, por ejemplo, basados en el lugar de residencia de sus promotores. De cara a resolver las controversias que puedan surgir se podría fomentar el uso de mecanismos como el arbitraje en *blockchain*, que ya han demostrado su potencial para resolver conflictos de manera eficiente y descentralizada.⁹³ En definitiva, integrar la flexibilidad y adaptabilidad necesarias en la regulación de las DAOs permitirá garantizar su viabilidad jurídica sin comprometer su esencia descentralizada, construyendo así un puente sólido entre la innovación tecnológica y la seguridad jurídica en un mundo cada vez más digitalizado.

⁹¹ *Metacourt White Paper*, <https://medium.com>.

⁹² A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Inmuebles Virtuales y Perspectivas Innovadoras de Resolución de Conflictos en el Metaverso,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, 2024, p. 319-343.

⁹³ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Resolución de Conflictos en el Metaverso*, Tecnos, Madrid, 2025, pp. 185-199.

Apropiación cultural y moda

Cultural appropriation and fashion

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: 0000-0003-1080-307X

Recibido: 14.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9340

Resumen: La inspiración en otras culturas para el diseño de productos en el sector de la moda ha provocado, en ocasiones, acusaciones de apropiación cultural. En este trabajo se revisan las distintas medidas adoptadas en la protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional, para luego examinar la normativa aplicable en el Derecho español. En particular, se analiza en qué medida la regulación de derechos de propiedad industrial, como las marcas, el diseño industrial o las indicaciones geográficas protegidas, puede ser de interés para fortalecer su protección

Palabras clave: moda, patrimonio cultural, expresión cultural tradicional, folclore, derecho de autor, marcas, diseño industrial, indicación geográfica

Abstract: The inspiration in other cultures for the design of products in the fashion sector has sometimes led to accusations of cultural appropriation. This paper reviews the different measures adopted for the protection of traditional cultural expressions in comparative and international law, and then examines the regulations applicable in Spanish law. In particular, it analyses to what extent the regulation of industrial property rights, such as trademarks, industrial design or protected geographical indications, may be of interest to strengthen their protection.

Keywords: fashion, cultural heritage, traditional cultural expression, folklore, copyright, trademark, design, geographical indication.

Sumario: I. Introducción. II. Las expresiones culturales tradicionales. III. La protección específica para las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional. 1. Medidas de protección establecidas en otras jurisdicciones. 2. Medidas de protección en convenios internacionales IV. La protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho español. 1. Las expresiones culturales tradicionales ante el Derecho de autor 2. Otras medidas de protección. V. Derechos de propiedad industrial y expresiones culturales tradicionales. 1. Las expresiones culturales tradicionales ante la normativa de marcas. 2. Posibilidades de protección a través de la figura del diseño industrial. 3. La opción de acudir a las normas sobre indicaciones geográfica protegidas.

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, Moda y bienes inmateriales, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. La ropa con que nos vestimos y los accesorios con los que decidimos complementar nuestra apariencia, son un reflejo de nuestros gustos y, en definitiva, de nuestra personalidad. Pero nuestra elección se ve en gran medida condicionada por el entorno en el que nos movemos: el geográfico, el laboral y, sobre todo, el social y cultural. Porque los conocimientos, las costumbres y usos con los que hemos sido criados, en la colectividad en la que nos integramos, tienen una clara impronta en nuestra vida y, como no podía ser de otra manera, en nuestra forma de vestir.

2. Tales costumbres y usos no constituyen, sin embargo, un compartimento estanco sino algo vivo y en continua evolución que puede verse enriquecido también por el conocimiento de otras culturas. En épocas pasadas, en las que las dificultades en la comunicación y el transporte limitaban los intercambios, se advierte la existencia de influencias entre culturas geográficamente alejadas, propiciadas por las rutas comerciales (piénsese, por ejemplo, en la importancia de la llamada “Ruta de la seda” entre oriente y occidente), que también tuvieron su impacto en el mundo de la moda¹. Este intercambio cultural se ha multiplicado en la actualidad, dados los avances en materia de comunicaciones, propiciando un fenómeno de globalización y flujo cultural determinante de que las tendencias en el vestir tiendan a ser coincidentes en una gran parte del planeta; con empresas de moda que ofertan sus productos en varios continentes, en consonancia con un comercio y unos medios de comunicación y publicidad que fácilmente pueden llegar a casi cualquier parte.

3. Pero ese intercambio cultural o, más bien, esa toma de inspiración en culturas ajenas a la propia ha provocado, en ocasiones, las quejas de la comunidad de origen por determinadas conductas. Hay que tener en cuenta que el sector de la moda tiene gran importancia económica y es altamente competitivo, ofertando un tipo de productos donde la apariencia juega un papel fundamental y cuyos diseños necesita renovar constantemente, dada la costumbre de presentar colecciones nuevas cada año. Los diseñadores han de buscar, así, inspiración para dar fruto a su creatividad y a veces la encuentran en otras culturas ajenas a su entorno inmediato. Y si bien ello podría ser considerado como un homenaje, hecho de forma respetuosa, una influencia intercultural o una puesta en valor de culturas que resultarían “exóticas” a los ojos del ciudadano de otras partes del mundo, semejante práctica puede resultar molesta para los miembros actuales de la comunidad originaria de tal fenómeno cultural, al considerar que se está produciendo un aprovechamiento, o incluso un uso inadecuado de una manifestación de su cultura. Se han alzado entonces voces acusadoras de lo que se ha venido a denominar una apropiación cultural indebida.

4. Llamativos son algunos supuestos reales de los que se han hecho eco los medios de comunicación. En unos casos, destaca especialmente la circunstancia de que el uso comercial realizado puede resultar ofensivo para los sentimientos de la colectividad de origen de la práctica (ya sea porque se ofrece una imagen estereotipada de esa cultura o porque se usan elementos con un valor espiritual o religioso fuera de contexto, con lo que tal uso resulta ofensivo). Ejemplificativo de este tipo de situaciones fue, por ejemplo, lo ocurrido en el año 2013 cuando la firma *Nike* sacó al mercado unos *leggings* deportivos femeninos con patrones que reproducían los diseños de unos tatuajes tradicionales de Samoa que reciben el nombre de *pe'a*. Teniendo en cuenta que portar tales patrones sirve para transmitir un mensaje específico dentro de la comunidad de origen, la opinión pública pronto puso de manifiesto que tal comercialización constituía un uso ofensivo; lo que desembocó en que *Nike* los retirase del mercado y emitiese una disculpa². Similarmente, en el año 2017, la casa *Chanel* puso a la venta, en su colección

¹ *Vid.*, al respecto, B. Pozzo, “Fashion between Inspiration and Appropriation”, *Laws* 2020, 9 (1), 5, pp. 3 y 4, quien destaca no sólo la influencia que tuvo en Europa la cultura oriental, empezando por el uso de materiales como la seda, sino también del fenómeno contrario, en el que oriente recibió la influencia de la cultura occidental

² *Vid.* B. VÉZINA, “Frenar la apropiación cultural en la industria de la moda mediante la propiedad intelectual”, *Revista de la OMPI*, 4/2019, accesible en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html; “Nike Tattoo Leggings Pulled After Deemed Exploitative of Samoan Culture”, *Huffpost*, 15 de Agosto de 2013, en https://www.huffpost.com/entry/nike-tattoo-leggings_n_3763591 (último acceso: diciembre 2024)

de accesorios de primavera-verano, un bumerán de madera con el logotipo de la firma y un precio correspondiente a un producto de lujo; venta por la que también acabó pidiendo disculpas. Y ello porque la comunidad australiana usó las redes sociales para mostrar su rechazo ante lo que se calificó como una apropiación cultural, señalando sentirse humillada y ofendida ante un uso como artículo de lujo de lo que para los aborígenes constituía, en realidad, un arma de supervivencia³.

5. En otros casos, directamente se invoca que la comercialización de productos que incorporan elementos que constituyen manifestaciones culturales suponen una apropiación indebida en cuanto ese uso se hace sin retorno económico equitativo para la comunidad de origen⁴ o, en todo caso, sin mencionar y, por tanto, atribuir el crédito de esa creación a la comunidad originaria. Así, el Estado Mexicano ha manifestado en varias ocasiones su rechazo frente a firmas de moda que, en su opinión, realizaron conductas de apropiación cultural: por ejemplo en 2019 a la casa de moda Carolina Herrera, acusándola de reproducir patrones identitarios de comunidades indígenas para la colección Resort 2020; señalando que tales bordados pertenecían a la comunidad otomí en Tenango de Doria, Hidalgo, mientras que otros serían típicos del istmo de Tehuantepec, Oaxaca, o que una camisa a rayas tomaba el estilo del sarape de Saltillo⁵. Y acusaciones de apropiación cultural también fueron realizadas por el Estado mexicano en 2021 a las casas Zara, Anthropologie y Patowl⁶, o a Shein en 2022⁷.

6. Con tales antecedentes, y más allá de que las firmas de moda puedan decidir voluntariamente adaptar o modificar su conducta ante el poder de la opinión pública, a fin de evitar un daño de imagen o reputacional, la cuestión a dirimir es si esas expresiones culturales reciben protección jurídica ante su comercialización. En particular, si ese comportamiento lo realizan sujetos ajenos a la colectividad en la que la expresión cultural se ha desarrollado; teniendo presente que en este sector tales conductas se suelen materializar mediante la reproducción de elementos tridimensionales (como artesanías), de diseños (patrones y estilos), o incluso mediante la reproducción de signos alusivos a una determinada cultura. A tal efecto, tras delimitar el objeto de la protección (epígrafe II), y perfilar las distintas medidas adoptadas en Derecho comparado y en el plano internacional (epígrafe III); se examinará si estas expresiones culturales reciben algún tipo de protección en el Derecho español (epígrafe IV) y, en particular, en qué medida la regulación de derechos de propiedad industrial, como las marcas, el diseño industrial o las indicaciones geográficas protegidas, puede ser de interés para fortalecer su protección (epígrafe V).

³ Vid., “Chanel se ve obligada a pedir perdón por su bumerán de postre”, *La Vanguardia*, 16 de mayo de 2017, en <https://www.lavanguardia.com/de-moda/moda/20170516/422623324226/chanel-bumeran-indigna-comunidad-australiana.html> (último acceso: noviembre 2024). Cabe citar igualmente las acusaciones de apropiación cultural que se han formulado en varias ocasiones respecto a los desfiles de Victoria’s Secret, vid. HARPER’S BAZAAR SINGAPORE TEAM, “Victoria’s Secret Is Being Accused Of Cultural Appropriation Yet Again”, *Harper’s Bazaar Singapore* en <https://www.harpersbazaar.com.sg/fashion/victorias-secret-cultural-appropriation-native-american> o S. HELLER, “Every time Victoria’s Secret has been accused of cultural appropriation in its annual fashion show”, *Business Insider*, 27 de noviembre de 2017, en <https://www.businessinsider.com/victorias-secret-fashion-show-accused-cultural-appropriation-2017-11> (último acceso: diciembre 2024).

⁴ Se advierte que, o no existe tal retorno o, si existe, resulta ínfimo comparado con el que obtiene la empresa que realiza la conducta de apropiación cultural. Vid. B. Pozzo, “Fashion between Inspiration and Appropriation”, cit., p. 8

⁵ Vid. V. FRIEDMAN, “Carolina Herrera: ¿apropiación cultural u homenaje?”, *The New York Times*, 13 de junio de 2019, en <https://www.nytimes.com/es/2019/06/13/espanol/cultura/carolina-herrera-disenos-mexicanos.html> (último acceso: diciembre 2024).

⁶ Vid., F. RODRÍGUEZ CEBALLOS, “México pide explicación a Zara, Anthropologie y Patowl por apropiación cultural en diseños textiles”, *Fashion Network*, 31 de mayo de 2021, en <https://es.fashionnetwork.com/news/Mexico-pide-explicacion-a-zara-anthropologie-y-patowl-por-apropiacion-cultural-en-disenos-textiles,1306387.html#chanel> (último acceso: diciembre 2024). Y el Comunicado de la Secretaría de cultura, de 28 de mayo de 2021, “La Secretaría de Cultura pide explicación a las marcas Zara, Anthropologie y Patowl por apropiación cultural en diversos diseños textiles” en <https://www.gob.mx/cultura/prensa/la-secretaria-de-cultura-pide-explicacion-a-las-marcas-zara-anthropologie-y-patowl-por-apropiacion-cultural-en-diversos-disenos-textiles> (último acceso, noviembre de 2024).

⁷ A. MARES, “El Gobierno de México señala nuevamente a Shein por apropiación de diseños indígenas”, *Fashion Network*, 10 de julio de 2023, en <https://es.fashionnetwork.com/news/El-gobierno-de-mexico-senala-nuevamente-a-shein-por-apropiacion-de-disenos-indigenas,1535037.html#chanel>; AFP, “México protesta por el uso de un motivo maya por parte de Shein”, *Fashion Network*, 21 de julio de 2022, en <https://es.fashionnetwork.com/news/Mexico-protesta-por-el-uso-de-un-motivo-maya-por-parte-de-shein,1426079.html#chanel> (último acceso: noviembre 2024).

II. Las expresiones culturales tradicionales

7. El papel más activo en demandar una protección específica para este tipo de expresiones culturales ha partido de países que cuentan con comunidades tradicionales o pueblos indígenas, a la par que han luchado por obtener el reconocimiento de una protección eficiente en relación con sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales⁸. Y en el contexto de esa búsqueda, la realidad es que la diversidad de textos normativos y trabajos de organizaciones internacionales en la materia⁹, revelan que no hay una única expresión consensuada para referirse a este tipo de expresiones, utilizándose términos como «expresiones del folclore»¹⁰, “expresiones culturales tradicionales”¹¹ o “cultura tradicional y popular”¹², entre otros.

8. Además, tampoco hay una definición única sobre la realidad a proteger¹³. Sin embargo, hay una serie de características que son concurrentes. En primer lugar, se trata de expresiones culturales que pueden ser de distinta naturaleza: desde melodías, danzas, instrumentos musicales, nombres, símbolos, narraciones populares, mitos, dibujos, pinturas, y un largo etcétera en el que también se incluyen, por lo que aquí interesa, las artesanías, incluyendo joyería, costura, textiles y los diseños y “estilos” que en ellas se incorporan. Tales expresiones culturales, además, son fruto de una actividad intelectual creadora, aunque lo normal es que no se pueda identificar a un autor concreto. Ello es así, porque son el resultado de una tradición que ha pasado de generación en generación, en ocasiones mejorándose o adaptándose con el paso del tiempo, por lo que forman parte del patrimonio cultural de esa comunidad o colectivo, siendo expresión de su identidad; aunque, en realidad, constituyen una tradición todavía

⁸ En esa búsqueda de protección se inscriben instrumentos como el Convenio de la ONU sobre diversidad biológica de 1992, entre cuyos objetivos está la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos (arts. 1 y 15), y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre diversidad biológica, de 2014 [al respecto, *vid.* J. FRAMINÁN SANTAS, “Biodiversidad y propiedad intelectual sobre recursos genéticos”, en A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho de las obtenciones vegetales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 179 a 229 (p. 181 y ss.)]; y cuyo último hito lo constituye el Tratado de la OMPI sobre propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados, de 24 de mayo de 2024, con el establecimiento de un requisito de divulgación del país de origen o de la fuente de los recursos genéticos y, en particular, cuando la invención reivindicada en una solicitud de patente esté basada en conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, de divulgación de los pueblos indígenas o la comunidad local que proporcionaron los conocimientos tradicionales (at. 3).

⁹ Como la UNESCO o la OMPI, y particularmente, en el caso de esta última, a través de la labor desempeñada por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.

¹⁰ *Vid.* el artículo 2 de las “Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageable de la OMPI y la Unesco de 1982 (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000220160_fre; último acceso noviembre 2024); o el art. 2, n° 15 de la Ley n° 64, de 10 de octubre de 2012, sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Panamá, (Gaceta Oficial de 10 de octubre de 2012), disponible en: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pa/pa043es.pdf>. (último acceso noviembre 2024). Si bien, el término “folclore” ha despertado sentimientos de rechazo por parte de comunidades indígenas, al considerar que puede transmitir ideas peyorativas, *vid.* BLAKE, *Safeguarding intangible cultural heritage. A practical interpretation of the 2003 UNESCO Convention*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2023, p. 47.

¹¹ *Vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales* (WIPO/GRTKF/IC/37/7). En el ámbito de los trabajos desarrollados en la OMPI, se advierte de que los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” se emplean como sinónimos intercambiables, sin que con ello se pretenda sugerir un consenso entre los Estados miembros de la OMPI respecto a la validez de estos u otros términos, y sin afectar o limitar el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales. OMPI, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*, 27 de junio de 2023, WIPO/GRTKF/IC/SS/GE/23/INF/4, p. 45

¹² *Vid.* la Resolución de la UNESCO, aprobada en la 32a. sesión plenaria, el 15 de noviembre de 1989, Actas de la Conferencia General, 25ª reunión, París, 16 de noviembre de 1989. Y R. RICIFARI, “Espressioni culturali tradizionali e fashion industry: vecchie questioni e nuove prospettive suggerite dagli standard di corporate social responsibility”, en: N. LANNA (Ed.), *Fashion Law. Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, Milan, Wolters Kluwer, 2021, pp. 361 a 391 (p. 363).

¹³ Sobre esta variedad de términos, M. KÜPPERS, *Challenging the public domain. Protection of traditional cultural expressions in the light of retroactive copyright protection*, Colonia, Carl Heymanns, 2018, pp. 11 y ss. Y R. RICIFARI, “Espressioni culturali tradizionali ...”, *cit.*, p. 362.

viva en la comunidad de origen por lo que, los materiales generados en el pasado pueden seguir siendo renovados y versionados en la actualidad¹⁴.

9. Si buscamos un referente en nuestro entorno inmediato, también se pueden utilizar expresiones como folclore o expresión tradicional, pero en el plano jurídico destaca el concepto de “patrimonio cultural”. En el ámbito de la UE, tanto en el Tratado de la Unión Europea (TUE) como en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se reconoce la preocupación del legislador de la UE por proteger su patrimonio cultural, señalando que “la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo” (art. 3.3 TUE), y que la acción de la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en la “conservación y protección del patrimonio cultural común” (art. 167.2 TFUE). Y respecto a qué podemos entender por patrimonio cultural cabe tener presente, por ejemplo, unas Conclusiones del Consejo de la UE del año 2014, en las que se reconoce que este consta de los recursos heredados del pasado en todas las formas y aspectos: tangibles, intangibles y digitales, y que en él se incluyen, entre otros elementos, las “prácticas, conocimientos y expresiones de la creatividad humana”; y que “el patrimonio cultural se origina a partir de la interacción entre personas y lugares a lo largo del tiempo y está en permanente evolución”¹⁵.

10. Por su parte, en el Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad de 2005¹⁶, que ha sido ratificado por España, se describe el patrimonio cultural como un conjunto de recursos heredados del pasado que las personas consideran, con independencia del régimen de propiedad de tales bienes, como una expresión de valores, creencias, conocimientos y tradiciones propios y en constante evolución, incluyendo aspectos del entorno resultantes de la interacción entre las personas y los lugares a lo largo del tiempo¹⁷.

11. Se observa, pues, que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore (en este trabajo ambas expresiones serán utilizadas como sinónimos) se caracterizan por que, aun habiendo sido creadas por uno o más individuos, fueron asumidas por la colectividad en que se integran, transmitiéndose de generación en generación, Y sin perjuicio de que en la creación de esa expresión cultural se haya podido tomar inspiración de creaciones desarrolladas en otros entornos geográficos; lo relevante es que se consideren identitarias de la cultura y tradición de ese colectivo humano¹⁸. Tales expresiones culturales son, entonces, la manifestación tangible o intangible de esa creatividad humana; teniendo presente que la cuestión aquí examinada no se produce por la comercialización del objeto “original”, sino por la posibilidad de reproducción ilimitada del bien inmaterial -diseño de la pieza, patrón de los bordados, etc.- al incorporarlo en los productos textiles o complementos de moda.

¹⁴ Sobre las características que concurren en las expresiones culturales tradicionales, *vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 6 de julio de 2018, WIPO/GRTKF/IC/37/7, pp. 2 y ss.; R. DE ROMÁN PÉREZ, “Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obras del espíritu. Artesanía. Folclore. Cuentos y tradiciones populares”, en C. VALDÉS/C. ROGEL, *Cultura popular y propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2011, pp. 29 a 47 (pp. 33 y ss.).

¹⁵ Conclusiones del Consejo, de 21 de mayo de 2014, sobre el patrimonio cultural como recurso estratégico para una Europa sostenible, DOUE C 183, de 14 de junio de 2014, p. 36.

¹⁶ Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad (CETS nº 199), hecho en Faro el 25 de octubre de 2005, ratificado por veinticinco Estados, entre ellos España (BOE 144, de 17 de junio de 2022). *Vid.* <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=199> (último acceso, noviembre de 2024).

¹⁷ Art. 2, a). Este Convenio tiene, entre otros, el objetivo de reconocer la responsabilidad personal y colectiva respecto al patrimonio cultural o subrayar que la finalidad de la conservación del patrimonio cultural y de su uso sostenible es el desarrollo de las personas y la calidad de vida (vid. art. 1).

¹⁸ *Vid.* R. DE ROMÁN PÉREZ, “El folclore como objeto de propiedad intelectual: derechos de los autores y derechos conexos”, *ADI* 32 (2011-2012), pp. 463 a 480 (p. 467), quien pone ejemplos como el del son cubano, con antecedentes africanos, latinoamericanos y europeos.

III. La protección específica para las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional

1. Medidas de protección establecidas en otras jurisdicciones

12. La aplicación de la normativa tradicional sobre propiedad intelectual a las expresiones culturales tradicionales normalmente determina que se considere que estas están en el dominio público, ya sea porque no reúnen los requisitos para ser consideradas una obra protegible por Derecho de autor o porque, reuniéndolos, ya han transcurrido los plazos de protección¹⁹. Ante esto, y a falta del establecimiento de algún tipo de protección específica, la expresión cultural podrá ser reproducida por terceros ajenos a la comunidad de origen para fines comerciales.

13. Esto ha determinado que en países deseosos de dotarlas de protección frente a usos que consideran indebidos se hayan adoptado medidas legislativas. En la base de tales iniciativas, destaca la frustración por parte de comunidades o pueblos indígenas ante la aplicación de las normas tradicionales sobre Derecho de autor en la protección del patrimonio cultural; con opiniones que expresan desde quejas relativas a que la mercantilización de las expresiones del folclore puede menoscabar la espiritualidad o la dignidad del patrimonio indígena, a otras que señalan que son un impedimento para que puedan ejercer un control sobre su propia cultura²⁰.

14. En realidad, las primeras medidas nacionales adoptadas para proveer de protección específica a las expresiones culturales tradicionales se enmarcaron en el ámbito de regulaciones relativas a los derechos de autor, como fue el caso de normas como la Ley de Túnez de 1966 o la de Chile de 1970²¹. Así, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley de Túnez núm. 66-12, de 14 de febrero de 1966, relativa a la propiedad literaria y artística²², se establecían unos principios que esencialmente luego fueron reiterados en el artículo 7 de la posterior Ley de Túnez de 1994²³. Esta norma somete toda reproducción de una obra del folclore realizada con la finalidad de su explotación lucrativa, a la exigencia de tener autorización del ministerio responsable de la cultura, previo pago de una tasa en beneficio de un fondo social encargado de la protección de los derechos de autor y derechos relacionados. Conforme al precepto, además, se requiere poseer autorización del ministerio competente para la producción de obras inspiradas en el folclore, así como en el caso de transferencia total o parcial de los derechos de autor sobre una obra inspirada en el folclore o la licencia exclusiva relativa a dicha obra.

15. Una medida central es, pues, lo que se ha venido a denominar una suerte de “dominio público de pago”²⁴, en la que la utilización con fines comerciales de una expresión cultural en dominio

¹⁹ *Vid. infra* epígrafe IV. 1.

²⁰ R. K. PATERSON/D.S. KARJALA, “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, (2003) *11 Cardozo J Int'l & Comp L*, pp. 633-670 (pp. 634 y 635); E. OYANGE NGANDO, “Fashion as property in traditional culture: a Maasai case study”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 11, pp. 878 a 883 (pp. 878 y 881), quien señala: “Cultural appropriation occurs where outsiders who unbound by the appreciation of culture, extend to copying and transforming cultural elements to suit them as well as channelling their individual tastes and at times profiteering. The taking of parts of a minority culture by a dominant one and its incorporation into fashion is simplified when the taker has no sense of connection to the concept of tradition and culture itself”

²¹ Que, en su primera versión, establecía que pertenecía al patrimonio cultural común la obra de autor desconocido, incluidas las expresiones del acervo folclórico, y remitía al reglamento de la Ley para determinar lo que deberían pagar quienes utilicen obras pertenecientes al patrimonio cultural común. *Vid* lo dispuesto en el art. 11.2 de la primera versión de la Ley 17.336, de 2 de octubre de 1970 sobre propiedad intelectual, así como los artículos 2 y 3 de la primera versión de 1971 del Reglamento de dicha Ley.

²² Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1967_02.pdf.

²³ Ley n.º 94-36, de 24 de febrero de 1994, relativa a la propiedad literaria y artística, modificada y completadas por la Ley n.º 2009-33 de 23 de junio de 2009.

²⁴ Destaca ANTEQUERA PARILLI que, en tales casos, la naturaleza jurídica de este dominio público “de pago”, en realidad no es la propia del derecho de autor ya que el Estado no recibe la titularidad del derecho sobre las obras del autor, si no que tendrá la naturaleza de una especie de tributo o tasa que puede imponer el Estado a determinadas actividades económicas que se de-

público requiere el pago de una contribución. Esta solución también es recogida en la Ley Tipo de Túnez para Países en Desarrollo sobre Derecho de Autor de 1976, elaborada por un Comité de Expertos Gubernamentales, con la asistencia de la OMPI y de la UNESCO, y que pretendía servir de modelo a los legisladores nacionales²⁵; en otras normas nacionales sobre derecho de autor²⁶; y, asimismo, es una solución que se acoge en el Acuerdo de Bangui de 1977 (ya revisado varias veces, la última en 2015) por el que se establece una Organización Africana de Propiedad intelectual, que dedica su anexo VII a las normas relativas a la propiedad literaria y artística, que se articulan como derechos nacionales independientes²⁷.

16. Sin embargo, la percepción de que las medidas establecidas a través de la normativa de propiedad intelectual no parecían haber sido eficaces, fue determinando la idea de que era preciso adoptar medidas *sui generis* que atendieran a las particulares necesidades de protección de las expresiones culturales tradicionales. Expresivas al respecto son Leyes tipo como la Disposición tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, de 1982, y que fue aprobada por un Comité de Expertos nombrado por los directores generales de la OMPI y la UNESCO²⁸; o, de la Ley Modelo para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales, de la comunidad del Pacífico²⁹, de 2002, y que trataba de servir de inspiración, en este caso, a los países insulares del Pacífico

17. Por ejemplo, en el caso de la Disposición tipo de 1982, se reconoce en sus observaciones preliminares la importancia del folclore para todas las naciones y, en especial, para los países en desarrollo como base de su identidad cultural; y se señala la necesidad de establecer medidas jurídicas específicas frente a la postura de países industrializados que las consideran parte del dominio público. Y, en particular, en ella se parte de que, para utilizar expresiones del folclore con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional, se requiera la autorización previa de una autoridad o de la comunidad afectada, que podrá fija el pago de una contribución por dicha utilización; así como la necesidad de indicar, cuando se use una expresión del folclore, la fuente de forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada. Además, tales medidas se ven complementadas por la previsión de un sistema sancionador para quien las utilice sin la respectiva autorización, o desnaturalizándolas intencionadamente de una forma lesiva para los intereses culturales de la comunidad³⁰.

sarrollen en su territorio. *Vid.* ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007, p. 536.

²⁵ *Vid.* las secciones 1. 5 bis, 6 y 17 de la Ley tipo.

²⁶ Por ejemplo, en la Ley de derechos de autor del Estado plurinacional de Bolivia, tras establecerse que las obras del Folclore forman parte del patrimonio nacional, se determina que la utilización comercial de obras del patrimonio nacional y del dominio público determinará la obligación de pagar al Estado una determinada participación. Lo recaudado se aplicarán al fomento y difusión de los valores culturales del país; si bien se prevé que una parte será destinada a la comunidad de origen en caso de ser identificada. *Vid.* los arts. 21 a 23 y 58 a 62 de la Ley nº 1322, de 13 de abril de 1992.

²⁷ En este Acuerdo se considera como obras protegibles por derecho de autor las expresiones culturales tradicionales y se establece que la explotación de obras en dominio público estará condicionada a que el explotador se comprometa a pagar por ese concepto al organismo nacional de gestión colectiva de derechos, destinándose a fines sociales y culturales. *Vid.* los art. 4 y 68 de su Anexo VII, disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/details/227>.

²⁸ Aunque en un informe final sobre experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore, preparado por la Secretaría de la OMPI en 2002, se reconocía que esta Disposición tipo no habían tenido una gran influencia en los marcos legislativos de los Estados miembros de la OMPI. *Vid.* WIPO/GRTKF/IC/3/10, p. 11.

²⁹ COMUNIDAD DEL PACÍFICO, *Marco regional para la protección de las conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura*, 2002, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_inf_2-annex2.pdf (última consulta, en octubre de 2024). En ella se determina que los propietarios tradicionales son los titulares de los derechos culturales reconocidos sobre las expresiones culturales tradicionales (art. 6), se prevé la necesidad de que el usuario ajeno a la comunidad de origen que las quiera utilizar -en lo que aquí interesa- para fines comerciales, cuente con la previa autorización de la comunidad de origen (con la previsión de un pago por tal uso), realice una mención adecuada del origen de tales expresiones, y evite todo uso inadecuado de las mismas. La ley modelo prevé, además, medidas administrativas y la posibilidad de ejercer acciones civiles en caso de incumplimiento de tales previsiones.

³⁰ *Vid.* arts. 3, 5, 6 y ss.

18. Si bien una muestra de cómo algunos países han apostado por implementar una protección específica que atienda a las demandas de los pueblos indígenas³¹, la ofrecen legislaciones como la panameña y la mexicana.

19. En el caso de la República de Panamá, además de exigir en la Ley sobre derechos de autor que, en las obras derivadas de expresiones del folclore, se indique la comunidad o etnia de la cual proviene esa expresión, y su título, si lo tuviere³²; cuenta con una Ley, la n° 20, de 26 de junio de 2000, que establece un régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales³³. En su artículo primero se advierte de que la Ley tiene como finalidad proteger lo que denomina derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus creaciones susceptibles de un uso comercial, estableciendo un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, “a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social”; y se advierte de que no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual o industrial, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas.

20. Entre otros extremos, en esta Ley se establecen como objeto de protección los vestidos tradicionales de varios pueblos indígenas³⁴, y se les reconocen derechos colectivos sobre sus instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como sobre la técnica para su confección, materializados en tallas, cestas tradicionales, chaquiras, o cualquier otra manifestación cultural de carácter tradicional³⁵. Los derechos de uso y comercialización de las manifestaciones culturales basadas en la tradicionalidad de estos pueblos deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado³⁶, y se prohíbe la reproducción industrial, ya sea total o parcial, de los vestidos tradicionales y demás derechos colectivos reconocidos en esta Ley, salvo que se cuente con la oportuna autorización; que deberá ser dada por el Ministerio de Comercio e Industrias, con el consentimiento previo y expreso de los congresos generales y consejos indígenas.

21. Por lo demás, esta Ley modifica el artículo 439 (letra j) *del Código Fiscal*, para impedir la importación de productos no originales, “sean grabados, bordados, tejidos o cualquier otro artículo que imite, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, (...) y obras artísticas tradicionales de dichos pueblos”; y se introduce un nuevo apartado al art. 16 de la Ley 30 de 1984, *de Contrabando, Defraudación Aduanera y otras disposiciones*, para determinar que será delito de contrabando la “tenencia no manifestada ni declarada ni autorizada transitoriamente, conforme a la legislación aduanera, de productos no originales que imiten, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas de Panamá, así como de materiales e instrumentos musicales y obras artísticas o artesanales de dichos pueblos”.

³¹ En este contexto puede tenerse en cuenta, por ejemplo, la Primera Conferencia Internacional de los Derechos Culturales y Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas celebrada en Nueva Zelanda en 1993, en la que se realiza la Declaración de Mataatua de los derechos intelectuales y culturales de los pueblos indígenas, con la recomendación de que deben instar la protección y conservación de sus tradiciones intelectuales. Igualmente, en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007, se reconoce el derecho de estos pueblos a proteger, mantener y desarrollar su patrimonio cultural, incluidas las expresiones culturales tradicionales (arts. 11 y 31). O la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 14 de junio de 2016, y dirigida a los pueblos indígenas de las Américas, en la que se les reconoce el derecho a su propia identidad e integridad cultural, así como a la protección, preservación y desarrollo de su patrimonio cultural.

³² Art. 12 de la Ley de 2012 sobre derechos de autor y derechos conexos. Gaceta Oficial de 10 de octubre de 2012, disponible en: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pa/pa043es.pdf>.

³³ Gaceta Oficial No.24,083 de 27 de junio de 2000

³⁴ En concreto, los utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaan, naso y bri-bri, tales como Dule mor, Jio y Nahua (art. 3 de la Ley).

³⁵ Vid. arts. 4 y 5.

³⁶ Vid. el art. 15, si bien, se recogen algunas excepciones a favor de artesanos no indígenas en los arts. 23 y 24 de la norma.

22. También especialmente paradigmático es el caso de la República de México, cuya Constitución establece expresamente el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a preservar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, y reconoce “la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio, en los términos que dispongan las leyes” (art. 2º, A, IV). Este principio inspira lo dispuesto en la Ley de derechos de autor, en la que se establece la protección de las expresiones culturales tradicionales, exigiendo que todo uso comercial de estas cuente con la oportuna autorización³⁷; y especialmente la regulación contenida en la *Ley Federal de protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas* del año 2022³⁸. Esta última norma tiene, entre otros fines, el de reconocer y garantizar lo que denomina un derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre los elementos que conforman su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio; disponiendo que en la interpretación de la ley y resoluciones “se tomarán en cuenta los sistemas normativos indígenas y los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos, derechos indígenas y, según sea el caso, derechos de autor y propiedad intelectual, procurando la protección más amplia a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas”³⁹.

23. El derecho que se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas nace sin necesidad de un procedimiento administrativo previo y se concibe como inalienable, imprescriptible, irrenunciable, inembargable y de naturaleza colectiva⁴⁰. A las comunidades y pueblos indígenas se les atribuye la facultad de autorizar -con su consentimiento libre, previo e informado- el uso y comercialización de las expresiones culturales tradicionales por parte de terceros; que deberán además ser utilizadas con pleno respeto a sus derechos, dignidad e integridad culturales, y acreditarse el lugar de origen del elemento de que se trate. Se parte, además, de que, salvo acuerdo en contra, toda autorización será onerosa e implicará una distribución justa y equitativa de beneficios, que serán retribuidos a la comunidad de origen. En la Ley se disponen, por lo demás, medidas de protección frente usos no consentidos, como el de “reproducir, copiar o imitar, incluso, en grado de confusión, elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades sin autorización del titular o titulares de los derechos”; estableciendo un régimen sancionador, con medidas administrativas y penales⁴¹.

2. Medidas de protección en convenios internacionales

24. El carácter territorial de los derechos nacionales explica que aquellos países y comunidades que desean una protección específica para las expresiones del folclore planteen la necesidad de contar con instrumentos que permitan extender la protección reconocida más allá de las propias fronteras nacionales. Centrándonos en convenios internacionales de amplio espectro⁴², una revisión de las medidas

³⁷ La Ley federal de derecho de autor de 1966, dedica los artículos 157 a 161 a regular las expresiones culturales tradicionales y dispone su protección contra su explotación sin una autorización por escrito del pueblo o comunidad titular, y contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece.

³⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2022.

³⁹ Art. 10 y 13.

⁴⁰ Arts. 14 y 15.

⁴¹ Arts. 17, 24, 27 y 69 y ss.

⁴² Sin perjuicio de la existencia de acuerdos regionales, como el Protocolo de Swakopmund sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, en el marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), adoptado el 9 de agosto de 2010 y modificado el 6 de diciembre de 2016. Entre los propósitos de este Protocolo, está el de proteger las expresiones del folclore contra la apropiación indebida, el uso indebido y la explotación ilícita más allá de su contexto tradicional; y, respecto de las expresiones del folclore de especial importancia cultural o espiritual para una comunidad, los Estados Contratantes han de establecer medidas adecuadas para garantizar que la comunidad pertinente pueda impedir que, sin su consentimiento libre, previo e informado, se realicen actos tales como su reproducción, comunicación al público o distribución; utilizaciones que no reconozca de forma apropiada a la comunidad como fuente de estas; cualquier distorsión, mutilación u otra modificación, u otra acción despectiva en relación con las expresiones del folclore; así como la adquisición o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones del folclore o sus adaptaciones. *Vid.* los

hasta ahora adoptadas exige hacer una referencia al Convenio de Berna, así como los Convenios de la UNESCO sobre patrimonio cultural inmaterial y sobre diversidad cultural.

25. De hecho, un primer intento de reforzar la protección de las expresiones culturales tradicionales fue la introducción en 1967 de un apartado cuarto en el artículo 15 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, enmendado en 1979 (CB); precepto que, en realidad, no contiene ninguna referencia expresa a las expresiones culturales tradicionales⁴³. Esta disposición se aplica a obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero de las que se pueda suponer que es nacional de un país de la Unión. En tales casos, “queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión”; designación que habrá de ser notificada. El objetivo, en realidad, es facilitar la defensa de los intereses a proteger en otros países, teniendo presente el principio de trato nacional que se fija en este Convenio.

26. Sin embargo, el alcance de este precepto es limitado. De un lado, porque se aplica exclusivamente a obras no publicadas⁴⁴. Pero especialmente porque si ya en el CB se prevé, respecto a las obras anónimas, que el plazo de protección expirará cincuenta años después de que la obra haya sido hecha lícitamente accesible al público (art. 7.3 CB); en cualquier caso, el ámbito de aplicación del Convenio se refiere a obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección (supuesto probable en las expresiones culturales tradicionales) (art. 18.1 CB). Y aunque este no fuera el caso, lo cierto es que los países de la Unión no están obligados a proteger las obras anónimas o seudónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace cincuenta años (art. 7.3 CB)⁴⁵. Y la poca relevancia del precepto se ve confirmada, además, por el hecho de que sólo un país (la India) haya notificado una autoridad designada a los efectos del precepto⁴⁶.

27. Además de ese primer intento, y tras adoptar en 1989 una Recomendación sobre la Salvaguarda de la cultura tradicional y popular, en los años 2003 y 2005 la Conferencia General de la UNESCO aprobó, respectivamente, sendas convenciones: la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

28. En lo que atañe a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, entre sus finalidades está la salvaguardia, el respeto y la sensibilización sobre la importancia del patrimonio cultural inmaterial. A efectos de la Convención, este se describe como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”; patrimonio que se transmite de generación en generación y “es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno,

arts 16 y ss. Y sobre el Protocolo y su alcance, J. COSTANTINE, “The Swakopmund Protocol for the protection of expressions of folklore: a review of implementation in Rwanda and Tanzania”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, vol. 17, nº. 10, pp. 834 a 843 y ss (p. 838 y ss.).

⁴³ Es el examen de la historia de la disposición la que permite determinar que la propuesta de su introducción pretendía esa finalidad. Vid. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, “Artículo 15.4”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 1347 a 1364 (pp.1347 y 1348).

⁴⁴ A efectos del Convenio de Berna se entiende por “obras publicadas” (art. 3.3 CB), las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra.

⁴⁵ En realidad, el artículo 15.4 se refiere a obras de “autor desconocido”, lo que se considera como un concepto más amplio. Vid. R. RICIFARI, R., “Espressioni culturali tradizionali...”, cit., pp. 366 y 367.

⁴⁶ Vid. https://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/notifications/details/tre_ty_berne_108 (último acceso) Y sobre la necesidad de revisar el precepto ante su poca utilización vid. OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 2018, WIPO/GRTKF/IC/37/7, Anexo I, p. 28.

su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana»; lo que se corresponde con el entendimiento de lo que es una expresión cultural tradicional.

29. Sin embargo, en esta Convención lo que se dispone es que incumbe a cada Estado parte adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en “su” territorio; entendiéndose por salvaguardia “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”⁴⁷. Por lo demás, entre sus finalidades está la de sensibilizar sobre la importancia del patrimonio inmaterial y la cooperación y asistencia internacionales; y establece la creación de una Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad⁴⁸. Pero el Convenio no prevé, sin embargo, obligaciones concretas dirigidas a proteger las expresiones culturales tradicionales fuera del país de origen.

30. Como tampoco se prevé en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 que, entre otros objetivos, tiene el de proteger y promover la diversidad de expresiones culturales, entendiéndose por tal la adopción de medidas dirigidas a la “preservación, salvaguarda y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”⁴⁹. En ella se reitera el derecho soberano de los Estados para adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de expresiones culturales en sus respectivos territorios; así como fortalecer la cooperación y solidaridad internacionales a fin de reforzar las capacidades de los países en desarrollo para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.

31. Se concluye, entonces, que actualmente no existe un instrumento internacional de amplia aplicación que establezca obligaciones que respondan a las medidas nacionales anteriormente descritas⁵⁰. Y, sin duda, uno de los aspectos más problemáticos para poder establecer un acuerdo de amplia aceptación es cómo conjugar la pretensión de que la utilización de una expresión cultural tradicional esté bajo el control de la colectividad de origen con la concepción acogida en otros países, que parte de que estas expresiones culturales están en dominio público, como es el caso de la legislación española y que pasamos a examinar.

IV. La protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho español

1. Las expresiones culturales tradicionales ante el Derecho de autor

32. Ley española de propiedad intelectual (LPI)⁵¹ no prevé ninguna disposición específica en relación con las expresiones culturales tradicionales. Para que una expresión de este tipo pueda gozar de protección será necesario, al igual que ocurre con cualquier otra creación intelectual, que reúna los requisitos de originalidad exigidos.

⁴⁷ Arts. 2, 3 y 11.

⁴⁸ En la que se incluyen algunos supuestos directamente relacionados con la moda, como es el caso del arte de la blusa tradicional con bordado en los hombros (altita) que se identifica como un elemento de la identidad cultural en Rumanía y la República de Moldova. *Vid.* <https://ich.unesco.org/es/RL/el-arte-de-la-blusa-tradicional-con-bordado-en-los-hombros-alti-elemento-de-la-identidad-cultural-en-rumania-y-la-republica-de-moldova-01861> (último acceso, noviembre 2024).

⁴⁹ Art. 4, punto 7 de la Convención.

⁵⁰ Y ello pese a los trabajos que se vienen desarrollando en el seno del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, debatiendo sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales. *Vid.*, al respecto, OMPI, *La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos*, 19 de junio de 2019, WIPO/GRTKF/IC/40/19.

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

33. Cuando hablamos de la apropiación cultural en el ámbito de la moda esto conduce a que, de tratarse de una obra protegible por Derecho de autor, el supuesto típico será el de obras de arte aplicadas; que son descritas en la doctrina como obras con un destino o finalidad práctico industrial, u objetos de uso con forma artística, en tanto se materializan en objetos que desarrollan alguna utilidad práctica en la industria o el comercio (tales como tejidos, relojes, muebles, calzado, etc.)⁵².

34. En España, la posibilidad de que una obra de este tipo pueda ser objeto de derechos de propiedad intelectual viene avalada tanto por la normativa de Derecho de autor, como por la normativa reguladora del diseño industrial. De hecho, la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial expresamente establece la compatibilidad entre la protección por diseño y la que pueda derivarse, en su caso, de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate “presente en sí mismo el grado de creatividad y originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”⁵³.

35. La norma traspone lo dispuesto en la anterior Directiva 98/71/CE, de 13 de octubre de 1998, de protección jurídica de los dibujos y modelos comunitarios⁵⁴, que señalaba que se dejaba libertad a los Estados Miembros para fijar el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección “incluido el grado de originalidad exigido”⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 12 de septiembre de 2019, en el asunto *Cofemel*, lejos de posibilitar la aplicación de un criterio de originalidad más exigente, confirmó que el concepto de “obra” constituye una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme; suponiendo la concurrencia de dos elementos acumulativos: la existencia un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor, junto con el hecho de que la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual⁵⁶.

36. Cabe advertir, por lo demás, que tanto en la nueva Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, como en la reforma recientemente realizada en el Reglamento 6/2002, sobre dibujos y modelos de la UE, se elimina toda referencia a que los Estados puedan fijar el grado de originalidad exigido, sustituyéndose por la determinación de que la acumulación de protecciones será posible “siempre que se cumplan los requisitos del Derecho en materia de derecho de autor”⁵⁷.

⁵² Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 159-197 (p.183); F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de obras aplicadas a la industria”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 55 (enero-abril 2017), pp. 13- 58 (pp. 25 y ss.).

⁵³ Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial. Vid., asimismo el art. 2.7 del Convenio de Berna, y lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 98/71/CE de la UE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, así como en el art. 96.2 del Reglamento de la UE (CE) 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios.

⁵⁴ Vid. el art. 17 de la Directiva 98/71/CE de 13 de octubre de 1998; y, en similar sentido respecto a los diseños de la Unión Europea, el art. 96.2 del Reglamento (CE) nº 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios, antes de ser modificado por el Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024

⁵⁵ Esto se tradujo en niveles de exigencia diferentes entre países como España, en el que la jurisprudencia venía aplicando un criterio más estricto de originalidad, frente a otros, como Francia, en que se establece el principio de unidad del arte, siendo suficiente con que la obra sea el fruto de una actividad creativa que revele la personalidad de su autor. Teniendo presente las distorsiones que tal disparidad puede provocar en la competencia [vid. I., HERNANDO COLLAZOS, “Diseño-Moda como expresión cultural: Derechos de Autor y Diseño Comunitario”, *RIIPAC* nº 3/2013, pp. 23 a 52 (pp. 51-52)] se plantearon posturas doctrinales que proponían cambiar el criterio más exigente seguido en la jurisprudencia española y reconocer como original toda obra, incluidas las de arte aplicado, que refleje la personalidad del autor sin exigir una especial altura creativa; junto con la opinión de otros autores que contrargumentaban que aplicar un criterio más débil de originalidad a todo tipo de creaciones y, en particular, a las de arte aplicado, acabaría por convertir el derecho de autor en un “saco sin fondo” (vid. F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de obras aplicadas a la industria”, cit., p. 39 y ss.).

⁵⁶ STJ de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, asunto C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, ap. 29.

⁵⁷ Vid. el art. 23 de la Directiva (UE) 2024/2823, así como el nuevo apartado segundo del art. 96 del Reglamento 6/2002, tras ser modificado por el Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024.

37. De lo anterior se deriva que, para que una expresión cultural tradicional pueda considerarse una obra protegible por propiedad intelectual, se deberá aplicar un criterio subjetivo débil, en tanto que bastará con que sea una creación propia del autor, que refleje su personalidad y sea fruto de una decisión libre, no condicionada por características técnicas. Lo que no quiere decir que sea una tarea fácil de determinar, dadas las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia en el citado asunto *Cofemel*, precisamente en referencia a prendas de ropa. Y es que, aunque el Tribunal reconoce que en la actividad creativa entran en juego consideraciones de carácter estético; advierte, sin embargo, de que el hecho de que un modelo genere, más allá de su finalidad práctica, un efecto estético no permite, por sí mismo, apreciar si dicho modelo constituye una creación intelectual que refleje la libertad de elección y la personalidad de su autor y que cumpla, por tanto, el requisito de originalidad exigido⁵⁸.

38. Pero aun en el caso de que la expresión cultural tradicional pueda ser calificada de obra protegible por Derecho de autor, normalmente será imposible identificar quién es el autor o autores, dado que suelen hundir sus raíces en un pasado lejano. Así las cosas, no puede determinarse si proceden de la aportación de una única persona, de varias o, incluso, de la aportación de distintas generaciones que la fueron perfeccionando. De esta suerte, el autor o autores suelen ser desconocidos y en el ámbito de la propiedad intelectual se parte de un derecho que se reconoce a un sujeto o sujetos determinados o, al menos determinables. En nuestra normativa de Derecho de autor no se reconoce ningún tipo de derecho en favor de colectividades⁵⁹. Se tratará, entonces, de una obra anónima que ya estará en dominio público por haber expirado los plazos de protección⁶⁰.

39. De hecho, en el caso de que hipotéticamente el autor fuese conocido, conforme a la LPI los derechos de explotación de una obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art. 26 LPI); y, en el caso de las obras anónimas o seudónimas, 70 años contados desde su divulgación lícita o, en caso de que no haya sido divulgada lícitamente, contados desde su creación (salvo que pueda aplicarse el plazo que corresponda desde la muerte o fallecimiento del autor en caso de que se revele la identidad de este, conforme al art. 27 LPI).

40. Al haber transcurrido los plazos anteriormente señalados, decaen los derechos de explotación reconocidos en favor del autor, lo que implica que podrá ser reproducida por cualquiera persona. Si bien, aún se han de respetar dos derechos que nuestro legislador le otorga al autor con carácter indefinido⁶¹: el derecho de paternidad o derecho a ser reconocido como el autor de la obra; así como el derecho a exigir respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Además, estos derechos podrán ser ejercidos por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural, cuando el autor no haya designado a una persona para ejercerlos, o no tenga herederos, o se desconozca su paradero⁶².

⁵⁸ Aps. 54 y 55. Para una crítica de esta sentencia *vid.* CARBAJO CASCÓN, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor)”, *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, Año 23, Número 106, 2020/2021, pp. 139 -162 (pp. 153 y 154). Sobre esta cuestión *vid.* también, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “Apunte sobre el futuro del diseño industrial en la UE”, en J.A. GARCÍA-CRUCES (Coord.), *De iure mercatus. Libro homenaje al Prof Dr. Dr. h. c Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia, Tirant lo blanch, 2023, pp. 825 a 851 (p. 845)

⁵⁹ Se destaca, al respecto, el carácter esencialmente individualista del derecho de autor frente al hecho de que en el caso del folclore sólo pueda hablarse de una suerte de “propiedad intelectual colectiva”. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, cit., p. 505.

⁶⁰ Lo que la diferencia de las obras huérfanas pues estas, aunque también son obras de las que se desconoce el autor, todavía no están en dominio público, razón por las que surgen problemas respecto a la posibilidad de su explotación. *Vid.* A. MARTÍN VILLAREJO, “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular. Derechos morales sobre las obras de dominio público. Legitimación para el ejercicio de los derechos morales”, en C. VALDÉS/C. ROGEL, *Cultura popular y propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2011, pp. 63 a 93 (pp. 74 y 75).

⁶¹ Art. 41 LPI en relación con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 14 LPI.

⁶² Arts. 15 y 16 LPI.

41. Es cierto que el objetivo perseguido con tales derechos en el caso de las obras del folclore puede ser de difícil consecución si se entiende que el interés protegido es el personal del autor, pues en la mayor parte de los casos este no podrá ser identificado lo que, además, hará complicado determinar cuándo se produce un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Sin embargo, se ha señalado que el fundamento de la protección de estos derechos puede también estar conectado a la tutela del interés colectivo de preservación del acervo cultural de la humanidad: el de integridad, al evitar que se desnaturalice la creación y que la sociedad pueda tener acceso a ella en su auténtica expresión, mientras que el fundamento de amparar el derecho de paternidad estaría tanto en permitir reconocer la labor de los creadores como en evitar prácticas parasitarias de apropiación indebida⁶³.

42. Ejemplificativo al respecto resulta un caso dirimido en Francia, ante el *Tribunal de Grande instance* de París, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2015. El asunto que motivó la resolución judicial fue la demanda planteada por la firma de moda *Antik Batik* contra la empresa *I.M. Production*, alegando que había lanzado al mercado unas prendas de ropa que copiaban sus diseños vulnerando su derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, *I.M. Production* contrargumentó que, en la elaboración de esos diseños, se había inspirado en la vestimenta tradicional del pueblo de Santa María Tlahuitolpec en Oaxaca (México) y que, por tanto, no podía ser una copia de *Antik Batik*. Y la realidad es que el tribunal francés concluyó que ni *I. M. Production* ni *Antik Batik* gozaban de la autoría del diseño, que era un producto cultural de la comunidad mixe⁶⁴. De esta suerte, la expresión cultural anterior al menos fue el detonante que sirvió para negar la originalidad de esas obras posteriores, en las que se silenció la circunstancia de estar inspiradas en ella.

43. La opción de proteger expresiones culturales tradicionales por Derecho de autor vendrá referida, entonces, a la posible creación de obras totalmente nuevas, partiendo de que el patrimonio cultural es algo vivo, en continua evolución; obras cuya protección podrá ser reivindicada en cualquiera de los países de la Unión de Berna en base al principio de trato nacional que recoge este Convenio.

44. Y, en el ámbito de creación de obras nuevas, también se sitúa la opción de que se creen obras que resulten de una transformación de una expresión cultural que ya está en dominio público. Esto último exigirá que la obra original sea adaptada o modificada al punto de derivar en una obra diferente (art. 21 LPI). La opción de la transformación de obras anteriores se manifiesta como un instrumento incentivador de la creatividad, permitiendo mantener vivo y renovado el acervo cultural⁶⁵. En cualquier caso, de reunir la nueva obra los requisitos de originalidad exigidos, el derecho se reconocería al autor y no a una colectividad de personas, lo que vuelve a poner de manifiesto el contraste individualista del Derecho de autor frente a los que propugnan dotar a estas creaciones intelectuales de una protección *sui generis*.

45. Por lo demás, se podría conjeturar sobre la aplicación de la previsión recogida en el artículo 129.1⁶⁶ LPI a una expresión del folclore. Conforme a este precepto, toda persona que divulgue lícita-

⁶³ I. ESPÍN ALBA, "Flamenco, folclore y dominio público", en M. CASTILLA (Coord.), *El flamenco y los derechos de autor*, Madrid, Reus, 2010, pp. 39 a 75 (p. 67 y 68).

⁶⁴ Sentencia del *Tribunal de Grande instance de Paris*, 3e chambre, 4e section, 3 de diciembre de 2015, n° 15/03456. El Tribunal también descartó la existencia de competencia desleal por imitación parasitaria, desde que tanto una como otra empresa se habían inspirado en la ropa tradicional mexicana.

⁶⁵ Al respecto, *vid.* A. MARTÍN VILLAREJO, "Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular", *cit.*, p. 83 y ss., que recoge diversas posturas sobre la posibilidad de la transformación de una obra popular en dominio público. Por lo demás, cabe estacar que se han expresado temores respecto a la posibilidad de conceder derechos patrimoniales respecto a obras que sean meras modificaciones de la original en dominio público, con propuestas como la conveniencia de prever que sean protegibles sólo las verdaderas transformaciones; teniendo presente que, en ese caso, no se trataría tanto de proteger el interés del autor, como de amparar el interés de la comunidad en relación con su acervo cultural. Con mayor precisión, S. NAVAS NAVARRO, "Integridad y transformación de obras que se encuentran en el dominio público. En torno a su apropiación en exclusiva por terceros", en C. ROGEL (Coord.), *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, Madrid, Reus, 2019, pp. 223 a 251 (p. 238 y 240).

⁶⁶ En el artículo 129.2 LPI se establece una previsión relativa a obras no protegibles por el libro I de la LPI -esto es, por derechos de autor-, por lo que también podría ser de interés, si bien no para el ámbito aquí analizado dado que se dirige a es-

mente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor; si bien por un plazo de veinticinco años contados desde la divulgación (art. 130 LPI). El presupuesto es que se trate de una expresión cultural que reúna los requisitos para ser considerada como una obra protegible por propiedad intelectual y que se encuentre inédita⁶⁷, pues la finalidad de la norma es facilitar que se den a conocer al público obras que hasta el momento no estuvieron a su alcance, enriqueciendo el patrimonio cultural⁶⁸. Sin embargo, parece un supuesto poco probable en el caso de las expresiones culturales objeto de este estudio, que normalmente serán obras de arte aplicado utilizadas en el seno de la comunidad de origen y ya divulgadas⁶⁹. A lo anterior se suma que la aplicación del precepto exige que se trate de una divulgación lícita, esto es, en la que se respete la autoría e integridad de la obra⁷⁰, aunque dado que se trata de obras en dominio público, se ha propuesto entender que se cumplirá este requisito cuando la divulgación se produzca respetando el ordenamiento jurídico; lo que no ocurriría en casos en que se haya accedido indebidamente a la obra⁷¹.

46. La conclusión entonces es que, en cualquier caso, en aplicación de la LPI las expresiones culturales tradicionales están mayoritariamente en el dominio público, ya sea porque no reúnen los requisitos para ser considerada una obra en el sentido de la legislación de Derechos de autor ya sea porque, reuniéndolos, ha transcurrido el plazo de protección⁷². El sistema de propiedad intelectual ampara el derecho de los creadores, pero este acaba cediendo pues se prioriza el interés general de facilitar el acceso a la cultura. Se ha destacado, al respecto, que conceder derechos de propiedad intelectual demasiado fuertes -y qué decir si son perpetuos- puede inhibir el crecimiento cultural, congelando la cultura en un determinado estadio, desde que la creación intelectual se suele apoyar en el enriquecimiento que aporta el conocimiento y utilización de otras creaciones anteriores⁷³. Y es que, efectivamente, un dominio público amplio y libremente accesible conforma un patrimonio cultural mundial disponible para todos, y con potencialidad para seguir evolucionando sobre la base de un amplio abanico de influencias previas.

tablecer un derecho exclusivo de editores para autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de ediciones de tales obras, pero “siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales” (art. 129.2 LPI). Al respecto, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 129”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 1773 y ss. (p. 1778).

⁶⁷ El requisito del carácter inédito se interpreta en el sentido de que no se haya puesto a disposición del público de ninguna forma (*Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 129”, cit., pp. 1774 y 1775); aunque también hay autores que entienden incluidas las obras que, no habiéndose publicado, se han dado a conocer a través de un acto fugaz que no ha permitido que la obra esté accesible posteriormente (*vid.* R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, Granada, Comares, 2023, p.42 y ss.).

⁶⁸ Sobre el fundamento de este precepto, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 7 y ss.

⁶⁹ Cabe tener en cuenta, por lo demás, que si la obra fuese encontrada en una excavación arqueológica quedaría excluida de la aplicación de este precepto, conforme razona, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 24 y ss.

⁷⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 129», cit., p. 1776.

⁷¹ R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 54 y ss.

⁷² Sobre el concepto de dominio público *vid.*, A. GARCÍA VIDAL, “Dominio público, bienes demaniales y bienes patrimoniales de la Administración: relación con los bienes inmateriales protegidos por el Derecho mercantil”, en L. PAREJO ALFONSO/A. PALOMAR OLMEDA (Dir.), *Derecho de los bienes públicos*, II, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 55 a 110 (pp. 59 y 67); G. MÍNARO ALEJANDRE, “Artículo 41”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 845 y a 855 (p. 846); y en relación concreta con las expresiones culturales tradicionales *vid.* I. ESPÍN ALBA, “Flamenco, folclore y dominio público”, cit., pp. 58 y ss., así como el documento OMPI, *Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, de 24 de noviembre de 2010, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

⁷³ *Vid.* R. K. PATERSON/D.S. KARJALA, “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, cit. p. 649 y ss., que señalan “Our culture greatly benefits when Picasso brings elements of African art into his own or Van Gogh does the same with Japanese art”. Por lo demás, en un documento presentado en 2002 por la Delegación Permanente de la Comisión Europea en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros a la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI (WIPO/GRTKF/IC/3/11, 16 de mayo de 2002), se argumentaba que en Europa han cohabitado muchas culturas diferentes y, a pesar de que se ha fomentado el libre acceso y la libre circulación del folclore, esto no ha tenido efectos negativos; al contrario ha estimulado el intercambio cultural y fomentado las identidades regionales al punto de que las expresiones auténticas del folclore se han vuelto inherentemente más conocidas y tienen un mayor valor económico

2. Otras medidas de protección

47. El artículo 46 de la Constitución española dispone que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Esa labor de conservación y promoción se articula, primeramente, a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español⁷⁴, norma que, aunque centrada especialmente en la protección de los concretos bienes muebles o inmuebles que forman parte del patrimonio histórico español, también considera incluido en dicho patrimonio los bienes que integren el patrimonio cultural inmaterial.

48. En concreto, al regular el patrimonio etnográfico, se dispone que forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y “los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales”, siendo bienes muebles de carácter etnográfico todos aquellos objetos que constituyen “la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente”, gozando también de protección aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad⁷⁵.

49. Sin embargo, a nivel nacional en el año 2015 se promulgó la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; norma que tiene en cuenta los desarrollos en este ámbito en el plano internacional y, en particular, la Convención de la UNESCO, del año 2003, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Esta Ley tiene por objeto regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial, entendiendo por tales los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural (*vid.* arts. 1 y 2 de la Ley).

50. Las medidas de protección previstas se enfocan en el papel de las administraciones públicas velando por el respeto y conservación, entre otros extremos, de los soportes materiales en que descansen los bienes inmateriales objeto de salvaguardia; evitando su exportación o expoliación; así como en la adopción de medidas dirigidas a la difusión, promoción y sensibilización de ese patrimonio⁷⁶.

51. Y a similar objetivo se dirigen las normas autonómicas de patrimonio cultural. Es el caso, entre otras, de normas como la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, la Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural, la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, o la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia. En virtud de esta normativa, y en relación directa con productos textiles, han sido declarados bienes de interés cultural de carácter inmaterial, por ejemplo, los “trajes de aldeana y porruanu llaniscos” (en el principado de Asturias)⁷⁷, el “bordado popular Salmantino en la Sierra de Francia” (en la Comunidad de Castilla-León)⁷⁸, o la “tradición del bordado de Lorca” (Comunidad Autónoma de Murcia)⁷⁹.

⁷⁴ Esta Ley tiene por objeto la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español; integrado por los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico; así como por los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial “de conformidad con lo que establezca su legislación especial” (art. 1)

⁷⁵ Arts. 46 y 47 de la Ley.

⁷⁶ Arts. 4 y ss. de la Ley

⁷⁷ Decreto 60/2017, de 20 de septiembre, de la Consejería de Educación y cultura del Principado de Asturias por el que se declaran Bien de Interés Cultural inmaterial los “Trajes de aldeana y de porruanu llaniscos” (BO del Principado de Asturias, nº 239, de 16 de octubre de 2017. *Vid.* <https://www.portalinmaterial.cultura.gob.es/pci-ccaa/asturias/trajes-aldeana-porruanu.html>

⁷⁸ Acuerdo 147/2022, de 23 de junio, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara “El bordado popular salmantino en la Sierra de Francia”, Bien de Interés Cultural. *Vid.* <https://www.portalinmaterial.cultura.gob.es/pci-ccaa/castilla-y-leon/bordado-sierra.html>

⁷⁹ Decreto n.º 5/2014, de 14 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por

52. Se puede alegar que las expresiones culturales pueden no haber sido creadas para ser explotadas económicamente, o que la forma de conservar esa cultura es establecer los medios para que cualquier uso o desarrollo de estas se haga bajo la supervisión y autorización de la comunidad de origen; pero este claramente no es el enfoque existente en la normativa española, que mira a su conservación, conocimiento y revalorización.

53. El principio de libre competencia no se ve restringido mediante el reconocimiento de ningún derecho de carácter colectivo ni exigiendo ningún tipo de autorización previa y pago de compensación económica por la utilización de expresiones culturales tradicionales; sin perjuicio de la protección que estas puedan recibir a través de la aplicación de normas generales, como las que reprimen los actos de engaño (por ejemplo, en la hipótesis de que en la comercialización de un producto se dé a entender que este procede, o ha sido elaborado, por la comunidad de origen de la expresión cultural sin ser cierto) y la deslealtad en la competencia.

54. En particular, conviene recordar que conforme al artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley; y, no existiendo un derecho de exclusiva, la deslealtad sólo podrá venir dada por la forma en que se produce la imitación. Y sólo habrá deslealtad si, a la vista de las circunstancias particulares concurrentes, se produce alguno de los concretos supuestos previstos en el precepto (riesgo de asociación, aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, o imitación sistemática); pero no con el fundamento de evitar una supuesta apropiación de una expresión cultural tradicional, sino de evitar conductas que, aun partiendo del principio de que la imitación de las prestaciones ajenas es libre, alteren el sistema de competencia basado en los propios méritos y el normal funcionamiento del mercado⁸⁰.

V. Derechos de propiedad industrial y expresiones culturales tradicionales

55. Ante el panorama hasta ahora dibujado, y con planteamientos tan dispares en la protección de las expresiones culturales, es relevante valorar si los derechos de propiedad industrial pueden ayudar a prestar una protección a las expresiones culturales tradicionales⁸¹. En concreto, determinar en qué medida estos derechos pueden servir de vehículo para contribuir a un fortalecimiento de su protección o, al menos, ofrecer instrumentos para impedir prácticas que se pudieran considerar inadecuadas. Este análisis lo realizaré desde la perspectiva de la legislación española y de la Unión Europea, centrándome en los tres derechos de propiedad industrial que resultan de mayor interés al valorar el uso de expresiones culturales en el ámbito de la moda: las marcas, el diseño industrial y las indicaciones geográficas protegida

el que se declara bien de interés cultural inmaterial a favor de “La Tradición del Bordado de Lorca” (BORM nº 40, martes 18 de febrero de 2014).

⁸⁰ *Vid.*, entre otras, STS de 26/04/2017, ECLI:ES:TS:2017:1629, STS (Sala de lo Civil) núm. 306/2017, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1910) o la STS de 25/06/2021, ECLI:ES:TS:2021:2577. Y, en la doctrina, P. PORTELLANO Díez, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 44 y ss.; E. BOET SERRA, “Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 213, 1994, pp. 505 a 574; E. M^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Comentario al art. 11 de la LCD. Actos de imitación”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur menor, Aranzadi, 2011, pp. 279 a 316; F. CARBAJO CASCÓN, “Imitación de diseños de moda en España”, *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación* (2021/2022), cuaderno 128, pp. 17 a 35 (p. 27 y ss.).

⁸¹ Se han señalado diversos inconvenientes en la utilización de los sistemas de propiedad industrial como forma de proteger las expresiones culturales tradicionales; tales como el concepto mismo de “titularidad” propio de los derechos de propiedad intelectual (y poco compatible con las ideas de responsabilidad y de custodia de los sistemas consuetudinarios), el sometimiento de estos derechos a plazos limitados de protección, la necesidad de dar cumplimiento de formalidades de registro o el problema de acceder a un asesoramiento jurídico competente, entre otros inconvenientes. *Vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 6 de julio de 2018, cit., pp. 8 y 9.

1. Las expresiones culturales tradicionales ante la normativa de marcas

56. El Derecho de marcas presenta el atractivo de conferir un derecho de utilización en exclusiva en el tráfico económico, dotado de una potente protección, y con la posibilidad de ser mantenido en el tiempo mediante la sucesiva renovación del registro de la marca. A lo anterior se añade, la existencia de convenios internacionales consolidados que facilitan solicitar la protección en terceros países; y, en el ámbito concreto de la UE, la existencia de la propia marca de la UE, que permite, con un solo registro, obtener una protección que se extiende a todo el territorio de la Unión.

57. Por lo demás, la existencia de marcas de uso colectivo, como las marcas colectivas y las marcas de garantía o certificación, pueden responder a la pretensión de que el uso comercial de un determinado elemento se reserve a los miembros de la colectividad de origen; pudiendo además utilizarse el reglamento de uso de la marca, para fijar y ayudar a conservar -sin perjuicio de posibles actualizaciones dado el carácter vivo de la cultura- las prácticas tradicionales en la elaboración de un determinado producto. Así por ejemplo, en la Oficina de Propiedad intelectual de Canadá, consta registrada como marca de certificación una marca figurativa que incorpora las palabras “Genuine Cowichan” (TMA469023), solicitada para distinguir prendas de vestir (entre otros, suéteres, chalecos, ponchos, sombreros, gorros, guantes, o bufandas), registrada por el *Cowichan Band Council* (de la Tribu *Cowichan*, en la Isla de Vancouver), señalándose que la marca sirve para certificar que los productos han sido tejidos según los métodos tribales tradicionales⁸².

58. Con todo, el Derecho de marcas es una opción sólo en casos donde la comunidad esté interesada en explotar comercialmente una determinada expresión cultural. No hay que olvidar que el fundamento del Derecho de marcas está en permitir que los operadores cuenten con elementos de diferenciación, que les sirvan para identificar sus prestaciones en el tráfico económico. Por tanto, lo que se protege como marca es un signo apto para cumplir esa función distintiva y, en particular, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro. De esta suerte, será necesario que los productos o servicios designados con el signo protegido sean comercializados en el territorio respectivo donde se ostenta el Derecho de marca -nacional, o de la Unión Europea-, a riesgo de que la marca pueda ser declarada caducada por falta de uso. Y será precisamente la percepción del consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, nacional o de la Unión Europea, la que se tomará en consideración a la hora de realizar valoraciones en la aplicación de prohibiciones absolutas y relativas de registro, o de usos que se realicen en el tráfico por parte de terceros; por lo que tendrá relevancia el grado de conocimiento que de tales expresiones culturales tenga el consumidor de la UE.

59. A lo anterior se suma la necesidad de no incurrir en ninguna de las prohibiciones de registro establecida en la normativa marcaria. Y, de hecho, estas prohibiciones presentan interés para analizar en qué medida el Derecho de marcas aporta instrumentos para evitar apropiaciones de las expresiones culturales; apropiaciones que se ven especialmente posibilitadas desde que se admite el registro como marca de signos de muy distinta naturaleza: no sólo denominativos, si no también figurativos, tridimensionales, de patrón, etc.

60. Relevante a este respecto puede resultar ya, de principio, la prohibición de registrar signos “que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o el origen geográfico del producto o servicio” [art. 5.1, g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) y art. 7.1, g) del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (RMUE)]. Tal será el caso en supuestos en los que se pretenda registrar como marca un signo que pueda inducir al público destinatario a error, vinculando el origen o la calidad de los productos o servicios con la comunidad de origen de la expresión cultural, no siendo ese el caso.

⁸² <https://ised-isde.canada.ca/cipo/trademark-search/0792174?lang=eng> (último acceso, noviembre de 2024). Y sobre la tribu *Cowichan*: <https://cowichantribes.com/about-cowichan-tribes> (último acceso, noviembre de 2024).

61. Además si el signo que se trata de registrar consiste en todo o en parte en la propia expresión cultural tradicional, también cabe plantearse si podría ser de aplicación la prohibición de registrar signos contrarios al orden público y a las buenas costumbres, recogido en el artículo 7.1, f) del RMUE y el artículo 5.1, f) LM.

62. Esta prohibición parte de dos conceptos jurídicos indeterminados que es necesario precisar con carácter previo. De un lado, el concepto de orden público, que se considera integrado por los principios fundamentales y los valores básicos del orden político y social de la Unión Europea, o por los principios o valores del Estado o Estados miembros afectados, como es el caso de los principios democráticos o la dignidad de la persona, debiendo de poder fijarse su contenido por fuentes fiables y objetivas⁸³. Y, por otra parte, el concepto de buenas costumbres, y que se entienden referidas a los valores y normas morales fundamentales aceptadas por una determinada sociedad⁸⁴; lo que hace necesario tener en cuenta el contexto social, con los factores culturales, religiosos o filosófico que puedan concurrir, para poder evaluar, de manera objetiva, lo que la sociedad considera moralmente aceptable en ese momento. Y siendo distintos los criterios para determinar uno u otro supuesto, se advierte que pueden existir casos donde se solapen ambos.

63. En lo que respecta a los signos contrarios al orden público, la realidad es que su aplicación en la hipótesis de que se pretenda registrar un signo que reproduzca en todo o en parte una expresión cultural tradicional es complicada, dado que no se hace una interpretación extensa de este concepto. Esto es, no toda infracción de una norma constituye necesariamente un acto contrario al orden público. Es necesario que el carácter contrario al orden público afecte a un valor fundamental, conforme al sistema de valores establecido en el ordenamiento jurídico de referencia⁸⁵.

64. En apoyo de su aplicación en supuestos donde se pretendan registrar expresiones culturales tradicionales, se ha apuntado la posibilidad de argumentar que, en el caso de la UE, en el artículo 167.2 del TFUE se prevé que la acción de la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en la “conservación y protección del patrimonio cultural común”⁸⁶.

65. Aunque aquí el problema no es tanto la conservación del patrimonio, si no el riesgo de distraer del dominio público -y por tanto de libre utilización- determinados elementos que se consideren que deben permanecer libres -teniendo presente la posibilidad de renovación del registro de una marca-. De hecho, en puridad, lo que se prohíbe es el registro de signos contrarios al orden público y, en este caso, lo que fundamentaría la apreciación de ser contrario al orden público no es el signo en sí (en tanto que este denote unos valores o mensajes opuestos al orden público), sino su registro como marca por distraerlo del dominio público o por permitir su registro por parte de personas ajenas a la comunidad de origen.

⁸³ Vid. C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres”, *ADI* 36 (2015-2016), pp. 30 a 122 (pp. 87 y 118); L. A. MARCO ARCALÁ, “Las nuevas orientaciones en torno a los signos ofensivos contrarios a las buenas costumbres en la jurisprudencia reciente del TJUE [Comentario a la Sentencia C-240/18 P (Sala Quinta), *Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO*, de 27 de febrero de 2020 (caso Fack Ju Göhte)]”, *ADI* 41 (2020-2021), pp. 393 a 412 (p. 404 y ss). Vid. asimismo, los ap. 75 y ss. de las Conclusiones del Abogado General Sr. MICHAL BOBEK, presentadas el 7 de julio de 2019, en el asunto C240/18 P, ECLI:EU:C:2019:553; o la Resolución de la EUIPO de 11 de junio de 2024 de denegación de una solicitud de marca de la UE, nº de solicitud 018947774.

⁸⁴ STJ de 27 de febrero de 2020, *Constantin Film Produktion GmbH c. EUIPO*, asunto C-240/18 P, ECLI:EU:C:2020:118, ap. 39.

⁸⁵ Ap. 71 y ss. de la STG de 12 de diciembre de 2019, *Santa Conte c. EUIPO*, asunto T-683/18, ECLI:EU:T:2019:855.

⁸⁶ Vid. L. OLTEANU, «Riding on the Coat-Tails of Traditional Cultural Expressions», cit., p. 880. Esta autora también alude al Convenio de Faro que, a su entender, podría tenerse en cuenta si todos los Estados miembros lo suscriben, dado que, conforme a dicho Convenio las partes contratantes se comprometen a tener en cuenta el carácter específico e intereses del patrimonio cultural al elaborar políticas económicas; y garantizar que estas políticas respetan la integridad del patrimonio cultural sin comprometer sus valores intrínsecos (art. 10 del Convenio de Faro); L. OLTEANU, *ibid*, p. 870.

66. Hay que decir que la argumentación de que se esté detrayendo indebidamente un determinado elemento del dominio público ha sido apuntada en la doctrina, como posible vía para la aplicación de esta prohibición de registro respecto a una expresión cultural tradicional⁸⁷. En particular, a la vista de una sentencia de 6 de abril de 2017 del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), relativa a solicitudes de marca respecto a obras protegidas por derecho de autor que, al expirar el plazo de protección, caen en el dominio público. En ella el Tribunal interpreta la aplicación de la causa de denegación de la letra f) de la Directiva de marcas 2008/95/CE [relativa a las marcas “contrarias al orden público o a las buenas costumbres”, actualmente recogida en el art. 4.1, f) de la vigente Directiva (UE) 2015/2436 (DM)], y concluye que el registro de un signo solo puede denegarse sobre la base de la excepción de orden público si el signo consiste exclusivamente en una obra perteneciente al dominio público y el registro de dicho signo constituye una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad⁸⁸.

67. En realidad, si el legislador desea impedir el registro como marca de las expresiones culturales tradicionales debería establecerse una prohibición de registro específica⁸⁹, como la que se establece, por ejemplo, en relación con “las marcas que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el artículo 6 *ter* del Convenio de París y que sean de especial interés público, a menos que su registro haya sido autorizado por la autoridad competente” [letra i) del artículo 7.1 RMUE y 5.1, n) LM]. Es cierto que en la DM se permite que los Estados miembros puedan disponer en su normativa interna que se deniegue el registro de una marca en los casos en que pueda prohibirse su uso en virtud de una normativa distinta del Derecho de marcas del Estado miembro de que se trate o de la Unión [art. 4.3, a) DM]⁹⁰; lo que posibilitaría impedir tal registro si así se prevé en otra normativa, como podría ser una reguladora del patrimonio cultural. Y que, igualmente, en la DM se permite que los Estados miembros puedan disponer que se deniegue el registro de una marca que incluya “un signo de alto valor simbólico, en particular, un símbolo religioso” [art. 4.3, b) DM]; por lo que, de haberse incorporado al Derecho interno, esta previsión podría ser de interés en casos de expresiones culturales de alto valor simbólico o de carácter religioso. Pero no se oculta que, si el objetivo es impedir el registro como marca, al menos de las expresiones culturales más representativas, se debería dar la opción de introducir una prohibición que se refiera expresamente a tales expresiones culturales, siguiendo el modelo de la recientemente aprobada Directiva de la UE sobre protección jurídica de los dibujos y modelos, a la que haremos referencia en el epígrafe siguiente.

68. Por lo demás, en relación con esta prohibición de registro, ciertamente lo que no cabe descartar es que esta pueda ser de aplicación respecto de signos que reproduzcan en todo o en parte una expresión cultural tradicional, de considerarse que se trata de un signo contrario a las buenas costumbres. Ello podrá ocurrir si, tras un análisis del caso concreto, se determine que el signo podrá resultar, por ejemplo, blasfemo, discriminatorio, u ofensivo para el público destinatario de la UE⁹¹.

⁸⁷ Vid. B. T. JÜTTE / A. TRAPOVA, “The protection of cultural heritage by designs”, en I. STAMATOUDI, (Ed.) *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Cheteham (UK), Edward Edgar, 2022, pp. 94 a 112 (p. 105).

⁸⁸ Vid. el ap. 100 de la sentencia del Tribunal de la AELC de 6 de abril de 2017, *Municipality of Oslo*, asunto E-5/16.

⁸⁹ Por ejemplo, en el marco de la Comunidad Andina, el art. 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena del 19 de septiembre de 2000) dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afecte indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando “g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. Sobre esta disposición *vid.* la interpretación prejudicial emanada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el 12 de noviembre de 2015, en el proceso 187-IP-2015, así como M. C. ARANA COUREJOLLES, “Protección de los Elementos Culturales y Expresiones Tradicionales de las Comunidades Indígenas y Locales: La prohibición de registro de marca del literal g) del artículo 136° de la Decisión 486”, *Revista Derecho & Sociedad*, n° 49, 2017, pp. 119-128.

⁹⁰ Previsión que en Derecho español se incorpora en el artículo 5.1, f) LM.

⁹¹ STJ de 27 de febrero de 2020, *Constantin Film*, asunto C-240/18 P, cit., ap. 41 y ss. Teniendo presente que el público pertinente puede ser más amplio que aquél al que se destinan los productos o servicios. *Vid.* STG de 5 de octubre de 2011, *PAKI Logistics GmbH c. EUIPO*, asunto T-526/09, ECLI:EU:T:2011:564, ap. 15 y 18. Como expresión de la necesidad de valorar

69. Finalmente, en el supuesto de que se registre un signo que reproduzca en todo o en parte una expresión del folclore, cuando ya terceros la venían utilizando en el tráfico, aún cabría plantearse la hipótesis de instar la nulidad de la marca por ser un registro efectuado de mala fe [art. 51.1, b) LM, 59.1, b) RMUE; aunque para ello será preciso apreciar una intención desleal por parte del solicitante de la marca, que pueda determinarse por medios objetivos. Según la jurisprudencia del TJUE, esta causa de nulidad se aplica cuando de indicios pertinentes y concordantes resulta que el titular de una marca de la Unión “no ha presentado la solicitud de registro con el objetivo de participar de forma leal en el proceso competitivo, sino con la intención de menoscabar, de un modo no conforme con las prácticas leales, los intereses de terceros, o con la intención de obtener, sin tener siquiera la mira puesta en un tercero en particular, un derecho exclusivo con fines diferentes a los correspondientes a las funciones de la marca, sobre todo a la función esencial de indicación de origen”⁹².

2. Posibilidades de protección a través de la figura del diseño industrial

70. Además del Derecho de marcas, y dado que nuestro interés se centra en el uso de expresiones culturales tradicionales en el ámbito de la moda, pronto se advierte la necesidad de revisar la normativa relativa al diseño industrial que, precisamente, tiene por objeto “la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características, en particular líneas, contornos, colores, formas, texturas y/o materiales, del producto en sí o de su decoración, incluidos el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas característica” [art. 3.1 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos de la UE (RDMUE) y art. 2.3 de la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DDM)]; y que confiere a su titular un derecho de utilización en exclusiva en el tráfico económico

71. El diseño industrial es protegido a nivel nacional [Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI)] y, como en el caso de las marcas, existen acuerdos internacionales que facilitan solicitar la protección en terceros países. Pero, además, a través del RDMUE se regulan los dibujos y modelos de la UE, que permiten obtener una protección que se extiende a todo el territorio de la Unión; y no solo mediante el registro del diseño, sino también confiriendo protección al diseño no registrado. Aunque ciertamente, en este último caso, la protección no es tan sólida -se protege sólo frente a la copia del diseño- y es de menor duración temporal, pero sin duda la ausencia de trámites registrales para obtener una protección en todo el territorio de la UE resulta un activo importante para las comunidades locales de donde proceda la expresión cultural tradicional.

72. Por lo demás, el derecho de diseño se otorga sobre una creación intelectual que puede recibir protección, aunque no reúna los requisitos de originalidad propios de derechos de autor, siempre que cumpla los requisitos de novedad y carácter singular fijados en la normativa sobre diseño industrial; lo que resulta de interés para expresiones culturales que no puedan ser protegidas por propiedad intelectual.

el caso concreto puede verse la Práctica común sobre esta prohibición de registro, elaborada por la Red Europea de Propiedad intelectual, y que sirve de referencia para la EUIPO, la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux y las oficinas de propiedad intelectual de los Estados miembros, y en la que se ofrecen ejemplos de signos que incorporan símbolos religiosos, y que en unos casos se considera que podrían verse afectados por esta prohibición de registro y en otros no. *Vid* la Comunicación común de la EUIPO sobre «Marcas contrarias al orden público y a las buenas costumbres», de abril de 2024, accesible en: https://www.tmdn.org/network/documents/10181/2569797/CP14_Common_Communication_es.pdf/ea63a567-8449-4ab6-86a7-3d9be4a891d8 (último acceso, 22 de octubre de 2024).

⁹² STJ de 12 de septiembre de 2019, Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ c. EUIPO, asunto C-104/18 P, ECLI:EU:C:2019:724, ap. 46 y ss. y STJ de 11 de junio de 2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Franz Hauswirth GmbH, asunto C-529/07, ECLI:EU:C:2009:361, ap. 53. Y sobre la posibilidad de invocar la realización de un registro de mala fe en relación con las expresiones culturales tradicionales. L. OLTEANU, («Riding on the Coat-Tails of Traditional Cultural Expressions»), p. 882 y 883.

73. Con todo, la duración temporalmente limitada del derecho de exclusiva sobre el diseño (en el caso del diseño registrado cinco años, renovables por períodos de cinco hasta un máximo de veinticinco, y tres años, si el diseño no es registrado), impide que este derecho de propiedad industrial pueda responder a las expectativas de los que pretenden una protección sin límite de tiempo para las expresiones culturales tradicionales. Además, el diseño puede ser solicitado por personas físicas o jurídicas, pero en todo caso es un derecho que parte de un autor o autores determinados, o sus causahabientes (arts. 14 y 19 LDI y arts. 15 y 18 RDMUE); y esto implica que estén identificados, lo que nos reconduce a diseños que sean de reciente creación. A lo que se añade que, en el ámbito del diseño, no se regula una figura de uso colectivo, similar a las marcas colectivas o de garantía del Derecho de marcas; sin perjuicio de que el derecho pueda ser objeto de licencias.

74. Los anteriores inconvenientes no impiden, sin embargo, que el análisis del Derecho de diseño sea relevante también, para determinar en qué medida esta normativa ofrece vías para evitar apropiaciones indebidas de una expresión cultural tradicional, mediante la pretensión de proteger por diseño elementos que la reproduzcan total o parcialmente. Evidentemente, una primera opción sería reivindicar la titularidad del diseño conforme a lo dispuesto en los arts. 16 LDI y 15 RDMUE. Pero esta es una vía que sólo pueden ejercer las personas legitimadas conforme a estos preceptos, que exigirá determinar que quien haya presentado la solicitud de registro -o divulgado en la UE el diseño si no está registrado- no tenía derecho a ello; y no prosperaría de tratarse una creación intelectual independiente del tercero.

75. Ante las dificultades que esto pueda implicar, otra opción es cuestionar que el diseño en el que se materializa la expresión cultural reúna los requisitos para ser protegido por diseño industrial, y que se concreten en la necesidad de que sea nuevo y tenga carácter singular.

76. Un diseño es nuevo cuando ningún otro dibujo o modelo idéntico haya sido hecho accesible al público, antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso); o, tratándose de diseño no registrado, antes del día en que haya sido hecho público por primera vez⁹³. Mientras que el carácter singular implica que es necesario que la impresión general que produzca ese diseño en el usuario informado, difiera de la impresión general que le produce cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso) o, tratándose de un diseño no registrado, antes del día en que el dibujo o modelo haya sido hecho público por primera vez⁹⁴.

77. Ante esto, la pretensión por parte de un tercero de proteger como diseño la apariencia de un producto que reproduce todo o parte una expresión cultural tradicional, se podrá ver frustrada por falta de novedad o de carácter singular en una comparativa con el diseño en el que se materializa la expresión cultural anterior. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, al fijar el criterio de cuándo un diseño ha sido hecho accesible al público, tanto en relación con el requisito de la novedad como del carácter singular, no se atiende sin más a que este haya sido hecho accesible en cualquier parte del mundo, sino que tanto en la LDI como en el RDMUE se establece que esa accesibilidad sólo se produce cuando el diseño haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de algún otro modo antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso) o, tratándose de un diseño no registrado, antes del día en que el dibujo o modelo haya sido hecho público por primera vez, “salvo que estos hechos, razonablemente, no hayan podido llegar a ser conocidos en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la Unión Europea”⁹⁵.

⁹³ Identidad que abarca supuestos en los que ambos diseños difieran sólo en detalles irrelevantes. *Vid.* el art. 6.1 LDI y el art. 5.1 RDMUE.

⁹⁴ Debiendo valorarse, para determinar si posee o no carácter singular, el grado de libertad del autor al desarrollarlo. *Vid.* el art. 7 LDI y el art. 6.1, a) y b) RDMUE.

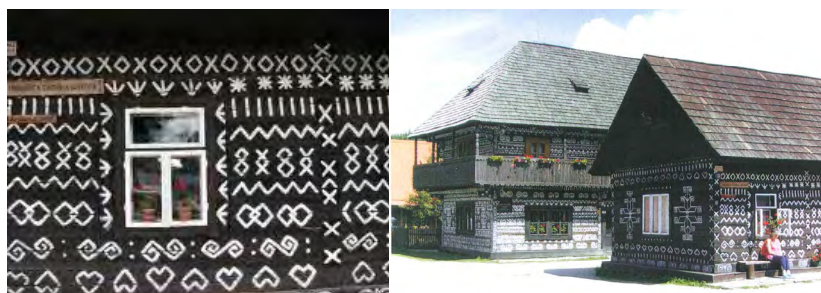
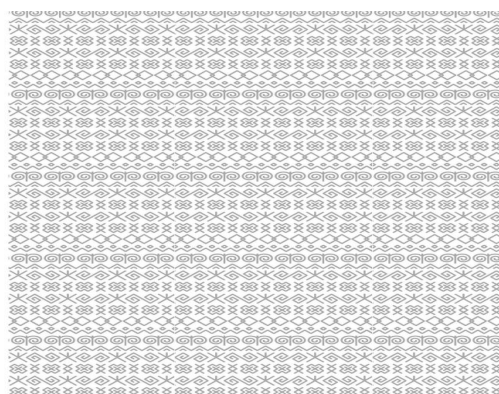
⁹⁵ Art. 9 LDI y artículo 7.1 RDMUE. Como ha destacado la doctrina, al no exigir una novedad mundial, se trata de una nota claramente favorable a los intereses comerciales de la UE. *Vid.* C. LENCE REIJA, *La protección del diseño en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 44 y 45.

78. A la vista de lo anterior, se podría argumentar que el diseño posterior es una creación independiente (no una copia), que se creó desconociendo el original. De ahí el interés, en la protección de estas expresiones culturales, de cumplir ese requisito de accesibilidad, y poder constatar que el diseño en el que se incorpora la expresión cultural haya podido ser razonablemente conocido en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate, que operen en la UE⁹⁶.

79. Para ello se deberá acreditar esa divulgación anterior, que puede haberse realizado fuera de la Unión Europea⁹⁷, y que podrá haberse producido por diferentes medios: desde su exhibición en exposiciones, la comercialización de productos que lo incorporan, su inclusión en catálogos, su publicación en revistas o mediante su difusión por internet⁹⁸. En cualquier caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una vez constatada la divulgación del diseño anterior, le corresponde a quien impugna esa divulgación probar las circunstancias del supuesto concreto que habrían razonablemente impedido su conocimiento por parte de los círculos especializados del respectivo sector en el ejercicio normal de los negocios; y sin que, además, la norma exija ningún umbral cuantitativo determinado para constatar que existe un conocimiento efectivo de la divulgación. Si bien no se considerará cumplido este requisito, si los círculos especializados del sector de que se trata sólo pudieron descubrirlo por casualidad⁹⁹.

80. Respecto a la posibilidad de que una expresión cultural anterior pueda impedir la protección de un diseño posterior, cabe tener en cuenta, por ejemplo, una Resolución de la División de anulación de la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO), de tres de octubre de 2012, que anuló el registro del diseño de la Unión número 001989088-0001, solicitado como patrón de superficie y que se representaba como ilustra la imagen de la derecha.

El solicitante alegó, entre otros extremos, que el diseño carecía de novedad y carácter singular teniendo presente la ornamentación presente en un edificio de madera de Čičmany, que se construyó hace cien años y que los símbolos geométricos simples repetidos son típicos del patrón Čičmany; aportando, además, diversas fotografías.



⁹⁶ El Tribunal de Justicia ha destacado que el Reglamento no contiene restricciones sobre la naturaleza de la actividad de las personas físicas o jurídicas a las que puede considerarse comprendidas en los círculos especializados del sector interesado y, en particular, que los comerciantes que no hayan participado en la concepción del producto referido no pueden ser excluidos en principio del círculo de las personas a las que se puede considerar integrantes de esos círculos especializados. STJ de 13 de febrero de 2014, H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH, asunto C479/12, ECLI:EU:C:2014:75, ap. 27.

⁹⁷ STJ de 13 de febrero de 2014, H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH, asunto C479/12, ap. 34.

⁹⁸ Vid. M.T. ORTUÑO BAEZA, «El requisito de la novedad», en: A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 65 a 210 (pp.102 y ss).

⁹⁹ Aps. 54 y 73 de la STG de 14 de marzo de 2018, Crocs, Inc. c. EUIPO, asunto T-651/16, ECLI:EU:T:2018:137; y el ap. 29 de la STG de 21 de mayo de 2015, Senz Technologies BV c. EUIPO, asuntos acumulados T-22/13 y T-23/13, ECLI:EU:T:2015:310.

81. Y lo relevante de este caso es que se declaró la invalidez del diseño por falta de carácter singular teniendo presente, no sólo que para este tipo de diseños la libertad del autor es ilimitada -lo que hace esperable que las diferencias con un diseño anterior sean significativas-, sino también el hecho de que es legítimo esperar que el usuario informado esté familiarizado con los símbolos nacionales y el patrimonio cultural reconocido de Eslovaquia (en este caso, los patrones específicos que están pintados en las paredes exteriores de las casas en el pueblo de Čičmany), uno de los Estados miembros de la UE, en cuyo territorio se solicita protección.

82. Además de la opción de que la expresión cultural anterior pueda obstaculizar que se reconozca que el diseño solicitado reúna los requisitos de novedad y carácter singular, también puede plantearse la aplicación de otros impedimentos para el registro. En lo que se refiere a la invocación de la prohibición de proteger diseños que sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres (art. 12 LDI y art. 9 RDMUE); cabe realizar consideraciones similares a las hechas cuando se analizó esta prohibición de registro en el ámbito del Derecho de marcas, a las que me remito¹⁰⁰. Si bien es preciso destacar que en la nueva DDM se establece la posibilidad de introducir una nueva prohibición de registro que afecta de forma específica a las expresiones culturales.

83. Aunque en la propuesta inicial de la Comisión para el texto de la nueva Directiva no se establecía nada al respecto¹⁰¹, en un texto transaccional de la Presidencia sobre la propuesta de referencia, se añadió un nuevo motivo de denegación de registro, que finalmente se recoge en el apartado tercero del artículo 13 DDM. En dicho precepto se permite que los Estados miembros puedan disponer que se deniegue el registro de un dibujo o modelo cuando contenga una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural que sean de interés nacional. Esta prohibición de registro se complementa, además, con la previsión, al regular las causas de nulidad de un diseño nacional registrado, de que cualquier Estado miembro podrá disponer que el derecho sobre el dibujo o modelo se declare nulo cuando este contenga una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural que sean de interés nacional (art. 14.2 DDM).

84. Se observa que el objetivo es impedir la protección de diseños que incorporen una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural “que sean de interés nacional”, por lo que se deduce que el objeto de protección se refiere al patrimonio cultural del respectivo Estado, con la finalidad de evitar el registro y la apropiación indebidos de tales elementos.

85. En el considerando número 26 de la DDM se da una base interpretativa sobre qué ha de entenderse por “elementos pertenecientes al patrimonio cultural”, al señalar que han de interpretarse en el sentido de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁰², o -y en lo que aquí interesa-, “en la medida en que constituyan una manifestación concreta del patrimonio cultural inmaterial, en el sentido de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 32.ª reunión, celebrada el 17 de octubre de 2003, y que incluyen, por ejemplo, monumentos o grupos de edificios, artefactos, artesanía o trajes”.

86. Se trata, en realidad, de una medida en protección del patrimonio cultural cuya adopción se deja en manos de los Estados miembros de la UE, desde que será decisión de éstos el incorporarla o no en sus leyes nacionales (tienen de plazo para trasponer la DDM hasta el 9 de diciembre de 2027); sin

¹⁰⁰ *Supra* epígrafe V. 1.

¹⁰¹ En el año 2020, el Consejo de la UE adoptó unas Conclusiones sobre la política en materia de propiedad intelectual e industrial y la revisión del sistema de dibujos y modelos industriales en la Unión, pidiendo a la Comisión que presentara propuestas al respecto; solicitud que fue reiterada por el Parlamento europeo. El 28 de noviembre de 2022 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos [COM(2022) 667 final], así como una propuesta de Reglamento que modifique el vigente RDM [COM(2022) 666 final].

¹⁰² En la que se entiende como “patrimonio cultural”, los edificios, los conjuntos de construcciones y los lugares (vid. el art. 1 de la Convención).

que, además, se haya introducido este motivo de prohibición de registro y de nulidad en el marco del RDMUE (pese a que paralelamente a la aprobación de la DDM, se introdujo un paquete de modificaciones en el texto de este). De ahí que siga teniendo una relevancia esencial para las expresiones culturales de la UE y de terceros países, el hecho de confiar en que no quepa alegar la falta de conocimiento de la expresión cultural tradicional por parte de los círculos especializados del respectivo sector, a efectos de establecer la falta de novedad o carácter singular en el diseño posterior y así impedir su protección por diseño industrial.

3. La opción de acudir a las normas sobre indicaciones geográficas protegidas

87. Finalmente, en una revisión de lo que pueden aportar los derechos de propiedad industrial en la protección de las expresiones culturales tradicionales, no puede dejar de valorarse la figura de la indicación geográfica protegida.

88. En el ámbito de la Unión Europea se regula desde hace más de veinte años el uso de indicaciones geográficas, aunque hasta fechas recientes únicamente respecto de productos vitivinícolas, de bebidas espirituosas y de productos agrícolas y alimenticios. Esto provocaba un panorama donde, junto a Estados miembros que no preveían una protección específica para las indicaciones geográficas de productos de naturaleza no agrícola, otros sí la contemplaban¹⁰³. En particular, varios países de la Unión formaban parte del Arreglo de Lisboa relativo a las denominaciones de origen y su registro internacional, que no diferencia entre la distinta naturaleza de los productos que pueden ser designados por una denominación protegida, dando pie a la protección de productos artesanales o industriales.

89. Sin embargo, y tras adherirse al Acta de Ginebra que revisó el Arreglo de Lisboa (adoptada el 20 de mayo de 2015)¹⁰⁴, la UE aprobó en 2023 el Reglamento (UE) 2023/2411, de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales (en adelante, RIGAI); y que, salvo determinados preceptos, todavía no será aplicable hasta el 1 de diciembre de 2025. Como se señala en los considerandos del RIGAI, la protección debe tener por objetivo abarcar una amplia variedad de productos artesanales e industriales como, entre otros, piedras naturales, joyería, textiles, encaje o cueros y pieles¹⁰⁵.

90. En el nuevo Reglamento no se regulan dos categorías de indicaciones a proteger, como ocurre en el caso de la normativa de la UE sobre productos vitivinícolas y productos agrícolas y alimenticios, que diferencia entre denominaciones de origen e indicaciones geográficas. Hay que tener en cuenta que el concepto de denominación de origen es más restringido, en tanto que exige que el producto haya sido íntegramente producido y elaborado en la zona de origen y poseer una calidad o características que se deban fundamental o exclusivamente a un medio particular, con los factores naturales y humanos in-

¹⁰³ En España, salvado el caso particular de la Ley gallega 9/1985 de protección de las piedras ornamentales [sobre esta norma, M. AREÁN LALÍN, “*Extensión de las denominaciones de origen a las piedras ornamentales*”, *ADI* 11, 1985-1986, págs. 575 y ss.; M. BOTANA AGRA/M. M. MAROÑO GARGALLO, “*Las piedras ornamentales como objeto protegible por denominación de origen. (Comentario a la sentencia 211/1990, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional)*”, *ADI* 14, 1991-1992, pp. 207 y ss.] no se preveía una protección a través de la figura de la denominación de origen o de la indicación geográfica protegida para productos no agrícolas. Sobre la situación existente en España y en otros países de la UE respecto a la protección de estas indicaciones geográficas en relación con productos industriales o artesanales *vid.* P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *La regulación de las denominaciones de origen no agrícolas en España y en contexto comparado*, OEPM/EOI, 2024, en: https://www.oepm.es/export/sites/portal/comun/documentos_relacionados/sobre_oepm/publicaciones/La_regulacion_de_las_DO_no_agricolas_en_Espana.pdf (último acceso: noviembre 2024), pp. 27 y ss.

¹⁰⁴ Decisión (UE) 2019/1754 del Consejo de 7 de octubre de 2019 relativa a la adhesión de la Unión Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas

¹⁰⁵ Incluyéndose en el concepto de “producto artesanal e industrial” tanto los productos hechos de forma manual (ya sea totalmente a mano, o con ayuda de herramientas manuales o digitales, o por medios mecánicos, siempre que la contribución manual sea un componente importante del producto acabado), como los producidos de forma normalizada, incluida la producción en serie y mediante el uso de máquinas (art. 4.1 del RIGAI).

herentes a él¹⁰⁶. Y en el caso de productos artesanales e industriales puede ser complicado cumplir tales requisitos, especialmente en lo que atañe a la influencia de los factores naturales de la zona en las características del producto. En todo caso, el concepto de indicación geográfica es un concepto más amplio que permite englobar denominaciones de productos que cumplirían los requisitos para ser reconocidos como denominación de origen.

91. En concreto, en el RIGAI se establece que para que el nombre de un producto artesanal o industrial pueda acogerse a la protección como indicación geográfica, el producto deberá ser originario de un lugar, región o país específicos y, al menos, una de sus fases de producción deberá tener lugar en la zona geográfica definida. Además, será preciso que, ya sea su calidad, ya sea su renombre, u otra característica determinada, se pueda atribuir fundamentalmente a ese origen geográfico¹⁰⁷. Con todo, el nombre a proteger podrá ser un nombre geográfico del lugar de producción del producto, o bien “un nombre utilizado en el tráfico económico o en el lenguaje común para describir o referirse al producto en la zona geográfica definida” (art. 9.1, a) RIGAI); lo que es relevante porque permite proteger denominaciones tradicionalmente vinculadas al producto, aunque no sean de carácter geográfico

92. En los considerandos del RIGAI se recuerda que la elaboración de productos con una fuerte vinculación a una zona geográfica específica depende muchas veces del saber hacer local y suele basarse en la utilización de métodos de producción locales arraigados en el patrimonio cultural y social de la región de origen de dichos productos; y, en particular, que “la protección específica de las indicaciones geográficas se reconoce con el objetivo de conservar y desarrollar el patrimonio cultural en el sector agrario y en el de la artesanía y la industria” (considerando 7^a del RIGAI). Por lo demás, se reconoce que el sistema de protección de estas indicaciones geográficas tiene, entre otros objetivos, “un desarrollo económico local que contribuya a la protección del saber hacer y del patrimonio común” (art. 2 RIGAI). En este punto hay que situar la necesidad de constatar que el producto posee una calidad, un renombre u otra característica determinada “que se pueda atribuir fundamentalmente a su origen geográfico¹⁰⁸. Si en ese vínculo con la zona de origen no son determinantes factores naturales allí existentes, está claro que deberán serlo las prácticas humanas desarrolladas en la zona en la elaboración del producto, responsables de la presencia de esa característica o de su reputación.

93. Por lo demás, el derecho de uso de las indicaciones geográficas protegidas es de naturaleza colectiva, pues está abierto a todos los operadores cuyos productos reúnan las condiciones requeridas; y, además, es un derecho de propiedad industrial de duración indefinida, al menos mientras la colectividad de origen siga comercializando el producto en tales condiciones (art. 32 del RIGAI). La protección, basada en un sistema de registro, se extiende a todo el territorio de la UE y está abierta a indicaciones de terceros países; lo que presenta especial interés si a través de la indicación geográfica se trata de fortalecer la protección de una expresión cultural de fuera de la Unión Europea.

94. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la utilización de una indicación geográfica protegida será accesible a todo productor que se asiente en la zona y cuyos productos reúnan las característi-

¹⁰⁶ *Vid.* el art. 46 del Reglamento (UE) 2024/1143, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a las indicaciones geográficas para vinos, bebidas espirituosas y productos agrícolas, así como especialidades tradicionales garantizadas y términos de calidad facultativos para productos agrícolas y el art. 96.1, a) del Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios.

¹⁰⁷ Art. 6 RIGAI. Y, en similar sentido, se expresa la definición de indicación geográfica establecida en el art. 22 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, contenido en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

¹⁰⁸ En el art. 4 RIGAI, se define el término “tradicional” señalando que «en relación con un producto originario de una zona geográfica, que existe un uso histórico probado por los productores en una comunidad durante un período de tiempo que permita su transmisión entre distintas generaciones». Por su parte, al fijarse las condiciones que han de figurar en el pliego de condiciones del producto, entre estas, figura «una descripción de los métodos de producción y, en su caso, de los métodos tradicionales y las prácticas concretas utilizadas» (art. 9.1, f RIGAI).

cas exigidas, mientras que las expresiones culturales tradicionales se vinculan con un colectivo humano, con independencia de que parte de este se pueda desplazar a otro territorio.

95. Por lo demás, la utilización de la figura de la indicación geográfica con el fin utilitarista de fortalecer la protección que reciben las expresiones culturales tradicionales se ve limitada principalmente por el hecho de que las indicaciones geográficas se amparan en tanto que son signos distintivos de productos, esto es, elementos de diferenciación frente a productos comparables que no poseen las características que posee el producto con indicación geográfica, por estar vinculado a ese origen geográfico. De ahí que el objeto de la protección sea el nombre protegido, y no las técnicas de elaboración ni la apariencia del producto, lo que debe tenerse en cuenta si el objetivo pretendido es evitar que se reproduzcan expresiones culturales tradicionales plasmadas en bordados o artesanías¹⁰⁹.

96. Así se deriva claramente del RIGAI al establecer que las indicaciones geográficas inscritas estarán protegidas frente a todo uso comercial directo o indirecto “de la indicación geográfica” en relación con productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables o cuando el uso del nombre se aproveche del renombre de la indicación geográfica protegida, lo debilite, diluya o perjudique (art. 40.1, a RIGAI). Aunque esto no quiera decir que, en su protección, únicamente se pueda prohibir el uso de la denominación registrada, porque las indicaciones geográficas también están protegidas frente a todo uso indebido, imitación o evocación, incluso si el nombre protegido se traduce, se indica el verdadero origen de los productos o servicios, o se acompaña de expresiones tales como “estilo”, “tipo”, “método”, “producido como en”, “imitación”, “sabor”, “fragancia”, “parecido” o similar (art. 40.1, b RIGAI). Y la protección alcanza además a impedir cualquier otro tipo de indicación falsa o engañosa en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las cualidades esenciales del producto que se emplee en el embalaje interior o exterior, en el material publicitario o en documentos o información proporcionados en interfaces en línea relativas al producto, así como la utilización de envases que por sus características puedan crear una impresión errónea en cuanto a su origen (art. 40.1, c RIGAI); permitiendo también prohibir cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al verdadero origen del producto (art. 40.1, d RIGAI)

97. El hecho que el objeto de la protección es la indicación geográfica fue recordado por el Tribunal de Justicia en una sentencia de 17 de diciembre de 2020, en relación con una denominación de origen para un queso -el queso *Morbier*-, que podemos aplicar aquí por analogía¹¹⁰. Al Tribunal se le planteó la cuestión de si la reproducción de la forma o de la apariencia de un producto amparado por una denominación registrada puede constituir una práctica prohibida. Y, en su respuesta, el Tribunal partió de la premisa de que el objeto de la protección es la denominación registrada y no el producto amparado por esta; y, en particular, que con su protección no se pretende impedir por parte de terceros la utilización de técnicas de fabricación o la reproducción de una o de más características indicadas en el pliego de condiciones de un producto amparado por una denominación registrada, por figurar en dicho pliego de condiciones, para hacer otro producto no amparado por el registro¹¹¹.

98. Sentado lo anterior, no obstante, hay que reconocer que tampoco se puede afirmar de forma tajante que, en ningún caso, elementos de la apariencia del producto pueden ser determinantes para que se aplique la protección prevista. Y así se deriva del propio pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el citado asunto *Morbier*. Porque partiendo del presupuesto de que las indicaciones geográficas amparadas están estrechamente vinculadas con el producto que designan, y de que estas indicaciones están protegidas contra “cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al verdadero origen

¹⁰⁹ En este sentido, P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *La regulación de las denominaciones de origen no agrícolas en España y en contexto comparado*, cit. p. 102.

¹¹⁰ El alcance de la protección que reciben es prácticamente el mismo, cfr. el art. 40 RIGAI y el art. 26 del Reglamento (UE) 2024/1144.

¹¹¹ STJ de 17 de diciembre de 2020, asunto C-490/19, Queso Morbier, ECLI:EU:C:2020:1043, ap. 36

del producto”; concluyó el Tribunal que tal disposición permitiría prohibir la reproducción de la forma o de la apariencia característica de un producto amparado cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, tal reproducción pueda inducir al consumidor europeo, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a creer que el producto en cuestión está amparado por esa denominación registrada¹¹².

99. Incluso cabría plantearse si la reproducción de aspectos de la apariencia del producto podría suponer una evocación de la indicación protegida. No en vano, en una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de octubre de 2013¹¹³, se consideró que se producía evocación por la reproducción de la forma del producto -también un queso-; si bien se trataba de un supuesto muy particular, en el que la denominación protegida era una denominación tradicional -no geográfica- alusiva a la propia forma del producto (el “Queso de Tetilla”).

100. Conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia, lo determinante para apreciar que exista evocación de una indicación geográfica es que, a la vista de la práctica de que se trate, en la mente de un consumidor europeo medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se cree un vínculo suficientemente directo y claro con el producto designado por esta (premisa que es recogida en la definición del término evocación en el art. 40.2 RIGAI). Esto ha llevado al Tribunal a considerar que tal situación puede producirse no sólo en casos de uso de denominaciones con proximidad fonética, gráfica o conceptual con la registrada; si no también por el uso de otro componente del etiquetado o envasado como pueden ser símbolos figurativo ¹¹⁴.

101. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado respecto a si la reproducción de elementos de la apariencia del producto puede determinar una evocación de la denominación protegida. De hecho, no aprovechó la oportunidad de hacerlo en el asunto *Morbier*; pese a que sí abordó esa cuestión el Abogado General en sus conclusiones¹¹⁵. Y en ellas, el Sr. Pitruzzella señala que, aunque en principio la respuesta ha de ser negativa, al admitirse la posibilidad de una evocación puramente conceptual de las denominaciones registradas, no puede excluirse que, en determinados casos excepcionales, esta pueda producirse cuando el consumidor se encuentre ante un producto con una forma o una apariencia que reproduzcan total o parcialmente la de un producto comparable amparado por una denominación protegida¹¹⁶.

102. Y es que partiendo de que para que se produzca la evocación de una indicación geográfica lo determinante es que, a la vista de la práctica de que se trate, en la mente de un consumidor se cree un vínculo suficientemente directo y claro con el producto amparado por la indicación registrada, admitiéndose que pueda producirse una evocación exclusivamente conceptual; no puede excluirse de forma absoluta esa posibilidad. Pero debe insistirse en que, de poder hipotéticamente apreciarse, se tratará de un supuesto excepcional donde ese resultado se pueda producir a la vista de unas muy concretas circunstancias concurrentes; y que la pertinencia de tal interpretación es incluso más peligrosa en casos como el de los productos industriales o artesanales donde la apariencia es un elemento esencial, por lo que serán fundamentales las apreciaciones del Tribunal de Justicia al respecto. Porque cuando se habla de apariencia del producto, de su diseño, la reserva de uso en exclusiva de una determinada forma se produce por aplicación de la normativa sobre diseño industrial; y si hablamos de una técnica de elaboración, por derecho de patentes; siendo ambos derechos de duración limitada en el tiempo y sometidos al

¹¹² *Vid. los ap. 37 y ss.*

¹¹³ SAP de Alicante, núm. 419/2013, de 31 de octubre, ECLI:ES:APA:2013:3968.

¹¹⁴ Ap. 32 de la STJ de 2 de mayo de 2019, asunto C-614/17, Queso Manchego, ECLI:EU:C:2019:344.

¹¹⁵ Conclusiones del Abogado General SR. Giovanni Pitruzzella, de 17 de septiembre de 2020, en el asunto C-490/19, ECLI:EU:C:2020:730

¹¹⁶ En particular, a su juicio, tendrían que concurrir varios requisitos: el elemento reproducido debería figurar en el pliego de condiciones de la indicación geográfica como una característica distintiva del producto amparado; el elemento reproducido no debe estar intrínsecamente vinculado con un proceso de producción que, como tal, deba permanecer a la libre disposición de todo productor; la existencia o no de evocación deberá establecerse de forma particular en cada caso, teniendo presente cualquier otro elemento concurrente que ayude a determinar si se produce o no la evocación; debiendo, además, a su entender, demostrarse la existencia de una intención parasitaria. *Vid. aps. 40 y ss. de sus Conclusiones.*

cumplimiento de determinados requisitos (novedad y carácter singular, y novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, respectivamente). Una aplicación de esta posibilidad que no sea excepcionalmente restrictiva produciría una indeseable limitación de la libre competencia.

103. Resulta, por ello, que el uso de indicaciones geográficas como medio de amparar expresiones culturales tradicionales que consistan en diseños o artesanías se debe tomar en consideración, no para impedir el uso por parte de terceros de tales patrones o artesanías, sino buscando otros efectos positivos. Así, el sistema de indicaciones geográficas puede utilizarse para contribuir a su protección, por ejemplo, ayudando a preservar las prácticas tradicionales para las generaciones futuras, al ser descritas en el pliego de condiciones de la indicación geográfica, que deberá ser cumplido por parte de los productores de la zona en la elaboración de los productos amparados¹¹⁷; y ello sin perjuicio de poder incorporar nuevas técnicas o prácticas, lo que favorece la renovación de un patrimonio cultural que se debe considerar vivo y en continua evolución.

104. Además, estos signos distintivos cumplen una función condensadora del *goodwill* o reputación. Esto es predicable tanto de las marcas¹¹⁸ como de las indicaciones geográficas¹¹⁹ y, en este último caso, además con el factor de transmitir la idea -apreciada por el público- de vínculo con el territorio, la tradición y la cultura. No es por ello desdeñable el papel que pueden jugar las indicaciones geográficas para ayudar a fortalecer la reputación de los productos originales y permitir que el público los identifique claramente en su decisión de compra frente a productos similares no producidos por la comunidad de origen.

¹¹⁷ Vid. POZZO, B., «Fashion between Inspiration and Appropriation», cit., p. 18

¹¹⁸ C. FERNÁNDEZ -NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 76 y ss.

¹¹⁹ M.M. MAROÑO GARGALLO, *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 98; J. GUILLÉN CARRAU, *Denominaciones geográficas de calidad. Estudio de su reconocimiento y protección en la OMC, la UE y el Derecho español*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 407; P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *Denominaciones de origen e indicaciones geográficas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 54.

Culpa in contrahendo: de la perspectiva histórica a los retos de la nueva revolución industrial. Una mirada a los Reglamentos base (1215/2012 y 864/2007) y a su enlace frente a los nuevos mecanismos de resolución de conflictos precontractuales

Culpa in contrahendo: from the historical perspective to the challenges of the new industrial revolution. A look at the basic regulations (1215/2012 and 864/2007) and their link with the new pre-contractual dispute resolution mechanisms

PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ*

*Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas
Universidad de Murcia*

Recibido: 01.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9341

Resumen: Partiendo de la realidad de concepto difuso que –aún hoy– es la culpa in contrahendo –sobre todo en sede de competencia judicial con elemento extranjero; pero también, aunque menos, en sede de Ley aplicable–, se plantean las hipótesis de suficiencia o insuficiencia de los mecanismos que lo regulan –de manera explícita o implícita– frente a los retos de la nueva revolución industrial. Dicha revolución, vehiculada a través de realidades jurídicas contractuales como los “smart contracts” o la inteligencia artificial, supone un gran desafío a la hora de proteger la diligencia debida en el “iter contractus”. Además, añade un componente de complejidad mayor: ya no existe sólo un elemento extranjero que rijan las relaciones entre partes –base del Derecho Internacional–, sino que el desafío es global y su crecimiento –por motivo del cambio tecnológico– exponencial.

Palabras clave: culpa in contrahendo, competencia judicial, Ley aplicable, revolución industrial, smart contracts, inteligencia artificial

Abstract: Starting from the reality of the diffuse concept that –even today– is culpa in contrahendo –especially in the area of jurisdiction with a foreign element, but also, although less so, in the area of applicable law–, the hypotheses of the sufficiency or insufficiency of the mechanisms that regulate it –explicitly or implicitly– in the face of the challenges of the new industrial revolution are posed. This revolution, conveyed through contractual legal realities such as ‘smart contracts or artificial intelligence, poses a great challenge when it comes to protecting due diligence in the ‘iter contractus’. Moreover, it adds a component of greater complexity: there is no longer only one foreign element that governs the relations between parties –the basis of international law–, but the challenge is global and its growth –due to technological change– is exponential.

Keywords: culpa in contrahendo, jurisdiction, applicable law, industrial revolution, smart contracts, artificial intelligence

*Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas de la Universidad de Murcia (pj.martinezortiz@um.es) y tutor en el Departamento de Economía Aplicada de la UNED (pedmartinez@cartagena.uned.es). Doctor por la Universidad Politécnica de Cartagena. ORCID ID: 0000-0003-2399-0126.

Sumario: I. Introducción al concepto difuso de culpa in contrahendo: problemas a resolver. 1. Entre negligencia, daño y relación de causalidad: la graduación e interés a resarcir. 2. Entre la interrupción injustificada: precontrato, antecontrato u oferta. II. Análisis de los mecanismos de competencia judicial: Reglamento Bruselas I bis 1215/2012. 3. Calificación de la relación entre las partes desde el Convenio de Bruselas de 1968. 4. Breve reseña sobre la respuesta jurisprudencial interna: nexo causal entre daño y culpa. 5. El conflicto de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis. 6. Siguiendo o no a Jhering: desde la perspectiva del Reglamento 1215/2012. 7. Problemas planteados y respuesta jurisprudencial por parte del TJUE –y el antiguo TJCE–. 8. *Lex loci delicti commissi*, foros de competencia y ubicuidad: ¿uniformidad? III. Análisis de los mecanismos de Ley aplicable: Reglamento Roma II 864/2007. 9. La importancia de los considerandos 29 y 30 en Roma II. 10. Artículo 12 en Roma II: nexo entre daño causado y contrato sin celebrar. 11. Respuesta jurisprudencial. IV. Respuesta del constitucionalismo multinivel a los retos de la nueva Revolución Industrial. 12. ¿Suficiencia o insuficiencia? 13. Reglamento 2016/679 sobre protección de datos. 14. Entre *smart contracts*, DLC y cadena blockchain. 15. Reglamento UE sobre inteligencia artificial y compliance: soluciones. V. Conclusiones.

I. Introducción al concepto difuso de culpa in contrahendo: problemas a resolver

1. Sobre la base de la construcción histórica del concepto de culpa in contrahendo, se ha observado un marcado carácter de realidad difusa -incluso en los Reglamentos más recientes que regulan la materia-¹. No sólo esto, sino que siempre ha sido una noción, la más general de responsabilidad precontractual, que se ha puesto en cuestión². Aun cuando esto es hoy así, las bases de realidad del concepto se hundían en la adopción de las tesis del jurista Caspar Rudolf von Jhering -cuando se va a extender un debate jurídico mucho más marcado-. Tras ello, sobre la base de los proyectos codificadores de los siglos XVIII y XIX -y en menor medida en el siglo XX-, se va a mejorar la dualidad entre tesis contractualistas y no contractualistas.

2. En relación con lo anterior, cabe incidir en el profundo debate doctrinal que aún hoy existe entre esas dos posturas: la primera, de marcado carácter objetivo, que se hunde en el daño en sí; la segunda, mucho más amplia, que analiza el elemento subjetivo o volitivo -la voluntad de hacer daño, incluso en fase precontractual-. Dicho debate doctrinal va a poner de relieve la compenetración que existe -y debe existir, dada la complejidad de la cuestión- entre Derecho positivo y soluciones jurisprudenciales.

3. La base fundamental sobre la que gira esta situación pivota sobre realidades del tráfico jurídico que están a mitad de camino entre la ruptura simple de negociaciones de un contrato y la culpa in contrahendo tradicional. En el primer caso, no existe una ruptura en que se observe una falta de diligencia debida; en el segundo, aun existiendo contrato, se dan los supuestos de nulidad, anulabilidad o invalidez. Entre ambos, existe una línea³ que, en ocasiones, no van a resolver los mecanismos de Derecho positivo, debido a los ligeros matices que encierra cada caso concreto.

¹ *Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas de la Universidad de Murcia (pj.martinezortiz@um.es) y tutor en el Departamento de Economía Aplicada de la UNED (pedmartinez@cartagena.uned.es). Doctor por la Universidad Politécnica de Cartagena. ORCID ID: 0000-0003-2399-0126.

Vid. V.A. ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (44), 9, 2022. En la página 16, plasma la dualidad de posiciones existente con base en el Reglamento Bruselas I bis.

² Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento ‘Roma II’: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales” en Revista crítica de derecho inmobiliario, 85 (712), 835-908, 2006; página 835.

³ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Estudio pormenorizado de las distintas situaciones recogidas en el tráfico jurídico internacional en cuanto a tratos preliminares” en Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca, 2008. Véase páginas 72 y 97 en que se pone de relieve el denominado “*iter contractus*” o camino de formación del contrato -sede en la que se puede generar una ruptura injustificada de negociaciones- sin haberse alcanzado la eficacia de un contrato.

4. Incluso todo un entramado jurídico de dimensiones históricas como es el de la Unión Europea, exponente capital del constitucionalismo multinivel, se va a ver envuelto en dificultades para dar una respuesta clara a esta cuestión. Ello supone un desafío mayúsculo frente a los retos que se presentan con base en la nueva revolución industrial -capitalizada por elementos contractuales novedosos, como los *smart contracts*; o por realidades jurídicas desafiantes vía explosión de relaciones a través de tecnologías como la inteligencia artificial-. Se hace necesario, por tanto, observar si nuestro ordenamiento jurídico puede dar respuesta a situaciones complejas en que se produce un daño en sede extracontractual.

5. Del análisis ontológico de los Reglamentos 1215/2012 y 864/2007 ya se va a desprender, en un primer momento, la esencia de complejidad de la situación en que nos encontramos. Ambos mecanismos dejan entrever de manera tácita que existe esa línea difusa mencionada con anterioridad; pero cabe observar cómo se desarrolla esto último, de qué manera se puede aplicar a las situaciones del tráfico y cuál sería la forma de aplicación sobre las nuevas realidades relacionales -con base en realidades de cambio tecnológico que cambian paradigmas del tráfico jurídico-

6. Esa esencia de complejidad, por reforzar la línea causa efecto que provoca el devenir histórico, goza de gran tradición; no ya en nuestro constitucionalismo multinivel, mencionado con anterioridad, sino a través de una serie de producciones normativas de Derecho interno plasmadas en el proceso codificador -que fue desarrollado, sobre todo, entre los siglos XIX y XX; aunque ya a finales del XVIII tenemos la experiencia del Código Prusiano⁴ de 1794 y las llamadas “Punktualization”⁵-. Dicho proceso codificado, evoluciona a través de una catarsis jurídica que cuestiona los cimientos del concepto -gracias a las tesis contractualistas del jurista Jhering-, y que va a devenir en la dualidad mencionada.

7. También los códigos francés de 1804 y austriaco de 1811⁶ van a seguir esa lógica, que bien podría mantenerse hoy en día, sobre una sistematización de elementos objetivos y subjetivos en el tráfico jurídico⁷. Dicha realidad, debido al componente internacional que puede haber en una controversia contractual o extracontractual -y al tráfico desarrollado por medios no convencionales- sirve de cimiento para comprender el proceso de resolución de los eventuales conflictos actuales

8. Por otro lado, ya en el siglo XX, el *Codice Civile* italiano de 1942 va a plasmar los llamados efectos fundamentales y colaterales de toda relación contractual. En línea con ello, se defiende la tesis de la previsibilidad del daño a través del análisis de los segundos. Se parte de la tesis contractualista de Jhering a la posibilidad de prever el daño en sede precontractual⁸. Puede ser esto, si desarrollamos un proceso de dogmática jurídica -extrapolando los hechos tratados a lo largo de los siglos al momento presente-, aplicable a los mencionados *smart contracts*. Sobre todo, si atendemos a su carácter dinámico de cumplimiento; esto es, a su desarrollo autoejecutable⁹.

⁴ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=P-PN646281704&PHYSID=PHYS_0184&view=fulltext-endless

⁵ Término importante para entender el denominado “Derecho de intenciones”, con base en los tratos preliminares. Vid. J.G. CASTRO-AYALA, “El pactum de contrahendo: posibilidades de una unificación jurídica europea, sobre la base de una comparación de los ordenamientos alemán y francés” en Universidad Católica de Colombia, 2019. En la página 46 se hace una referencia fundamental sobre la codificación alemana y la francesa, acerca de las figuras de los precontratos; y, además, hace referencia al Derecho de intenciones a través de memorando.

⁶ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

⁷ Vid. G. TOMÁS MARTÍNEZ, “Realidad y lenguaje: de la «culpa in contrahendo» a la responsabilidad precontractual” en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, 2459-2472, 2021. Véase página 2461, que además enlaza con otros autores como Koziol y Welser.

⁸ S. TOMMASI, “Trattative e responsabilità precontrattuale” en *L’esame di diritto privato. Definizioni e questioni*, 180-181, 2015. Giappichelli. Sobre la Trattative e responsabilità precontrattuale en el Codice Civile de 1942. Capítulo de libro.

⁹ M.E. SAENZ, “Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología blockchain” en *Revista de estudios europeos*, (70), 69-97, 2017; página 73.

1. Entre negligencia, daño y relación de causalidad: graduación e interés a resarcir

9. Cabe una nueva diferenciación, con base en dicho devenir histórico y en la línea difusa tan presente en esta problemática. La dualidad entre resarcimiento de daño, que también va a ser fundamental a la hora de medir el impacto de la cuestión sobre las nuevas realidades contractuales -basadas en las nuevas tecnologías-. Es decir, la respuesta sobre daño basada en el interés, que puede ser negativo o positivo.

10. En el primer caso, aplicando el límite del interés negativo, se pretende situar a la parte perjudicada en una posición mediante la cual no se genere ningún daño en su posición como acreedor de determinada prestación, generándose por tanto una situación neutra. Esto es algo que ha viajado a lo largo de las décadas y que se ha consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, en contraposición al fundamento del interés positivo, mediante el que se reemplaza la prestación que de manera efectiva debiera de realizarse¹⁰.

11. Como se observa en el tráfico, la diferencia entre interés negativo y positivo va a situarse en la fase de perfeccionamiento del contrato. Así, de existir una consumación contractual, se aplicará un interés positivo para resarcir el daño producido a una de las partes intervinientes; en caso contrario, cuando surge una falta de diligencia o un evidente daño a un tercero en el *iter contractus*, se aplicará un interés negativo¹¹. Esto podría ser decisivo a la hora de resolver conflictos surgidos mediante la generación de contratos dinámicos o meras promesas desarrolladas en fase precontractual¹².

2. Entre la interrupción injustificada: precontrato, antecontrato u oferta

12. Esto nos lleva, por último, al análisis de los elementos que pueden devenir en culpa o falta de diligencia debida -por motivo del momento del *iter contractus* en que se encuentran-. También relevante de cara a observar similitudes, en sede de lógica jurídica, con los nuevos elementos de relación entre pares en el tráfico jurídico. La propia hermenéutica de los elementos de negociación contractual ya nos va a dar pistas sobre los procesos de falta de diligencia -mediante promesas, por ejemplo; o a través de transmisión de información determinada-. Esto se refleja mediante elementos precontractuales cristalizados de manera diversa -lo cual nos permite inferir su utilidad en el derecho actual-.

13. Cristaliza a través de los llamados “acuerdos tácitos”, que no son otra cosa que el desarrollo de hechos o actuaciones que, de forma clara, se sobreentienden como conducentes a la celebración definitiva de un contrato¹³; y que, de otro modo, permiten pensar en la parte que mantiene su posición, que las nego-

¹⁰ Vid. J. MENDIETA, “La culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión” en Revista E-mercatoria, 10; 40-74, 2011.; En la introducción, el autor desbroza, en una primera aproximación, los fundamentos más profundos del concepto, lo cual sirve como base interesante para conocer el tratamiento de la falta de diligencia debida a la hora de resolver conflictos en la fase de negociación contractual. Página 40

¹¹ Vid. J.I. CONTARDO GONZÁLEZ, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual” en Revista de derecho (Coquimbo), 18 (1), 85-118, 2011. Se hace una revisión -a lo largo de todo el documento y en especial a partir de la página 94- del Derecho comparado de utilidad para comprender el devenir histórico de la cuestión sobre el resarcimiento del daño. Además, se estudia desde la perspectiva del remedio a través del interés negativo -aplicado sobre todo en Europa-. Por último, defiende una postura de defensa del interés positivo, lo cual podría ser interesante como posible remedio que pusiera freno a determinadas actuaciones de mala praxis.

¹² Vid. M.E.C. MEORO, “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española” en Boletín del Ministerio de Justicia, 65 (2131), 2, 2011. Página 13. Sobre la tradición de la solución.

¹³ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “Una aproximación histórico-legal de la culpa in contrahendo en las negociaciones preliminares” en Revista Brasileira de Direito Constitucional, 17 (1), 61-82, 2011. En la página 78, parte de la premisa de la no conclusión del proceso de asentamiento de la cuestión en los ordenamientos jurídicos actuales -ejemplo Common Law-, reafirmando la necesidad de desarrollar marcos más claros en nuestro Derecho positivo. No obstante, recalca la evolución de la culpa in contrahendo desde posiciones de rechazo de la misma en fase precontractual a posiciones en las que ya se defendía la necesidad de extenderlo a los meros tratos preliminares.

ciaciones acabarán por cristalizar. Es decir, en la buena ventura de estas. Es evidente que esto podría devenir en un perjuicio, en el caso de romperse sin causa justificada. Sobre todo, aparecen en forma de antecontratos, precontratos, oferta contractual, “*Punktualization*” y “*letter of interest*” –del Derecho anglosajón–.

14. Mediante mecanismos como la inteligencia artificial, se pueden generar herramientas centradas en voluntades o en un marco mínimo negociador –una exposición de bases entre las partes negociadoras; o una serie de mínimos no traspasables–. Esto se conoce como precontrato, fase en la que las partes sostienen su idiosincrasia y necesidades básicas para seguir negociando¹⁴; después, podría desarrollarse ya un antecontrato, de mucho mayor peso; y éste devenir en oferta contractual en firme o no. En un mundo cada vez más globalizado y dinámico, cabe estar preparados ante la explosión de este tipo de mecanismos por medios no convencionales; y saber si, con nuestros mecanismos de Derecho positivo, estamos preparados para dar respuesta a las controversias entre partes –y a reparar daños–.

II. Análisis de los mecanismos de competencia judicial: Reglamento Bruselas I bis 1215/2012

15. El Reglamento 1215/2012¹⁵ -o Bruselas I bis- continúa una lógica iniciada tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968 y que, de alguna manera, se intuye que podría consolidarse atendiendo a las nuevas lógicas contractuales con elemento extranjero. En todos los casos, complementándose con el apoyo de la doctrina y la respuesta jurisprudencial.

16. A la hora de analizar la respuesta, en sede de competencia, que debe dar nuestro ordenamiento jurídico -sea el mismo nacional, supranacional o multinivel-, debemos abordar, en primer lugar, la realidad del daño causado; y, también, la realidad existente entre culpa y daño -esto es, el punto de encuentro entre ambos-. Asumimos que, con base en las nuevas relaciones que surgen al calor de tecnologías novedosas -que provocan un crecimiento notable de las relaciones comerciales con elemento extranjero; algo que ya ha sucedido, en el pasado, gracias a la explosión de internet; y, ahora, sucede con la denominada “economía de plataformas”¹⁶-, se hace indispensable clarificar en qué situación nos encontramos. En ese sentido, conviene resolver, en sede de calificación, cuál es la relación existente entre las partes intervinientes en contrato.

3. Calificación de la relación entre las partes desde el Convenio de Bruselas de 1968

17. La situación no es distinta, como señalamos con anterioridad, de la dispuesta desde la irrupción en nuestro Derecho positivo del Convenio de Bruselas de 1968¹⁷, aunque su desarrollo, en algunos aspectos, fuese asentándose de manera paulatina¹⁸. Importante en este sentido y, en línea con la línea difusa del concepto -en cuanto a su regulación en el Derecho positivo multinivel- será el artículo 5 del citado Convenio. Va a determinar la competencia en materia contractual en el 5.1 y la competencia en materia delictual o cuasi delictual en el 5.3.

¹⁴ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Estudio pormenorizado de las distintas situaciones recogidas en el tráfico jurídico internacional en cuanto a tratos preliminares” en Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca, 2008. Véase páginas 72 y 97.

¹⁵ Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>

¹⁶ Vid. M. H. CAMPUZANO TOMÉ, “El nuevo escenario que plantea la contratación en línea a través de plataformas intermedias en el derecho contractual europeo” en Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas, 2022. Véase página 3.

¹⁷ Vid. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126>

¹⁸ Vid. T. ESPINOSA PARRA, “La Unión Europea a los sesenta años de los Tratados de Roma (1957-2017): pasado, presente y retos de futuro”, en Universidad de Valladolid, 2018. En la página 3, trata la integración en el proceso de construcción de la UE.

18. Como se puede observar, plantea una doble vertiente que puede complicar la resolución de casos -según se considere o califique la relación entre las partes; es decir, contractual o extracontractual-, no sólo en cuanto a relaciones con elemento extranjero desarrolladas por medio de medios convencionales -tratos preliminares, precontratos o acuerdos reflejados en documentos o contratos en papel; la primigenia contratación electrónica; o los llamados acuerdos-, sino en cuanto a las construidas sobre medios tecnológicos más avanzados.

19. Todo ello sigue una lógica que se va construyendo y asentando, como decíamos, de manera paulatina; pero, en suma, no varía en los actuales instrumentos jurídicos; de ahí que, en muchos casos, sea necesaria la irrupción de la respuesta jurisprudencial, analizando los matices que el caso pueda mostrar o el mencionado nexo entre daño y culpa¹⁹ -según el estado de las negociaciones entre partes-.

20. Sobre dicha base de graduación de la realidad del daño y su nexo causal respecto a la culpabilidad, cabe hacer algunas apreciaciones. La falta de diligencia debida se erige en núcleo fundamental de la cuestión, pero atendiendo a en qué momento nos encontramos del “*iter contractus*”. Si de las negociaciones se desprende una evolución clara y sostenida en el tiempo que invite a creer en la buena ventura de estas, puede corresponderse con un elemento subjetivo; distorsionado, a veces, por la frustración. Esto último ocurre, sobre todo, en negociaciones complejas, en las que se plantean operaciones de gran calado. Es, por tanto, bastante recurrente que se individualice cada caso, pues a veces es bastante complicado incluso detectar dónde debe llevarse a efecto una determinada prestación.

21. No va a ser distinta la calificación -ni la resolución de competencia- de controversias con elemento extranjero atendiendo al instrumento jurídico que sucede al Convenio de Bruselas -y antecede al Reglamento 1215/2012-, esto es, al Reglamento 44/2001²⁰ o Reglamento Bruselas I²¹.

4. Breve reseña sobre la respuesta jurisprudencial interna: nexo causal entre daño y culpa

22. En relación con la necesidad de nexo causal entre negligencia y daño -para poder eliminar la difusión entre realidad contractual y extracontractual-, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009²², que sigue la siguiente lógica: parte actora que solicita resarcimiento por daños sobre la base del nexo causal entre consumo de tabaco, adicción y enfermedad que causa muerte; y, por otro lado, pretensión de desestimación de la demandada al alegar no existencia de causalidad directa ni elemento subjetivo real que genere el daño²³. La Audiencia Provincial falla en el sentido de mantener lo dispuesto en la Instancia, catalogando la relación como extracontractual, por motivo de no existir capacidad real para probar el nexo causal entre partes; esto es algo que enlaza con otros pronunciamientos similares entre consumidores y fabricantes.

23. En casación, también es desestimado el recurso de la parte actora, calificando la relación como de extracontractual. Por tanto, la conclusión principal es que el ordenamiento jurídico español no

¹⁹ Vid. M.V. I MIQUEL, “La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334-00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH)” en Revista de derecho comunitario europeo, 6 (13), 977-997, 2002. Véase página 984, en la que analiza con detenimiento el supuesto de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares

²⁰ Vid. Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80073>

²¹ Vid. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 40-2015 / 142-147. Revisión parcial de la secuencia Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis.

²² STS 135/2009, 4 de marzo de 2009. Ver antecedente de hecho séptimo.

²³ Es importante resaltar que no se desestima por no existir relación contractual, sino por no existir nexo de causalidad directo entre el consumo de tabaco y la enfermedad. Volvemos, en este caso, a observar la importancia de la graduación relacional. En suma, puede resultar decisivo para apreciar el nexo de causalidad necesario. No basta con existir relación entre partes, sino que es necesaria la relación entre daño y culpa. Considerandos segundo y cuarto.

es ajeno al devenir estudiado con anterioridad; algo acaso evidente, dado el marco supranacional en el que opera y el contexto histórico y geográfico en el que ha evolucionado; no obstante, esto no es óbice para ser necesaria una delimitación más clara de la línea entre responsabilidad contractual y extracontractual, máxime en situaciones en que la explosión de relaciones se hace mucho más profunda. De forma clara, la jurisprudencia o el derecho consuetudinario pueden ayudar, y ayudan, pero el Derecho positivo debería ser más claro sobre esta cuestión.

5. El conflicto de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis

24. Va a ser fundamental delimitar con mayor precisión cuál es la respuesta del Reglamento 1215/2012 en caso de conflicto de competencia, sobre todo por motivo de los importantes retos jurídicos relacionados con la inteligencia artificial y otros cambios en las relaciones entre ciudadanos²⁴. Siguiendo la línea difusa entre materia contractual o extracontractual, cabe incidir en la casuística desarrollada.

25. Así, en casos en que se da un escenario de acción ejercitada por la que se reclame una nulidad de contrato -o una reducción de obligaciones; y en atención a que la información proporcionada entre partes genere unas expectativas sobre las ganancias de la parte perjudicada -que no hayan sido cumplidas; dichas acciones deberían ser calificadas como materia de competencia en sede contractual. Escenario que debe ser valorado de forma muy importante, en relación con situaciones de uso y extensión de tecnologías novedosas: en primer lugar, porque existe mayor facilidad para intercambiar información relevante que pueda causar expectativas en las partes intervinientes; en segundo lugar, porque refuerza la relación entre daño y culpa; por último, en tercer lugar, porque dicha utilización de elementos novedosos facilita el elemento extranjero. Evidentemente, aun cuando estemos valorando el conflicto de competencia judicial en sede contractual, hay ocasiones en que la jurisprudencia se ha limitado a valorar la cuestión atendiendo a si ha existido firma de contrato o no. Esto choca con la valoración de la graduación de las negociaciones -según lo avanzadas que estén o no-, pero no es una respuesta uniforme. Existen posiciones controvertidas que no ayudan a delimitar con suficiencia el límite de la línea difusa tratada²⁵.

26. La inferencia, en atención a la dilatación del concepto -y a lo farragoso de su limitación-, se explica centrando la mirada en que no existe una regulación específica del concepto culpa in contrahendo en el Reglamento Bruselas I bis. Así, va a marcar dos posibles caminos que complican la resolución de conflictos atendiendo en exclusiva al Derecho positivo. El primero, con base en el artículo 7.1 del Reglamento²⁶, hace referencia a que una persona domiciliada en un Estado miembro, cuando opere una materia contractual, podrá ser demandada en otro Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que “se haya cumplido o deba cumplirse la obligación”; el segundo, con base en el artículo 7.2 del Reglamento, hace referencia al hecho dañoso -en materia delictual o cuasi delictual-.

27. En relación con ambos caminos, parece que en Bruselas I bis se va a remarcar la existencia de una divergencia entre la responsabilidad en el camino de producción contractual -de llegar a producirse-; y la responsabilidad en los tratos, aún no en fase contractual -artículo 7.2-. De nuevo, recalamos que, aun cuando esto parece claro, habrá que ver el complemento doctrinal y jurisprudencial, así como, en distintos ordenamientos jurídicos, lo que disponga el Derecho consuetudinario. Es decir, observamos que se dan dos supuestos, que coinciden con una visión doctrinal ampliamente extendida -y que no podemos obviar, aun cuando el análisis sea puramente de carácter legal-; supuestos

²⁴ Vid. B.A. JUANPERE / M. BALCELLS / I.B. DE HEREDIA RUIZ, “Retos jurídicos de la inteligencia artificial” en Thomson Reuters Aranzadi, 2020. En la página 41 se trata la perspectiva europea sobre la materia.

²⁵ Vid. M.A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España” en Cuadernos de Derecho Transnacional, 9, n.º 2 127-150, 2017. Véase página 147, donde distingue los casos en que se ha llegado a firmar un contrato y aquéllos en los que existe una ruptura de las negociaciones

²⁶ Nótese que el artículo 7 determina tanto la competencia judicial como la territorial. Óp. Cit V.A. ANDREEVA, página 11; Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho Internacional Privado” en Civitas. 698-712.

que van desde la realidad en que se da un escenario de no finalización o conclusión del negocio jurídico a la realidad a través de la cual se producen rupturas una vez ha sido celebrado el contrato. Éstas últimas pueden tener un elemento volitivo de una de las partes o surgir como consecuencia de un marco de nulidad, anulabilidad o invalidez²⁷.

28. Para que se aplique, por ejemplo, el foro especial del artículo 7.1 del Reglamento, a través del cual se pone de relieve una materia contractual, no sería necesario, bajo determinadas circunstancias, que se haya firmado de manera definitiva el contrato -en contraposición con algunas respuestas jurisprudenciales-. Según se desprende del análisis que de la jurisprudencia se hace²⁸ -contradictoria con la mencionada con anterioridad-, la aplicación de dicho foro especial -sección 2 del Reglamento-, no requiere del requisito categórico o concluyente de la firma del contrato, sino que puede llegar a bastar con la realización de convenios, acuerdos o pactos entre partes, de distinta naturaleza -lo cual casaría con el devenir actual en materia de contratación-. De esta forma, volvemos a pivotar, una vez más, sobre la graduación en el “iter contractus”. También va a ser relevante, a modo de inciso, la necesidad de dirimir esta cuestión de forma clara -si se trata de una cuestión que provoque un perjuicio en fase contractual o extracontractual-, pues una u otra será excluyente a efectos de lo dispuesto en el Reglamento²⁹.

29. Establecida esta fase, la aplicación del Reglamento necesita de un examen de la cuestión por parte del tribunal sobre el que se presenta la controversia. Es decir, en primer lugar, dado que es excluyente la aplicación de uno u otro artículo -7.1 o 7.2 del Reglamento-, se propondrá si se opta por una u otra vía; para después ser el Tribunal el que examine la controversia para que se pueda resolver aquella.

30. Con base en los convenios, acuerdos o pactos antes mencionados, el Reglamento va a permitir que existan compromisos aceptados entre partes, aun cuando no exista un contrato definitivo. Nótese que se va a recalcar la palabra compromiso, como realidad de obligación contraída, de acuerdo entre partes o de palabra dada. Una vez más, el Reglamento -y toda la realidad que opera alrededor de esta cuestión objeto de estudio-, nos lleva a la sede de la buena fe -o la falta de ella-; de la falta o no de diligencia debida, se ocupará el análisis del grado de eficacia de los convenios entre partes. En ocasiones, dicha eficacia no será tal como para catalogar la controversia como contractual; en otras, aun cuando no exista contrato, sí existirá materia contractual como resultado de lo particular.

6. Siguiendo o no a Jhering: desde la perspectiva del Reglamento 1215/2012

31. Puede ser de utilidad poner de relieve si el Reglamento Bruselas I bis sigue la línea de la tesis contractualista de Jhering o no -para delimitar el alcance del peso de la respuesta jurisprudencial-. En primera instancia, si nos centramos en el artículo 7.1 del Reglamento, podríamos decir que, sólo atendiendo a nuestro Derecho positivo, cabe esa situación; pero debemos ir mucho más allá y contraponer más información para podernos hacer una composición de lugar siquiera algo más amplia.

32. En primer instancia, cabe cuestionar en qué se basa la llamada teoría contractualista de Jhering; esto es, cuál es su fundamento ontológico³⁰. Como ha sido expuesto, es posible aplicar el artículo

²⁷ Vid. A.M. SECADES, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en Anuario de derecho civil, 38 (4), 979-1010. Véase página 980.

²⁸ Óp. Cit. V.A. ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (44), 9, 2022. Véase página 16. Existe, de manera evidente, una dualidad de posiciones en el Reglamento Bruselas I bis, pero es también cierto que -y de manera acertada así se plasma en la obra de Andreeva- la cuestión puede tener y, de hecho, tiene, muchos matices.

²⁹ Vid. M.V.C. RUBIO, “Crónica de Derecho internacional privado” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (41), 28, 2021. En la página 4, hace un comentario de la Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, en relación con el Asunto 189/1987: “Kalfelis”, ECLI: EU: C: 1988:459; sobre la necesidad de dirimir el carácter de la cuestión en relación con si se trata de una realidad contractual o extracontractual.

³⁰ La ontología jurídica pretende establecer el ser de algo en relación con la situación o situaciones del ser humano. En la

7.1, como consecuencia de rupturas de una realidad contractual; sea con base en la plasmación de un elemento volitivo o como consecuencia del mencionado marco de nulidad, anulabilidad o invalidez contractual; pero ya se ha celebrado un contrato entre partes –sólo que deviene nulo o anulable-. El marco conceptual mencionado es el que propuso Jhering en su obra; esto es, propuso que la llamada culpa in contrahendo se producía cuando, celebrado un contrato, existía un vicio; cuando el objeto del contrato no fuese materializable –por indisponibilidad de dicho objeto-; o cuando nunca hubiese existido dicho objeto –mayor graduación de la culpa, por tanto-³¹.

33. Centrándonos en el primer supuesto, en la existencia de vicio, éste se produce cuando se da un error que deviene en la celebración de un contrato, seguramente no producido en caso de existir el conocimiento de dicho error –puede ser, por ejemplo, la fijación de esos acuerdos, convenios o pactos entre partes a los que se ha aludido con anterioridad-. Es por ello por lo que se produce una solicitud de remedio de la situación.

34. Con base en el Reglamento, si se ha alcanzado la eficacia de un contrato, se puede ventilar su competencia por medio del artículo 7.1; pero en ocasiones no se alcanza dicha eficacia y sí se han producido efectos decisivos, por medio de esos convenios, pactos o acuerdos trascendentales -y que producen la confianza en la buena ventura de las negociaciones-. Es decir, cabe una situación de falta de diligencia debida que merece culpa en el “*iter contractus*”. También puede existir en los otros dos supuestos, porque en todos ellos hay una parte que sí ha actuado en el tráfico con buena fe, lo cual merece ser protegido por nuestro ordenamiento jurídico; y reparado en ocasiones como si de un contrato se tratase, a tenor del progreso de las negociaciones entre las partes intervinientes. Para resolver todo ello, hay un extenso complemento doctrinal y jurisprudencial que extiende su influencia sobre la legislación y la complementa –esto puede que responda de antemano a la suficiencia o insuficiencia de nuestro Derecho positivo en la materia-.

7. Problemas planteados y respuesta jurisprudencial por parte del TJUE -y el antiguo TJCE-

35. Existe una tradición asentada en relación con la respuesta jurisprudencial ofrecida sobre conflictos de competencia judicial. En el seno de las instituciones europeas -primero, a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; desde 2009, a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- se han analizado, sobre todo, elementos de alcance del hecho dañoso en el plano espacial. Es decir, en primer lugar, se ha observado la importancia que tiene, en sede de conflicto, determinar cuál es el lugar del hecho dañoso. Esto, es evidente, supone un elemento capital a la hora de analizar conflictos entre partes cuando su relación se desarrolla por medios menos convencionales; y servirá de base para desgranar si nuestro ordenamiento jurídico se encuentra o no preparado para los retos de cambio tecnológico que se suceden.

36. Llegados a este punto, nos preguntamos si la determinación de la competencia judicial en materia de responsabilidad precontractual ha sido clarificada o no. De manera preliminar, se puede decir que tal es el principal reto al que nos enfrentamos. Conociendo la línea difusa existente en los instrumentos de Derecho positivo de los que disponemos -desde el mencionado Convenio de Bruselas de 1968 hasta las herramientas vigentes-, parece ser que la respuesta no es sencilla. Eso sí, se cumple la premisa de la labor compartida en sede tridimensional: legal, doctrinal y jurisprudencial.

siguiente obra, en la página 89, se plasma con profundidad: A. S. DE LA TORRE, “La ontología jurídica como Filosofía del Derecho” en *Anuario de filosofía del derecho*, (14), 83-106, 1969

³¹ Vid. R.D. OLIVA, “*Quod nullum est, nullum effectum producit?* la sanción de nulidad del art. 1259 CC” en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, (1), 5, 2006. A lo largo de toda la obra, a partir de la página 7, desarrolla la cuestión, que entronca con gran arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no basta para rechazar la existencia de responsabilidad; aunque el contrato fuese nulo.

37. Este problema, en sede de competencia, no lo será tanto en caso de conflicto de Leyes, pues en tal situación sí está mucho más allanado y clarificado el asunto -gracias a la exposición explícita y detallada, valga la redundancia, que no da pie a interpretaciones-. Por tanto, la principal tarea a resolver en relación con el Reglamento 1215/2012, se basa en la determinación de dónde se produce el daño o dónde produce efectos. Asumiendo un escenario de relaciones entre pares cada vez más globalizadas, tal determinación es fundamental.

8. *Lex loci delicti commissi*, foros de competencia y ubicuidad: ¿uniformidad?

38. Una de las cuestiones capitales que debe resolver el TJUE, a la hora de analizar conflictos de competencia, está en la determinación del lugar del hecho dañoso: dónde se ha cometido o dónde puede suceder a futuro -lo cual entronca con la principio de ubicuidad³². En relación con este supuesto, es paradigmático el denominado caso Minas de Potasse³³, resuelto por el TJCE sobre la base de interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 y su artículo 5.3. Se trata de un conflicto con elemento extranjero para el que el TJCE da una interpretación amplia, recalando que del artículo 5.3, en estos casos, para analizar el lugar en que se produce el hecho dañoso, no quepa una interpretación limitada -en este caso, limitada sería sólo para el lugar en que se dan los efectos contaminantes³⁴-. En definitiva, da una interpretación amplia -ubicuidad-³⁵, por lo que el litigio puede iniciarse tanto en el lugar donde sobreviene el daño como en el lugar en el que se origina el hecho causante de ulteriores daños.

39. También interesante es la respuesta dada en casos de conflicto en que se produce un eventual litisconsorcio. El caso Kalfelis³⁶, resuelto también por el TJCE, sobre la base del Convenio de Bruselas, pone de relieve la conexión entre realidad contractual e interés superior en caso de materia delictual o cuasi delictual -cuando la naturaleza frente a otros elementos del litisconsorcio no sea contractual, pero el foro de competencia se asimile como tal por conexión material e interés superior-. Por último, ya resuelto por el TJUE, es relevante el caso C-59/19 -Wikingerhof contra Booking.com³⁷-. Sobre la base de los artículos 7.1 y 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, muestra cómo la lectura jurisprudencial es mucho más extensiva que la del Derecho positivo. No es necesario vincular la pretensión a un contrato, que también, sino que cabe la posibilidad de hacerlo con base en acuerdos preliminares o conexos.

III. Análisis de los mecanismos de Ley aplicable: Reglamento Roma II 864/2007

40. Al respecto del Reglamento Roma II³⁸, cabe reiterar su carácter de legislación reguladora de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales -volviendo sobre la línea difusa entre realidad

³² Vid. P.J. KOZYRIS, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ “Missed Opportunity” en *The American Journal of Comparative Law*, 56 (2), 471-498, 2008. Véase página 477. Se genera una compatibilidad entre la jurisdicción donde se genera el daño y la jurisdicción donde pueda producirse el hecho dañoso.

³³ STJCE caso C21/76 *Handelswekerij contra Mines de Potasse*. Ruta identifier ECLI: EU: C: 1976:166. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1976%3A166> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁴ Empresa del sector hortícola, de los Países Bajos que se ve perjudicada por las acciones contaminantes de una empresa con domicilio en Francia -que contamina o perjudica la calidad del agua del Rin-.

³⁵ STJCE caso “Tacconi” C-334/00 sobre falta de compromisos relevantes en la negociación previa a la firma de un contrato <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0334> consultada en línea el 30 de mayo de 2024. También sucede con el caso Tacconi, añadiendo el elemento de compromisos adquiridos -sede de uniformidad-.

³⁶ STJCE Asunto “Kalfelis” 189/1987 ruta identifier ECLI: EU: C: 1988:459 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0189> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁷ STJUE caso *Wikingerhof contra Booking* C-59/19, sobre competencia en caso de relación contractual o extracontractual <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0059> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁸ Vid. Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») <https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf> consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁹ En el Reglamento Roma II se interpreta el concepto de culpa in contrahendo a partir de su carácter autónomo. Es decir, resalta, ya en la estructura de considerandos, cuál es su alcance, lo cual contrasta en grado importante con lo dispuesto en el

contractual o extracontractual-. A diferencia del Reglamento Bruselas I bis, se trata de un instrumento que sí que va a regular de manera expresa la realidad del concepto culpa in contrahendo; desde una visión de carácter práctico a otra que pivota sobre su carácter hermenéutico. No obstante, no va a resolver del todo algunas cuestiones que pueden crear controversia -por lo que, si bien pone cierta claridad sobre la materia, generando certezas, aún deja preguntas a resolver; preguntas que deberán ser resueltas de manera compenetrada junto a otros instrumentos de Derecho-.

41. Por otro lado -y, de forma lógica si seguimos una línea constructivista-, es interesante hacer referencia a otros instrumentos sobre ley aplicable, como el Reglamento Roma I -en materia contractual⁴⁰; como también a otros precedentes en dicha materia -Convenio de Roma de 1980⁴¹-; y, en materia extracontractual, aplicada a los accidentes de circulación -Convenio de La Haya de 1971⁴²-.

42. Volviendo a las obligaciones extracontractuales, de importancia capital van a ser los considerandos 29 y 30 del Reglamento Roma II, puesto que van a hacer referencia a la delimitación especial de la materia. Dicha acotación, va a operar desde lógicas de economía procesal e interés superior de la buena fe, como se puede desprender tras una primera lectura de los considerandos; que, por su relevancia a la hora de delimitar con carácter apriorístico, deben ser analizados con mayor profundidad

9. La importancia de los considerandos 29 y 30 en Roma II

43. Se puede decir que el Reglamento Roma II es totalmente original y de “singular relevancia”⁴³, pues no sólo regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general -en contraste con el Convenio de La Haya; de forma parcial-, sino que, además, va a desarrollar a su vez una serie de recomendaciones que van al detalle, como es el caso del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo. Esto nos da una medida de la importancia del instrumento jurídico. Por otro lado, a través del considerando número 30, va a recalcar la visión de hermenéutica jurídica a la que hicimos referencia con anterioridad; esto es, interpreta el concepto de culpa in contrahendo desde una posición de carácter autónomo -qué es, a qué se refiere y sobre qué base se aplica-

44. Fijado dicho carácter autónomo, lo cual ya lo diferencia de los instrumentos jurídicos sobre la materia, procede a remarcar dicha posición aludiendo a su independencia, en sede de análisis ontológico, respecto de la legislación nacional de los Estados miembros. En línea con el carácter difuso del concepto de culpa in contrahendo, parece querer solucionar, acaso en cierto modo, dicha situación. Lo hace partiendo de la necesidad de contar con el análisis de situaciones relacionadas con la falta de diligencia debida a la hora de presentar información en el momento de las negociaciones entre partes; pero también en el sentido de romper con los tratos contractuales. Cabe resaltar que, esto último, desarrollando una línea constructivista con base en el devenir histórico sobre la materia, va a referirse, no a meras rupturas sin más, sino a rupturas en que se ha alcanzado un estado de las negociaciones de calado.

Reglamento Bruselas I bis, donde la hermenéutica jurídica es mucho más complicada. En el primer caso, el que nos ocupa, no hace falta acudir a lo tácito, pues no hace falta que se sobreentienda; ya lo señala el propio RR-II de manera expresa. Cfr. considerando número 30.

⁴⁰ Vid. Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> consultado en línea el 30 de mayo de 2024

⁴¹ Vid. Convenio de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=LT) consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

⁴² Vid. HCCH Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e instrumento Convenio sobre Ley Aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera <https://assets.hcch.net/docs/6cb78a71-b39a-4bb0-9f0a-8f7cda484616.pdf> consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

⁴³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento” Roma II”: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales” en Revista crítica de derecho inmobiliario, 85 (712), 835-908, 2006; página 835.

45. Esto último, empero, no elimina del todo el carácter difuso, pues habría que ver dónde situamos el límite en que no existe dicha ruptura de negociaciones simple, pero sí que va a ofrecer una evolución que no es desdeñable. De nuevo, cabe acudir, para complementar la producción normativa reflejada en nuestro Derecho positivo, a los remedios ofrecidos por la jurisprudencia sobre la materia. La base sobre la que se trabaje, en sede de conflicto de Leyes en materia de obligaciones extracontractuales, es más sólida, pero no soluciona eventuales diferencias; o no lo hace de manera definitiva. Por otro lado, en dicho considerando se va a anticipar la importancia del articulado del propio Reglamento en relación con la falta de diligencia en el “*iter contractus*”. Lo va a hacer recalcando el protagonismo del artículo 12 del cuerpo legal.

10. Artículo 12 en Roma II: nexo entre daño causado y contrato sin celebrar

46. La importancia del artículo 12 del Reglamento Roma II estriba en que, no sólo va a suponer una propuesta de solución en relación con el conflicto de Leyes, sino que puede plantear dudas acerca de la situación a resolver en sede de conflicto de competencia judicial. Es decir, aun cuando el concepto de culpa in contrahendo está nombrado y delimitado de manera expresa, de forma tácita se generan dudas por conexión con otros instrumentos jurídicos. En esa misma línea, la discusión sobre el nexos existente entre daño causado⁴⁴ y contrato sin celebrar se da, tanto a la hora de analizar de manera objetiva los instrumentos jurídicos de que disponemos, como entrando en matices particulares que se llevan abordando tiempo a nivel doctrinal. Como se ha referenciado -y se desprende de las disposiciones comunitarias a nivel UE-, el Derecho debe interpretarse de manera uniforme⁴⁵. Esto lleva, tal y como se señala, a la conjunción entre los Reglamentos Roma II y Bruselas I bis, en relación con la coherencia o incoherencia entre ambos. De esta manera, podemos observar cómo, en el artículo 12, señala que “*la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado*”.

47. El primer inciso de calado que cabe plantear es el relacionado con la derivación de tratos previos. Por coherencia con otros instrumentos jurídicos, decíamos -y por coherencia con la doctrina y el constructivismo histórico desarrollado-, es oportuno señalar que dichos tratos previos deben ser de relevancia, aun cuando no se llegue a alcanzar la eficacia de un contrato. Es decir, se puede observar cómo se plantean dos escenarios que van a generar dudas acerca de la solución, ya no en sede de conflicto de Ley, sino por conexión, en caso de conflicto de competencia judicial. De ahí que, como se ha comentado, exista dicha conexión entre el Reglamento Roma II y el Reglamento Bruselas I bis. Sucede que, si nos atenemos a la eventual situación de existencia de tratos previos entre partes -de cierto calado-, aun cuando no concluyan en contrato, se generan dos posiciones: la primera, de responsabilidad extracontractual, por falta de diligencia debida o culpa in contrahendo; la segunda, en contraste con la primera, contractual, pues la Ley aplicable sería “... *la Ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado si este se hubiera celebrado*”. Esto, de manera irremediable, nos conduce, una vez más, a esa línea difusa que debe ser resuelta -como señalamos- con el concurso de otros recursos de Derecho -sobre todo, a nivel jurisprudencial-⁴⁶.

48. Antes de volver sobre esa línea difusa, cabe reiterar la claridad existente sobre la base, que va a ser dispuesto, a su vez, por la jurisprudencia; y que va a servir de fundamento de análisis para resolver eventuales situaciones imbuidas de elementos de negociación contractual novedosos. Por tanto -y, en resumen-, lo decisivo es el nexos de causalidad elevado entre hecho dañoso y estado avanzado de las ne-

⁴⁴ Vid. J.L.I. BUHIGUES, “El largo camino del Reglamento Roma II”. Anuario español de Derecho Internacional Privado, (7), 97-108, 2007. En la página 98, en línea con el artículo 4 del Reglamento Roma II -camino arduo hasta llegar a esa situación que clarifica, en cierto modo, la cuestión-

⁴⁵ Vid. Considerando número 16 del Reglamento Roma II.

⁴⁶ Óp. Cit. Srs, 135/2009. De nuevo el antecedente de hecho séptimo.

gociaciones –pero no a través de una simple ruptura, sino cuando ya existe una negociación consolidada a través de convenios, pactos o acuerdos trascendentales que dan pie a pensar en la buena ventura del asunto⁴⁷⁴⁸-. Esto, por otro lado, tiene sentido si nos atenemos al literal del artículo 17 del Reglamento Roma II, que dice que *“para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”*. Esto último abre la puerta, ya no sólo a la aplicación de soluciones centradas en la jurisprudencia, sino a que esta última tenga en cuenta el entramado que se asienta sobre el Derecho consuetudinario.

49. No obstante, volviendo al inicio, toda vez se ha manifestado una relación extracontractual⁴⁹, la solución en sede de competencia se podría resolver por medio del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. Es decir, ante el órgano jurisdiccional en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Sobre esto último, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones -como vimos, ejemplo paradigmático es el caso Minas de Potasse⁵⁰-, remarcando el principio de ubicuidad. En situaciones, con base en la nueva explosión de negociaciones con base en nuevas tecnologías, en que se producen negociaciones simultáneas, en distintas partes del planeta, esto puede generar distintas preguntas -algo que ya sucede en un mundo menos heterodoxo-. En línea con lo anterior y, siguiendo lo que ya ocurre a la hora de dirimir en qué lugar se ha producido el daño, con base en situaciones del tráfico de carácter convencional, podríamos plantearnos si el daño se ha producido a la hora de utilizar medios que contengan herramientas basadas en inteligencia artificial; si el daño se ha producido en una de las fases de producción de un contrato inteligente; o si, por otro lado, el daño se ha producido en determinado lugar a la hora de recibir el contenido del contrato -en línea, por medios novedosos-.

50. Por el lado contrario, si los tratos previos estuviesen revestidos de tal calado que la relación se considerase -aun no habiéndose alcanzado la eficacia de un contrato- como contractual, acudiríamos para resolver conflictos de competencia al artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis; esto es, una relación a priori extracontractual, podría ser resuelta en sede de competencia como contractual; y pondría de relieve la línea difusa entre realidad contractual y extracontractual. Así, el Reglamento Roma II, que sí va a ser claro a la hora de delimitar el concepto de culpa in contrahendo, no resuelve toda la problemática en cuanto al asunto. Siguen existiendo dudas que resolver –nexo causal entre daño y culpa o grado de desarrollo de las negociaciones– a mitad de camino entre el conflicto de Leyes y el conflicto de competencia.

11. Respuesta jurisprudencial

51. Sobre la respuesta jurisprudencial, cabe hacer una apreciación importante observada de manera sólida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dicha apreciación se basa en la determinación de qué es daño; y, también, en la aclaración sobre las eventuales consecuencias derivadas de dicho daño. Esto es, cabe conocer, para dar una solución, cuándo una consecuencia existente puede ser atribuida o no a un hecho dañoso concreto. Esto, en suma, va en línea con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento Roma II, que dice que *“se entenderá por daños todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso”*.

⁴⁷ Vid. B.M. QUESADA, “La oferta de contrato cuarenta años después” en Civitas, 4979-4994, 1996. Sobre la justificación de responsabilidad en los tratos a partir de la página 4986.

⁴⁸ Vid. A.M. SECADES, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en Anuario de derecho civil, 38 (4), 979-1010, 1985. Página 1006 se referencia a Cossio; Instituciones de Derecho Civil I, pág. 265, dándole carácter extracontractual a la regulación sobre la materia en el Derecho Civil español (ver artículo 1902 del CC) –aunque en otros países siguen la tesis contractualista de Jhering-.

⁴⁹ Vid. Artículo 4 del Reglamento Roma II; criterio general de Ley aplicable: órgano jurisdiccional del país en que se produce el hecho dañoso.

⁵⁰ Óp. Cit. STJCE caso C21/76 HandelsWekerij contra Mines de Potasse. Ruta identifie ECLI: EU: C: 1976:166. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1976%3A166> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

52. Importante es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2015, relativa al asunto *C-350/14* -Florin Lazar y Allianz sPa⁵¹-. El litigio versa sobre la indemnización por daños y perjuicios, patrimoniales y no patrimoniales, en relación con un accidente de tráfico producido en un Estado miembro. Se trata de una Sentencia que viene a remarcar la diferencia entre hecho dañoso, consecuencias directas y otras consecuencias. En este caso, cabe resaltar, en línea con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento Roma II -apartado 1- que las consecuencias sufridas por los familiares del perjudicado -en accidente de tráfico- deben ser catalogadas como “consecuencias indirectas”; y no como daño directo.

53. Esto podría ir en línea, en sede de relaciones desarrolladas por medios no convencionales, a la hora de resolver eventuales situaciones en que se producen daños colaterales. Por ejemplo, cuando se generan consecuencias indirectas de un hecho dañoso desarrollado a raíz de la utilización de la inteligencia artificial; porque cabe preguntarse, ¿puede producir también consecuencias indirectas sobre terceros? Acaso desde el daño moral podría plantearse que sí cabe la posibilidad.

54. En línea con la delimitación entre realidad contractual o extracontractual, también es interesante el asunto *C-307/19* -Obala y NLB Leasing⁵²- en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve un litigio relacionado con la delimitación, entre contractual o no, de un prestación de servicio de estacionamiento en vía pública -así lo considera-; aun cuando no exista un contrato como tal, como el que pueda existir cuando se emite un tique de estacionamiento en un aparcamiento privado. En este asunto, la controversia radica en el procedimiento sancionador iniciado tras expirar el horario estipulado en el tique. El asunto se delimita como contractual, lo cual puede suponer eventuales delimitaciones de casos en que se considere la materia como delictual o cuasi delictual -algo bastante plausible en negociaciones desarrolladas a través de nuevas tecnologías, a falta de una regulación robusta de la materia-.

55. En dicha línea, cabe resaltar la relevancia de los actos tácitos -aun cuando no exista un contrato como tal, pero sí manifestación inequívoca de voluntad-; véase el asunto *C-196/15* -Granarolo Spa y Ambrosi⁵³-. Nos preguntamos si este tipo de situaciones pueden tener un crecimiento exponencial con la nueva explosión de negociaciones heterodoxas. Acaso es posible que estemos preparados gracias los instrumentos jurídicos citados y otros que están en sus inicios -y que procedemos a poner de relieve-.

IV. Respuesta del constitucionalismo multinivel a los retos de la nueva Revolución Industrial

56. Partimos de dos hipótesis principales: por un lado, que el constitucionalismo multinivel da una respuesta -en relación con la materia estudiada- suficiente de cara a gestionar los posibles conflictos en el tráfico fruto de la nueva revolución industrial; por otro, que la respuesta no es suficiente dada su complejidad; sin cerrar la puerta a una tercera vía, basada en la oportunidad de las herramientas, pero bajo la premisa de una mayor celeridad en el cambio y adaptación -mayor dinamismo del Derecho positivo; sobre todo por economía procesal-.

12. ¿Suficiencia o insuficiencia?

57. La respuesta, aunque complicada, pues los retos son novedosos, ya cuenta con una base capitalizada por una producción doctrinal y académica interesante; e incluso se ha tratado en foros especia-

⁵¹ Vid. STJUE (sala cuarta) caso *C-350/15* <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172887&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=64269> consultada en línea el 5 de junio de 2024.

⁵² Vid. STJUE (sala primera) caso *C-370/19* https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=0C380DAF732929A1764E853A5B730CE9?docid=239289&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=&cid=2443619 consultada en línea el 6 de junio de 2024.

⁵³ Vid. STJUE (sala segunda) caso *C-196/15* <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181683&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=173596> consultada en línea el 6 de junio de 2024.

lizados y no tan especializados. Ejemplo de ello es la realidad de los servicios de “cloud computing”⁵⁴, pero hay muchos más -consecuencia de la gran cantidad de datos que circulan por internet, que hacen proliferar este tipo de tecnologías-. Las conclusiones van a requerir de mucha cautela, pues es bastante factible que se den los componentes extranjeros -que en el pasado ya costaba defini- sobre una base más compleja si cabe⁵⁵.

58. Por tanto, pueden surgir controversias, tanto en relación con conflictos de competencia judicial internacional, como en el caso de conflictos en relación con la Ley aplicable. A su vez, puede surgir también una problemática en relación con el estado de las negociaciones entre agentes del tráfico, como pueda ser una línea más difusa a la hora de valorar la existencia de negociaciones avanzadas o no. También va a ser añadido un nuevo elemento de complejidad: la necesaria protección de datos -y mucho más en el contexto de las relaciones a través de internet⁵⁶-.

13. Reglamento 2016/679 sobre protección de datos

59. Elemento fundamental de análisis sobre la materia, para resolver las cuestiones planteadas, es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos -y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE-. A través de una serie de considerandos, plantea cuestiones relativas a la generación de tráfico en internet -lo cual puede ser muy útil para comprender tanto las dinámicas de negociación como las soluciones a implementar-; en este caso, en cuanto a personas físicas, pero en última instancia puede germinar en negocio para las empresas. Por ejemplo, en relación con el considerando número 24, va a determinar el alcance sobre terceros no domiciliados en la Unión Europea, cuando éstos actúen sobre datos relativos a personas físicas que puedan operar en el tráfico

60. Ejemplo de interés encontramos en el consentimiento a la hora del tratamiento de datos, con reflejo en los considerandos 30 y 32 del instrumento, que requiere que la información sobre tratamiento de estos sea adecuada y clara. También los considerandos 65 y 67, sobre rectificación y delimitación de datos -en dicha sede puede generarse daño por mala praxis-; máxime en un contexto que vence la territorialidad del Derecho Internacional Privado, pasando a pivotar sobre el principio de extraterritorialidad⁵⁷.

14. Entre *smart contracts*, DLC y cadena blockchain

61. A modo introductorio, podría decirse que los smart contracts son consecuencia de la tecnología blockchain. Empezando por el principio, desde lo simple a lo complejo, dicha tecnología supone un avance material de dimensiones históricas en relación con el desarrollo tecnológico. Su importancia⁵⁸ reside en la posibilidad de ir un paso más allá en relación con la seguridad en las transacciones no físicas. Así, un protocolo blockchain, propone la existencia de transacciones económicas fiables, seguras y estables, a través de las cuales se realizan intercambios comerciales entre particulares. De la manera

⁵⁴ Vid. A. MERCHÁN MURILLO, “Competencia judicial y Ley aplicable a los servicios de *cloud computing*”, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 18, 2018. Capítulos 2 y 3.

⁵⁵ En el caso Minas de Potasse vimos cómo se daba un elemento extranjero, al poder existir el lugar del hecho generador del daño y, también, el lugar en que produce efectos, que podría ser en otros países. Esto, dada la evolución de internet, es mucho más complejo, pues los elementos extranjeros pueden ser múltiples y un eventual daño a terceros puede desarrollarse en muchas más latitudes.

⁵⁶ En el Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos, se observa en detalle la cuestión a través de los considerandos 24, 30, 32, 65 y 67. Vid. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> consultado en línea el 7 de junio de 2024.

⁵⁷ Vid. V.A. LAMELAS / X.S. CASADEJÚS, “El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad” en Revista Tecnología, Ciencia y Educación, (4), 11-32, 2016; página 26.

⁵⁸ Vid. D. TAPSCOTT / A. TAPSCOTT, “La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la economía global” en Ediciones Deusto, 2017; página 9.

tradicional, los intercambios a través de internet se realizan a través de protocolos que controla una entidad de confianza y que son de carácter abierto

62. Lo disruptivo de esta tecnología es la transacción entre pares, sin la intermediación de un tercero que deba verificar su identidad. Esto, evidentemente, puede simplificar los procesos y hacerlos mucho más flexible ⁵⁹; e incluso puede suponer mayor transparencia; pero también acarrea conflictos en el tráfico y, para ello, como es lógico, debemos observar si los elementos de los que disponemos en nuestro Derecho positivo son suficientes para hacer frente a eventuales problemas sobre la base de estas transacciones -que ya se extienden sobre el campo de la educación⁶⁰ y afectan a las transacciones económicas (vía bitcoin)-. Como herramienta novedosa, aparecen los *smart contracts*, que vienen a ser programas informáticos desarrollados ad hoc para la generación de realidades contractuales que se van ejecutando conforme se cumplen las prestaciones.

63. Esto es, a medida que se cumple con las cláusulas que se incluyen en el contrato, se va ejecutando el mismo. Sigue una lógica de si P entonces Q; es decir, que, si se cumple la cláusula X, entonces se ejecuta Y. No hace falta verificar si eso ha ocurrido o no porque de forma previa se han introducido los requisitos. Evidentemente, no tumba por sí solo los eventos que suceden en sede de daño contractual o extracontractual, por lo que cabe estar atentos e interpretar el modo de detectar su sucesión. En realidad, esta sucesión de eventos ya se contempla de forma extendida, pudiendo ejecutar una penalización en caso de mala praxis o incumplimiento⁶¹. Las preguntas que podemos hacernos son cómo medir las negociaciones previas a la emisión de un *smart contract* -a modo de compromisos contemplados en los Reglamentos de la UE-; de qué manera operaría el margen entre lo contractual y lo extracontractual; o cómo medir la disponibilidad de información a la hora de emitir una demanda en que se plasmen distintos lugares de generación de daño.

64. Puede decirse que, en el mundo actual, en lo concerniente a este tipo de relaciones contractuales, cabe estar sujeto a las mismas reglas que si se desarrollase bajo el contexto ortodoxo⁶²: se aplicarían mecanismos de competencia y Ley aplicable del mismo modo. Lo que sí se cuestiona es la ejecución de este tipo de contratos a través de instrumentos electrónicos de pago tradicionales -que requieren distintos requisitos que harían inviable el contrato inteligente-, por lo que surgen instrumentos de pago novedosos, como puedan ser las criptomonedas -aparece aquí el problema de la nula garantía de jurisdicción (aunque es evidente que el dinero en general tiene carácter fiduciario y no está respaldado por elementos de garantía real, como pasó con el patrón oro en el pasado)-. Es decir, existen reglas de respaldo, sea a nivel nacional como en nuestro ordenamiento jurídico supranacional, pero no está exento de riesgos, como puedan ser los tecnológicos o los sistémicos⁶³.

65. Si bien existe regulación sobre la materia contractual en general y sobre la contratación electrónica en particular, la regulación de esta figura contractual es “aún incierta”⁶⁴ -aunque ciertamente podría caber en nuestro ordenamiento jurídico-. Otras desventajas que se observan son las de la indisponibilidad del contrato y su inmutabilidad; además, también refiere la posibilidad de existencia de fallos, debido a su carácter de tecnología incipiente -lo cual puede generar fallos de seguridad y provocar conflictos (daño contractual y daño extracontractual)-

⁵⁹ Vid. C.M. ABUHAYAR / J. ALONSO-ALLENDE, J. / M. ESCAURIAZA / J. GONZALO / R. MÁRQUEZ / F. J. MORENO, “Descifrando la blockchain” en *Nuevas tendencias*, (100), 33-38, 2018; página 33.

⁶⁰ Vid. A.R.B. PINA / C.B. TORLÁ, / L.C. QUINTERO / J.A. SEGURA, “Blockchain en Educación: introducción y crítica al estado de la cuestión” en *EduTec Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, (61), a363-a363, 2017; página 6.

⁶¹ Vid. <https://www.santander.com/es/stories/smart-contracts> consultada en línea el 7 de junio de 2024.

⁶² Vid. M.E. SÁENZ, “Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología blockchain” en *Revista de estudios europeos*, (70), 69-97, 2017; página 73.

⁶³ Por sistémico, en este contexto, entendemos un riesgo por no respaldo de autoridad competente -en cuanto a la operación con instrumentos electrónicos de pago no respaldados por los Estados-.

⁶⁴ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “*Smart contracts*» y derecho internacional privado” 2019; páginas 32 y 63 -donde hace referencia al Reglamento Bruselas I bis-.

66. Para ello, surge una auténtica nueva revolución industrial, a través de la automatización de procesos y el almacenamiento de información⁶⁵, pero que requiere de un profundo análisis legal -sobre competencia y Ley aplicable, así como en relación con las consecuencias para las partes-. Es, en suma, la denominada como *Distributed Ledger Technology*, como tentáculo de la asentada regulación sobre contratación electrónica⁶⁶. Se parte de la tesis de la dificultad de dirimir la competencia judicial y la Ley aplicable al caso, dada la extraterritorialidad sobre la que ya hemos hecho referencia con anterioridad. Eso sí, los instrumentos de los que disponemos permiten, en defecto de determinación, seguir una serie de reglas; e incluso cabe la sumisión tácita o expresa de las partes -siguiendo el Reglamento Bruselas I bis-; además de la posibilidad de aplicación de los foros especiales.

67. La pregunta que nos hacemos es cómo determinar la negociación previa, esto es, la culpa in contrahendo. Recordemos que, de manera previa, se puede haber negociado sobre términos precontractuales a través de convenios, acuerdos o pactos. Este tipo de negociación dificulta la determinación de la falta de diligencia en la fase precontractual. Por otro lado, en caso de conflicto sobre Ley aplicable, sí cabría la posibilidad de incluir esta serie de figuras, haciendo hincapié en la tratada, es decir, los *smart contracts* -en materia contractual, el Reglamento Bruselas I bis, dispone la disponibilidad de las partes, así como el domicilio de estas; por otro lado, de no existir la elección de forma expresa, la Ley aplicable se determinará a través de los vínculos más estrechos entre partes-. Aquí, cabe resaltar la dificultad⁶⁷, en ocasiones, de determinar las partes, lo cual nos lleva a comprender que tenemos los instrumentos y cabe una regulación sobre estas nuevas realidades contractuales -que de hecho está bajo el paraguas de dicho Derecho positivo-, pero hay elementos complejos que aún no están claros y que cabe estudiar en profundidad.

68. En relación, por tanto, con las hipótesis planteadas, podríamos decir que nos encontramos en un camino intermedio. Existe un ordenamiento jurídico potente y desarrollado, en el que existen mecanismos de protección de las relaciones basadas en la contratación electrónica; existen mecanismos centrados en la protección del daño extracontractual; y la materia de los *smart contracts* cabe en la regulación de los Reglamentos europeos. No obstante, calificarlo de suficiente es acaso demasiado aventurado por los distintos motivos que se han expuesto. Posibles fallos de seguridad, posibilidad de no determinación de identidades de terceros que aprovechen fugas -también de seguridad- en la contratación o dificultad a la hora de medir la extraterritorialidad -multiplicidad en la generación de daño, lo cual limita a la hora de establecer la competencia en todo su esplendor-.

15. Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial y compliance: soluciones

69. Otro aspecto para tener en cuenta es la necesidad de que exista una especie de mediador -no en el plano de tercero institucional, como con las operaciones tradicionales- en sede de dar traslado a la operación -como una especie de procura-; como también la inmutabilidad antes comentada, que cabe desarrollar ahora como elemento que no tiene en cuenta que las relaciones humanas son muchas veces imprevisibles -o la misma existencia misma-. Así, cabe la posibilidad de que estos contratos se desarrollen a su vez sobre causas ilícitas o que exista daño sobre una de las partes contratantes porque la otra carezca de capacidad para celebrar el contrato⁶⁸. Además, cabe resaltar también un componente actualmente en boga, que no es otro que la aparición y el crecimiento exponencial de los elementos desarrollados a través

⁶⁵ C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTS desde la perspectiva europea” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 1198-1217, 2018; página 1209.

⁶⁶ Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con> consultada en línea el 7 de junio de 2024.

⁶⁷ Óp. Cit. C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTS desde la perspectiva europea” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 1198-1217, 2018; página 1209.

⁶⁸ Vid. I. FETSYAK, “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español” en *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, (18), 197-236, 2020; página 230.

de herramientas de Inteligencia Artificial, para lo cual existe ya un Reglamento, en el seno de la Unión Europea, que puede servir de acicate para la universalización de este tipo de relaciones en general. Es decir, una vez se aplique y se perfeccione la regulación sobre la materia -y sobre otras materias adyacentes como la inteligencia artificial-, es bastante plausible que se extienda -aunque entendemos que de forma asimétrica- el uso de este tipo de herramientas. Por tanto, es deseable que estemos preparados para ello. El Reglamento sobre inteligencia artificial⁶⁹ es una realidad que cabe tener en cuenta -como ejemplo de adaptación de nuestro Derecho positivo; y de compenetración y complemento con los instrumentos jurídicos analizados. Además, es fundamental, dada la extensión y el crecimiento de la inteligencia artificial que ya se desliza por infinidad de ramas de actividad, sean estas públicas o privadas⁷⁰.

70. Además, entre las formas de aplicación de dicha inteligencia artificial, puede estar la generación de textos o escritos, lo cual es importante de cara a la buena ventura de las relaciones en el tráfico, por reducción de plazos y mayor eficiencia; pero también puede generar grietas de seguridad que convendría reducir. Esto también puede aplicarse a la producción de acuerdos previos, sean meras negociaciones, lo cual podría suponer la reparación de daños extracontractuales, sean ya convenios o acuerdos en firme que conduzcan a la celebración definitiva de un contrato. Por tanto, se trata de una ocasión única para mitigar los casos de culpa in contrahendo -incluso, recordemos, en aquellos escenarios a través de los cuales existe un contrato nulo-. En conclusión, las nuevas tecnologías conducen a nuevos escenarios sobre los que se cimentan las relaciones humanas; de igual forma que el concepto de culpa in contrahendo ha evolucionado sobre la base del devenir histórico hasta el momento.

71. A modo de mitigación de los riesgos inherentes a la actividad de intercambios, sean estos comerciales o de cualquier otro tipo, proponemos la adopción de mecanismos preventivos en las empresas, algo que en determinados contextos aún no está desarrollado en un grado aceptable -aunque en el caso de España se dio un paso decisivo con la reforma del Código Penal sobre la base de la Ley Orgánica -LO 5/2010⁷¹-. Dicha reforma, vino a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual empujó al tejido empresarial español a adoptar mecanismos de lo que se conoce como compliance -en este caso sería penal⁷²-. Es decir, esos programas de prevención que ajusten la actividad al cumplimiento escrupuloso de la normativa vigente en nuestro Derecho positivo -sea este nacional o supranacional-. El concepto de compliance se ha referenciado en la literatura de distintas formas. A saber: “*risk management*”, “*value management*”, “*corporate governance*” o “*business ethics*”. Plantea, por tanto, una solución centrada en la anticipación, no sólo por parte de las empresas, sino a través de la adopción de mecanismos de prevención por parte de los operadores jurídicos implicados en la negociación de relaciones comerciales o entre particulares⁷³. Así, asumimos como premisa que, si una empresa conoce y aplica programas de prevención, será más complicado que, a posteriori, surjan relaciones comerciales defectuosas.

⁶⁹ Vid. Reglamento de Inteligencia Artificial https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Consultado en línea el 8 de junio de 2024

⁷⁰ Vid. C.R. MATAS, “El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público” en GIGAPP Estudios Working Papers, 5 (98-110), 401-421, 2018; en la página 401 comienza a plasmar la realidad de la técnica aplicada a la función pública.

⁷¹ Vid. CIRCULAR 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.htm consultada en línea el 8 de junio de 2024.

⁷² Vid. M. FOUREY GONZÁLEZ, “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión: análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía general del Estado” en Actualidad Jurídica, 60-75, 2016; en la página 60 introduce los fundamentos del compliance penal.

⁷³ Vid. D.M. SALDAÑA / I.M. LUCENILLA, “La protección del «whistleblower» y el «compliance» laboral” en Revista de información laboral, (12), 83-105, 2018; en la página 84 introduce el concepto de *whistleblower* en el marco del Derecho europeo y su protección. Sin entrar en su valoración, pone de relieve el ingenio que puede extenderse sobre las relaciones humanas; mucho más en un momento en que se generan cambios de gran calado a través de los *smart contracts* o la DLT. Si se generan mecanismos novedosos en materias ordinarias y ya asentadas, cabe adaptar nuestra realidad cuando suceden irrupciones extraordinarias.

72. A modo de ejemplo, si nos ceñimos al caso Minas de Potasse, observamos que, si de manera preventiva se hubiese gozado de la prevención y del cumplimiento normativo, seguramente el daño extracontractual para HandelsWekerij G.J. Bier BV hubiese sido inexistente o mucho menor. Se trata, por tanto, de adoptar mecanismos que conduzcan a ser más eficaces, pero al mismo tiempo eficientes. Es evidente que se reduciría la litigiosidad y se podrían emplear mayores recursos a casos más controvertidos. Si damos un paso más allá en nuestro análisis, este tipo de mitigación del riesgo podría aplicarse al estudio de políticas empresariales aplicadas a gestionar nuevas tecnologías. De la misma forma que existe el llamado *compliance* penal, pueden extenderse estas medidas hacia otros ámbitos: desde el Derecho Civil y Mercantil -a través del *Value Management* o el *Risk Management*- al Derecho Público -a través del denominado como *Public Compliance*⁷⁴-.

V. Conclusiones

73. Sobre la base de la construcción histórica del concepto de culpa in contrahendo, se ha observado un marcado carácter de concepto difuso. Esto es, consideramos que siempre ha sido una noción, la más general de responsabilidad precontractual, que se ha puesto en cuestión. No es hasta la adopción de las tesis del jurista Caspar Rudolf von Jhering cuando se va a extender un debate jurídico mucho más marcado. Tras ello, sobre la base de los proyectos codificados de los siglos XVIII y XIX -y en menor medida en el XX-, se va a mejorar la dualidad entre tesis contractualistas y no contractualistas.

74. La discusión entre tesis contractualistas -propuestas por Jhering; cuyos postulados recalcaron que la culpa in contrahendo es un concepto en sede de nulidad, anulabilidad o invalidez contractual, para reparar el daño- y no contractualista -esto es, que cabe una graduación del daño en sede precontractual que lo enlace como si de un contrato mismo se tratase; cuyo uno de sus exponentes fue Fagella-, va a estar presente incluso hasta nuestros días; incluso desprendiéndose del análisis ontológico de los propios Reglamentos de la UE.

75. Parece claro que del análisis de los Reglamentos que se aplican para solucionar los conflictos en la materia, en sede de competencia o Ley aplicable -cuyas raíces se asientan en una gran producción normativa a partir del Convenio de Bruselas de 1968, el Convenio de La Haya de 1971, el Convenio de Roma de 1980 o, ya en el siglo XXI, el Reglamento Bruselas I-, no se entiende que una mera ruptura de negociaciones genere la denominada culpa in contrahendo -aunque sí que puede provocar realidades en sede de satisfacción del llamado interés negativo-.

76. No termina aquí la discusión, pues en el tráfico se generan realidades que están a mitad de camino entre la culpa in contrahendo tradicional -existencia de un contrato, aunque éste sea nulo, anulable o inválido- y la ruptura simple de negociaciones. Así, existen convenios, pactos o acuerdos entre partes que generan expectativas que también podrían catalogarse como generadas en sede contractual. La clave va a estar en el nexo causal entre daño y culpa; y en su graduación. Por tanto, concluimos que parece clara la existencia de culpa in contrahendo marcada -vía contrato celebrado, aunque no surta efectos- y la culpa in contrahendo tácita -vía realidades negociadas con posterioridad a la presentación de un precontrato; véase antecontrato u oferta vinculante- que hay que reparar para preservar conceptos arraigados en nuestro Derecho como la buena fe y la diligencia debida.

77. Aun cuando los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II van a permitir la adopción de medidas en sede de competencia judicial en materia contractual o en sede de Ley aplicable en materia extra-

⁷⁴ Vid. E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales” en Política criminal, 13 (25), 104-143, 2018; en la página 105 establece el concepto de corrupción política y recalca la necesidad de establecer “sistemas” que se anticipen a lo que denomina como “crimen de cálculo”. Por analogía lo podríamos extrapolar a la prevención en la fase del “*iter contractus*”, eliminando posibles distorsiones que luego nos hagan asumir un coste mayor.

contractual -para resolver conflictos de Ley aplicable en sede contractual podríamos acudir a Roma I-, el desarrollo del concepto está indeterminado en el primero. Si aparece en el segundo, lo cual plantea dudas que cabría resolver. Si la culpa in contrahendo aparece en sede contractual, ésta se conoce -y eventualmente podría repararse en el ámbito del interés positivo-, por medio del artículo 7.1 del RBIBis; si la misma es extracontractual -de manera eventual reparada en sede de interés negativo- ésta se conoce con base en el artículo 7.2 del mismo Reglamento, en materia delictual o cuasidelictual.

78. Se han abordado conceptos relacionados con la teoría de la ubicuidad, en sede de conflicto interterritorial con componente internacional, lo cual ha sido resuelto, ya no por el Derecho positivo en particular, sino por la conjunción de lo dispuesto en los Reglamentos pero en conjunción con la jurisprudencia del TJCE -en su momento- y ahora del TJUE como sucesor. Así, se ha observado una mayor claridad de situaciones del tráfico que se producen en sede de culpa in contrahendo

79. La generación del daño, si existe contrato, evidentemente va a sede contractual; pero aun así también han surgido dudas -véase el caso Minas de Potasse, que nutre la jurisprudencia sobre la materia- en relación con el concepto de lugar en que se genera el daño o el lugar en que éste produce efectos. De la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 surge una realidad extensible a los mecanismos de nuestro Derecho positivo vigente. Es positivo que se entienda que cabe la posibilidad de competencia tanto en el lugar en que se genera el daño como en el que éste produce efectos.

80. Analizadas con detalle la legislación vigente y sus raíces, la doctrina y la jurisprudencia, hemos abordado una revisión de las posibles implicaciones que el concepto culpa in contrahendo puede encontrar fruto del nuevo cambio tecnológico. Así, se ha analizado el Derecho positivo en relación a realidades como la protección de datos o la inteligencia artificial. Esto es así debido a la gran cantidad de mecanismos tecnológicos que, si no se emplean de manera correcta, pueden generar responsabilidad contractual o extracontractual.

81. Se han propuesto dos hipótesis, la de la insuficiencia de los remedios que ofrece nuestro Derecho positivo en relación con la nueva revolución tecnológica -y con base en la ruptura de la diligencia debida en el “iter contractus”-; y la de suficiencia de las mismas. Creemos que, dada la complejidad de las relaciones humanas y de la gran cantidad de intercambios que se generan en el tráfico jurídico, cabe una hipótesis intermedia; esto es, los mecanismos cumplen con las realidades actuales -véase Reglamento sobre Inteligencia Artificial. y, en algunos casos, por ejemplo en el sentido del *smart contract* o el comercio electrónico, se podrían aplicar a las nuevas realidades; pero urge adaptarse a otras tendencias que surgen casi cada día.

82. Por último, se ha propuesto una medida preventiva -el compliance-. No es tarea sencilla, dada la asimetría existente en cuanto a desarrollo económico y social -o la composición de los tejidos productivos-; empero, cabe desarrollar dichas medidas con el propósito de reducir distorsiones a futuro: menos litigiosidad, menores daños y mejor responsabilidad social en los intercambios. Ejemplo de ello podría ser -de nuevo- el analizado caso Minas de Potasse. De haber existido un compliance desarrollado, un mejor cumplimiento de la normativa, se hubiese eliminado, o acaso reducido, el daño experimentado por otras empresas. En suma, cabe desarrollar mecanismos y relaciones, no sólo eficaces, sino también eficientes. Cabe la posibilidad, bajo esas premisas, de la eliminación o mitigación de culpa en el camino de formación del contrato; esto es, cabe la posibilidad de mayor diligencia.

Nuevas reglas de la UE relativas al desistimiento del consumidor en los contratos a distancia sobre servicios financieros y a través de interfaces en línea

New EU rules relating to the consumer withdrawal in distance contracts on financial services and through online interfaces

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

Recibido: 11.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9342

Resumen: La Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, ha sido elaborada con la doble finalidad de hacer frente a los múltiples desafíos derivados de la digitalización de los mercados financieros y de simplificar la normativa europea de consumo. Su promulgación ha supuesto la derogación de la normativa precedente sobre la materia (la Directiva 2002/65/CE) y la incorporación a la Directiva 2011/83/UE (sobre los derechos de los consumidores) de nuevas normas destinadas a regular, por un lado, las especialidades de los contratos de consumo sobre servicios financieros celebrados a distancia y, por otro, el derecho de desistimiento en cualesquiera contratos concluidos a través de interfaces en línea, versen o no sobre servicios financieros. Este trabajo ofrece las claves del nuevo régimen jurídico del derecho de desistimiento del consumidor tal como resulta de esta nueva Directiva de armonización máxima.

Palabras clave: derecho de desistimiento, contratación a distancia, servicios financieros, interfaces en línea, consumidor, Directiva (UE) 2023/2673, Directiva 2011/83/UE.

Abstract: Directive (EU) 2023/2673 of the European Parliament and of the Council, of 22 November 2023, has been drafted with the dual purpose of addressing the many challenges arising from the digitisation of financial markets and simplifying European consumer law. Its publication has led to the repeal of the previous legislation on the subject (Directive 2002/65/EC) and the incorporation into Directive 2011/83/EU (on consumer rights) of new rules aimed at regulating, on the one hand, the special features of consumer contracts on financial services concluded at a distance and, on the other, the

*Este trabajo está dedicado al Profesor A.L. CALVO CARAVACA con motivo de su reciente jubilación. Su brillante trayectoria académica es internacionalmente reconocida a este maestro universitario a quien no puedo sino desear mucha salud para que siga disfrutando de la vida con los suyos y continúe aportando avance en el conocimiento a través de sus contribuciones doctrinales, siempre tan enriquecedoras para los iusprivatistas. Por otra parte, esta publicación se integra en los siguientes Proyectos de Investigación: 1º) Proyecto nacional “Modernización y mejora de la protección jurídica de los consumidores en un mercado en creciente digitalización” (Referencia: PID2020-117872RB-100; Investigadores Principales: L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ). 2º) Proyecto UCOLIDERA (del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba 2023) “La protección del consumidor ante los retos de la digitalización: aspectos contractuales y concurrenciales” (Investigador Principal: A. CASADO NAVARRO). 3º) Proyecto nacional “Reformas legislativas recientes y pendientes en materia de contratación y competencia empresarial: entre la digitalización y la sostenibilidad” (Referencia: PID-2023-149038OB-100; Investigadores Principales: L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ). 4º) Proyecto de Investigación UCOLIDERA (del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba 2024) “Normas, códigos informáticos y ODS: contratación y competencia empresarial ante los desafíos de la digitalización y la sostenibilidad” (Investigador Principal: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ).

right of withdrawal in any contracts concluded through online interfaces, whether or not they relate to financial services. This paper provides the key elements of the new legal regime of the consumer's right of withdrawal as it results from this new maximum harmonisation Directive.

Keywords: right of withdrawal, distance contracting, financial services, online interfaces, consumer, Directive (EU) 2023/2673, Directive 2011/83/EU.

Sumario: I. Consideraciones preliminares, propósito y plan. II. Presupuestos para poder ejercitar el derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros. 1. Primero: que el contrato sea celebrado a distancia. 2. Segundo: que el sujeto celebre el contrato (a distancia) en condición consumidora. A) El criterio de la ajenidad como eje de la noción jurídica de consumidor. B) Problemática del (mal llamado) consumidor mixto o (en terminología más correcta) consumidor en contratos con doble finalidad. C) La condición consumidora de las personas jurídicas y otros entes carentes de personalidad. D) La noción (amplia) de empresario relevante para esta normativa. 3. Tercero: que el contrato (a distancia y de consumo) verse sobre un servicio financiero. III. El derecho de desistimiento en el contexto de los diversos instrumentos de protección del consumidor incorporados por la Directiva 2023/2673. 1. Los distintos instrumentos de protección del consumidor en la Directiva 2023/2673: una primera aproximación. 2. En especial, los deberes de información precontractual del empresario. A) Finalidad. B) Principales extremos de su regulación en la Directiva 2023/2673. a) Los nuevos deberes de información precontractual impuestos por la Directiva 2023/2673. b) El deber de informar sobre el derecho de desistimiento c) Tiempo y forma del cumplimiento de los deberes de información precontractual. IV. Dualidad de regímenes jurídicos del desistimiento en la Directiva 2023/2673 y fundamento del reconocimiento al consumidor de este derecho. 1. Dualidad de regímenes jurídicos del desistimiento en la Directiva 2023/2673: presentación. 2. Fundamento del derecho de desistimiento reconocido al consumidor en esta normativa. V. El derecho de desistimiento en los contratos celebrados a través de interfaces en línea (versen o no sobre servicios financieros). 1. Consideraciones preliminares: noción de interfaz en línea y finalidad de esta regulación. 2. Función de desistimiento. 3. Función de confirmación. VI. Especialidades del derecho de desistimiento en los contratos a distancia sobre servicios financieros. 1. Plazo de ejercicio: duración y cómputo. A) Duración. B) Cómputo. C) Nuevas reglas ausentes en la Directiva 2002/65. a) Primera regla: ampliación del plazo para desistir a 12 meses y 14 días cuando no se entregan al consumidor las condiciones contractuales ni se le facilita la información precontractual. b) Segunda regla: el plazo para desistir queda abierto cuando no se informa al consumidor de su derecho de desistimiento. 2. Excepciones al derecho de desistimiento. 3. Consecuencias derivadas de su ejercicio. VII. Consideraciones finales acerca de las posibles opciones que se abren al legislador a la hora de incorporar la Directiva 2023/2673 al ordenamiento español.

“The future is stepping forward towards online mass consumption” (A.L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case Law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2020, vol. 12, n.º 1, pp. 86 y 96).

I. Consideraciones preliminares, propósito y plan

1. La Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, Directiva 2002/65 o simplemente Directiva de 2002)¹ fue la primera norma destinada a regular esta materia en el seno de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE)². Su relación con la norma armonizadora que disciplina los contratos celebrados a

¹ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE: DOCE n.º 271, de 9 de octubre de 2002.

² Acerca de los caracteres generales de esta Directiva y de su incorporación a España y otros Estados miembros, *ad ex.*: N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a servicios financieros*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 93 y ss.; R. MARIMÓN DURÁ, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 39 y ss.

distancia (la Directiva 97/7CE, de 20 de mayo de 1997³) pone claramente de manifiesto la voluntad del legislador europeo de dotar a la contratación a distancia de servicios financieros de un régimen especial, diferenciado del aplicable, en general, a los contratos celebrados de forma remota. Sobre las razones explicativas de esta opción de política legislativa, cabría invocar argumentos ligados a la complejidad y especificidad de los servicios financiero⁴. Aunque, al mismo tiempo, no puede obviarse la presión que el *lobby* financiero ha venido ejerciendo desde siempre sobre el legislador con vistas a recibir un tratamiento jurídico diferenciado⁵. En cualquier caso, al margen de cuáles sean las verdaderas causas que explican esta realidad, lo cierto es que los remedios principales de que se vale el legislador en la Directiva de 2002 para proteger al consumidor de los riesgos que puede padecer cuando contrata servicios financieros a distancia son los mismos que los que ya habían sido utilizados en 1997 para regular la contratación a distancia en general (aunque obviamente con ciertas adaptaciones y modificaciones de régimen jurídico). Me refiero, de un lado, a los *deberes de información* que han de cumplir los empresarios del sector (remedio *precontractual*) y, de otro, al *derecho de desistimiento* conferido al consumidor, al que la Directiva de 2002 denominó incorrectamente “derecho de rescisión” (remedio *postcontractual*).

2. En general, la Directiva 2002/65 se ha hecho acreedora de una valoración positiva por la doctrina iusprivatista. Ahora bien, como ocurre normalmente en el ámbito del Derecho, que suele ir a remolque de los cambios sociales y económicos, el inexorable paso del tiempo ha hecho que poco a poco sus normas se hayan quedado desfasadas. Razón por la cual el legislador europeo ha tomado la decisión de reformarlas para adaptarlas a las necesidades de los nuevos tiempos (“nuevos hechos, nuevo Derecho”, en afortunada expresión del profesor Garrigues). El resultado ha sido la Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, sobre contratos de servicios financieros celebrados a distancia (en adelante, Directiva 2023/2673 o, más económica y simplificada mente, Directiva de 2023), cuya denominación —como se verá— no se concilia del todo bien con su contenido, al no regular exclusivamente los contratos a distancia de consumo sobre servicios financieros, sino también el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos concluidos a través de interfaces en línea, con independencia de que versen o no sobre servicios financiero⁶.

3. La Directiva 2023/2673 deroga la normativa precedente sobre la materia, esto es, la Directiva 2002/65⁷. Al mismo tiempo, incorpora a la Directiva 2011/83 (relativa a los derechos de los

³ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia: DOCE n.º 144, de 4 de junio de 1997.

⁴ Como señalan, *ad ex.*, A. ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio minorista*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 193 y ss.; A. SÁNCHEZ GÓMEZ. “Contratos celebrados a distancia”, en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2009. El considerando (10) de la Exposición de Motivos de la Directiva 2023/2673 invoca estas razones. En lo que aquí interesa, este considerando dice lo siguiente: “Sin embargo, debido a la especial naturaleza de los servicios financieros destinados a los consumidores, en particular, debido a su complejidad, no es adecuado que todas las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sean aplicables a los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores celebrados a distancia. Añadiendo a la Directiva 2011/83/UE un capítulo específico con normas aplicables únicamente a los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores celebrados a distancia, se pueden garantizar la claridad y la seguridad jurídica necesarias”.

⁵ En la dirección que apunta, *ad ex.*, H. ANCOS FRANCO, “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los servicios financieros: una perspectiva de derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 10, 2001, pp. 630 y 644.

⁶ Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE: DOUE n.º 2673, de 28 de noviembre de 2023. Sobre los principales hitos del proceso de elaboración de esta Directiva: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas para los contratos de servicios financieros a distancia (y algo más)”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 7, 2024, pp. 7 y ss. (de la versión publicada en la base de datos de Aranzadi).

⁷ Artículo 2 Directiva 2023/2673: “Queda derogada la Directiva 2002/65/CE con efectos a partir del 19 de junio de 2026. Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la Directiva 2011/83/UE, modificada por la presente Directiva, y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo de la presente Directiva”

consumidores)⁸ un nuevo artículo, el 11 *bis*, y un nuevo Capítulo, el III *bis*⁹. El artículo 11 *bis* regula el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a través de interfaces en línea. El Capítulo III *bis*, por su parte, se ocupa de las especialidades de los contratos a distancia sobre servicios financieros. Como se desprende del proceso legislativo conducente a su aprobación, la finalidad principal que persigue el legislador con la aprobación de esta nueva Directiva consiste en *hacer frente a los múltiples desafíos derivados de la acusada digitalización de los mercados financieros*¹⁰. Un objetivo que, por razones obvias, estuvo ausente de la Directiva 2002/65, promulgada cuando el fenómeno digital, pese a haber ya empezado a dar la cara, no se manifestaba aún con la intensidad con que vendría a hacerlo posteriormente¹¹. No obstante, la reforma acometida por razones de digitalización no ha sido ambiciosa. Sobre todo, por haber quedado al margen de la acción legislativa cuestiones anudadas a fenómenos tan actuales como, por ejemplo, los *smart contracts*, la tecnología *blockchain* o la identidad digital¹². Al margen de esto último, la finalidad de la Directiva 2023/2673 consistente en hacer frente a los retos de la digitalización se pone claramente de manifiesto en las nuevas reglas que dedica al desistimiento. En especial, en las que regulan este derecho cuando los empresarios realizan sus ofertas (comerciales y negociales) a través de interfaces en línea (artículo 11 *bis* Directiva 2011/83), en los términos que posteriormente analizaré. Igualmente, esta finalidad está también presente en la atención que presta la Directiva de 2023 a los patrones oscuros (*dark patterns*), a fin de evitar que su empleo por los empresarios se traduzca en una distorsión de la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios. Más adelante volveré (aunque brevemente) sobre este asunto que aquí me limito a apuntar.

4. Junto a lo expuesto, tampoco es ajena a la Directiva 2023/2673 la finalidad de *simplificar el marco legislativo precedente en materia de consumo con vistas a evitar solapamientos y contradicciones*. Esto explica que dicho texto armonizador haya sido objeto de análisis por la Comisión Europea en el seno del programa REFIT (*Regulatory Fitness And Performance Programme*), dirigido a simplificar y reducir la “carga normativa” de la legislación en el ámbito de la UE. Además, prueba evidente de que la Directiva 2023/2673 persigue también este otro objetivo es su opción por derogar la Directiva de 2002 e integrar su régimen jurídico en el articulado de la Directiva 2011/83. De este modo, esta última Directiva va adquiriendo poco a poco un contenido más amplio que el que tuvo inicialmente, como corresponde a su condición de Directiva (general) de la UE reguladora de los derechos de los consumidores¹³.

⁸ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: DOUE n.º 304, de 22 de noviembre de 2011. Análisis con cierta amplitud este texto de armonización máxima en L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, 2012, pp. 77 y ss.

⁹ Artículo 1 Directiva 2023/2673 (intitulado “Modificación de la Directiva 2011/83/UE”), que empieza disponiendo lo siguiente: “La Directiva 2011/83/UE se modifica como sigue (...)”

¹⁰ La conexión de esta nueva norma armonizadora (de máximos) con la acusada y creciente digitalización de los mercados es puesta de relieve por el legislador europeo en el Considerando (6) de la Exposición de motivos de la Directiva (UE) 2023/2673. En él, se justifica expresamente la promulgación de esta nueva Directiva en que “[l]a digitalización ha contribuido a evoluciones del mercado que no se habían previsto en el momento de adoptarse la Directiva 2002/65/CE. De hecho, la rápida evolución tecnológica experimentada desde entonces ha producido cambios significativos en el mercado de los servicios financieros. Aunque en el ámbito de la Unión se han adoptado numerosos actos jurídicos sectoriales, los servicios financieros ofrecidos a los consumidores han evolucionado y se han diversificado de forma considerable. Han aparecido nuevos productos, particularmente en el mercado en línea, y su utilización sigue desarrollándose, a menudo de forma rápida e imprevista”.

¹¹ Entre nosotros, véanse monográficamente sobre la Directiva 2002/65: N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica de servicios financieros*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, *passim*; IDEM, *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores...*, *cit.*, *passim*; MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario...*, *cit.*, *passim*; y, más recientemente (y con especial referencia al derecho de desistimiento): J.J. NOVAL LAMAS, *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, *passim*.

¹² M. J., PEÑAS MOYANO, “La reforma del régimen sobre contratación a distancia de servicios financieros (y la identidad digital como parte del proceso)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 32, 2023, *passim*; P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, *cit.*, pp. 40 y 41.

¹³ Véanse los Considerandos (7), (8), (9) y (10) de la Directiva (UE) 2023/2673 y en la doctrina, entre otros, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673”, *La Ley UE*, n.º 120, 2023.

5. En lo que concierne a la articulación de la Directiva 2023/2673 con otras normas vigentes en materia de contratación de servicios financieros, su considerando (21) es bastante claro, al expresar que su régimen jurídico reviste *carácter supletorio* respecto de esas otras regulaciones. En concreto, se puede leer en dicho considerando que “[c]uando los actos de la Unión que regulan servicios financieros específicos prevean normas sobre la información precontractual, pero no establezcan normas sobre el derecho de desistimiento, deben aplicarse las disposiciones sobre el derecho de desistimiento establecidas en la presente Directiva”. Y menciona seguidamente, como ejemplo de esas normas, a la Directiva 2009/138/CE. Esta, aunque contiene disposiciones sobre los requisitos que ha de cumplir la información precontractual, sin embargo, en relación con los seguros distintos del de vida, no confiere “ningún derecho a que el consumidor disponga de un período de tiempo para reflexionar sobre las repercusiones del contrato firmado”. Razón por la cual se concluye en este considerando que en tal caso han de aplicarse las normas sobre información precontractual fijadas por la Directiva 2007/138/CE, junto con las reguladoras del desistimiento que se contienen en la Directiva 2023/2673.

6. Del considerando al que acabo de referirme, y de algunos otros que apuntan en la misma dirección¹⁴, no parece difícil colegir que la Directiva 2023/2673 opta por un *sistema de supletoriedad parcial*, en el sentido de que asume el papel de *complemento de la normativa específica en materia financiera que esté vigente en cada momento*¹⁵. De modo que, por ejemplo, en lo que se refiere al desistimiento, si una norma específica reconoce dicho derecho, ya sea con esta denominación o con otra diferente (resolución, rescisión, renuncia, etc.), se aplicará dicha norma, a no ser que en ella se disponga otra cosa, resultando así desplazado el régimen del desistimiento contractual previsto en la Directiva 2023/2673. Este aserto es expresado con nitidez por el considerando (18) de la Directiva 2023/2673. En él puede leerse lo que sigue: “Por lo que se refiere al derecho de desistimiento, si el acto de la Unión que regula servicios financieros específicos otorga a los consumidores un plazo para reflexionar sobre las repercusiones del contrato firmado, y con independencia de la denominación que reciba ese plazo en dicho acto de la Unión, solo deben aplicarse a esos servicios financieros específicos destinados al consumidor las disposiciones correspondientes de ese acto de la Unión, a menos que en dicho acto se disponga otra cosa”¹⁶. También el apdo. 6 del artículo 16 *ter* de la Directiva 2011/83 (*ex* Directiva 2023/2673) se pro-

R. PALÁ LAGUNA, “El régimen tuitivo del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros”, en J.A., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *De Iure Mercatus. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Ed. tirant lo blanc, Valencia, 2003, pp. 3 y 4; ÍDEM, “Inclusión del régimen de comercialización a distancia de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores”, disponible en https://ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Inclusion_regimen_Comercializacion_distancia.pdf

¹⁴ Caso, por ejemplo, del considerando (16), que contiene las siguientes afirmaciones: “Algunos servicios financieros destinados a los consumidores se rigen por actos específicos de la Unión que siguen siendo aplicables a esos servicios financieros. La presente Directiva no modifica actos sectoriales vigentes de la Unión. A fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar duplicidades y solapamientos, sería necesario dejar claro que, cuando otros actos de la Unión que regulen servicios financieros específicos contengan normas sobre información precontractual, derecho de desistimiento o explicaciones adecuadas, e independientemente del grado de desarrollo de esas normas, solo deben aplicarse a esos servicios financieros específicos destinados al consumidor las disposiciones correspondientes de ese otro acto de la Unión, a menos que en dichos actos se disponga otra cosa, en particular, la posibilidad expresa de que los Estados miembros excluyan la aplicación de esas normas específicas. En este contexto, siempre que un acto específico de la Unión establezca normas que ofrezcan a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar ese acto específico de la Unión y de aplicar en su lugar otro acto específico de la Unión, como sucede en el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (7), deben prevalecer las normas de ese acto específico de la Unión y la presente Directiva no debe aplicarse. Del mismo modo, en los casos en que el acto específico de la Unión establezca normas relativas a disposiciones sobre alternativas adecuadas para garantizar que los consumidores reciban información en tiempo oportuno en la fase precontractual, como sucede en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2014/17/UE, deben prevalecer las normas establecidas en dicho acto específico de la Unión y la presente Directiva no debe aplicarse”

¹⁵ M. CRUZ GONZÁLEZ, “Directiva (UE) 2023/2673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE: Modernizando la protección del consumidor en la contratación de servicios financieros a distancia”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 12(1), disponible [en línea] en la dirección <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/32043>

¹⁶ Y añade: “Por ejemplo, cuando sea aplicable el artículo 186 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se deben aplicar las normas relativas al «plazo de renuncia» establecidas en la Directiva 2009/138/CE, y no las normas sobre el derecho de desistimiento establecidas en la presente Directiva, y cuando sea aplicable el artículo 14, apartado 6, de la

nuncia en el mismo sentido: “Cuando otro acto de la Unión que regule servicios financieros específicos contenga normas sobre el derecho de desistimiento, solo serán aplicables a esos servicios financieros específicos aquellas normas sobre el derecho de desistimiento que establezca ese acto de la Unión, a menos que en dicho acto de la Unión se disponga otra cosa. Cuando ese otro acto de la Unión conceda a los Estados miembros el derecho a elegir entre el derecho de desistimiento y otra alternativa, como, por ejemplo, un período de reflexión, solo serán aplicables a esos servicios financieros específicos las normas correspondientes de ese acto de la Unión, a menos que en ese otro acto de la Unión se disponga otra cosa”. Se comprende así perfectamente la afirmación doctrinal según la cual la aproximación legal a la tutela del consumidor de servicios financieros reviste *carácter sectorial*, en la medida en que la normativa transversal en materia de consumo (y dentro de ella, en lo que aquí interesa, la relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros) solo se aplica a aquellas materias no reguladas por la legislación específica¹⁷.

7. A resultas de lo hasta aquí expuesto, es claro que el derecho de desistimiento en la contratación de cualquier servicio financiero no se rige por la normativa general aplicable a la contratación a distancia, sino por una normativa sectorial. A estos efectos, por *normativa sectorial* ha de entenderse tanto la Directiva 2023/2673 (*rectius*, las disposiciones que esta Directiva incorpora a la Directiva 2011/83) como otras normas específicas con relación a las cuales la referida Directiva funciona como norma parcialmente supletoria en el sentido expuesto. Entre esas normas específicas, cabe mencionar, por ejemplo, en el ámbito del contrato de seguro —de indudable carácter financiero—, la Directiva 2009/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (conocida como Solvencia II)¹⁸. En concreto, dentro de la parte dispositiva de esta norma de armonización, especial interés reviste su artículo 186. Bajo la rúbrica “plazo de renuncia”, el apdo. 1 de este precepto dispone que “[l]os Estados miembros establecerán que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo que oscilará entre 14 y 30 días, a partir del momento en que se informe al tomador de que se ha celebrado el contrato, para renunciar al contrato”¹⁹. Por otra parte, también reviste la consideración de norma específica respecto de la Directiva 2023/2673, entre otras, el Reglamento de criptoactivos de 2023²⁰. En él se reconoce y regula un derecho de desistimiento en su artículo 13, de posible ejercicio en un plazo de 14 días por los titulares minoristas que adquieran criptoactivos directamente del oferente o de un proveedor de servicios de criptoactivos que los coloque por cuenta del oferente. De modo que será este derecho de desvinculación contractual, y no el regulado en la Directiva 2023/2673, el que se aplique en materia de criptoactivos (principio de especialidad). Por si hubiera alguna duda al respecto, el considerando (37) del referido Reglamento la disipa, al indicar que “cuando el titular minorista tenga un derecho de desistimiento en aplicación del presente Reglamento *no debe aplicarse el derecho de desistimiento previsto en la Directiva 2002/65/CE*”²¹. Como es natural, la referencia aquí realizada a la Directiva 2002/65 ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Directiva 2023/2673²².

8. Efectuadas estas consideraciones preliminares, es el momento de explicar tanto el *propósito aquí perseguido* como el *plan diseñado para ejecutarlo*. En cuanto a lo primero, el título dado a este trabajo es bastante clarificador de su objetivo. Se trata de analizar las nuevas reglas sobre el derecho

Directiva 2014/17/UE, se deben aplicar las normas relativas a la posibilidad de elección entre el derecho de desistimiento y el período de reflexión que establece la Directiva 2014/17/UE, y no las normas sobre el derecho de desistimiento establecidas en la presente Directiva”.

¹⁷ R. PALÁ LAGUNA, “El régimen tuitivo del consumidor...”, *cit.*, p. 2.

¹⁸ A la que se refiere expresamente el considerando (18) de la Directiva 2023/2673

¹⁹ Y añade seguidamente que “[l]a notificación del tomador de que renuncia al contrato liberará a este en lo sucesivo de toda obligación derivada de dicho contrato”.

²⁰ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937: DOUE n.º 150, de 9 de junio de 2023.

²¹ Cursiva propia.

²² Sobre el tratamiento dado a los criptoactivos en la Propuesta de Directiva 2023/2673: R. PALÁ LAGUNA, “El régimen tuitivo del consumidor...”, *cit.*, pp. 13 y ss.

de desistimiento del consumidor derivadas de la Directiva 2023/2673, tanto las relativas a los contratos celebrados a través de interfaces en línea, versen o no sobre servicios financieros, como las aplicables específicamente a los contratos a distancia sobre servicios financieros. Para la consecución de este objetivo, conviene prestar atención, *prima facie*, a los presupuestos necesarios para que resulte aplicable la normativa sobre contratación a distancia de servicios financieros y pueda ejercitarse el derecho de desistimiento que en ella se regula; a saber: 1º) que estemos ante un contrato celebrado a distancia; 2º) que el contrato verse sobre un servicio financiero; 3º) y, por último, que el sujeto que celebra el contrato (a distancia y sobre un servicio financiero) actúe en condición consumidora [*infra*, II]. Una vez abordados estos presupuestos, es el momento de estudiar el derecho de desistimiento en el contexto de los diversos instrumentos de protección del consumidor incorporados por la Directiva 2023/2673, con especial atención a los deberes de información precontractual que impone a los empresarios [*infra*, III]. Seguidamente, tras presentar la dualidad de regímenes jurídicos del desistimiento en la Directiva 2023/2673 y explicar el fundamento de dicho derecho [*infra*, IV] se analizan dos cuestiones relevantes. Por un lado, el desistimiento del consumidor cuando contrata a través de interfaces en línea [*infra*, V]. Por otro, las principales especialidades de ese mismo derecho cuando el contrato celebrado a distancia tiene por objeto un servicio financiero [*infra*, VI]. Finalmente, se exponen algunas reflexiones personales acerca de las distintas vías que se abren al legislador a la hora de incorporar la Directiva 2023/2673 al ordenamiento jurídico español [*infra*, VII].

II. Presupuestos para poder ejercitar el derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros

9. Como acabo de indicar, son tres los presupuestos que han de concurrir de forma acumulativa para poder ejercitar el derecho de desistimiento regulado por la Directiva 2023/2673 en el ámbito de los servicios financieros. El primero consiste en que estemos ante un contrato celebrado a distancia [*infra*, 1]. El segundo estriba en que en dicho contrato (a distancia) participe un sujeto que actúe en condición consumidora o, si se prefiere, que el contrato (a distancia) merezca categorizarse como de consumo (contrato B2C) [*infra*, 2]. El tercero y último exige que el contrato (de consumo y a distancia) tenga por objeto un servicio de carácter financiero [*infra*, 3].

1. Primero: que el contrato sea celebrado a distancia

10. La definición de contrato a distancia se encuentra en la Directiva 2011/83 y en el Texto Refundido de Consumidores (en lo sucesivo, TRLGDCU)²³, que en esta materia fue ampliamente reformado en 2014 por exigencias de la antecitada Directiva²⁴. Según ambos textos normativos, los contratos a distancia son definidos como contratos de consumo (los llamados negocios B2C) en los que concurren de forma acumulativa las dos exigencias que seguidamente explico²⁵.

²³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007.

²⁴ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: BOE n.º 76, de 28 de marzo de 2014. Sobre la regulación de la contratación a distancia previa a las modificaciones incorporadas al TRLGDCU por la referida Ley 3/2014 puede verse, entre otros, mi trabajo: L.M. MIRANDA SERRANO, “Contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Ed. Iustel, Madrid, 2011 pp. 1443 y ss., con cita de abundante doctrina sobre la materia.

²⁵ Recientemente he abordado la caracterización de los contratos a distancia (*ex* TRLGDCU) en L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley Mercantil*, n.º 76, enero de 2021, pp. 5 y 6; ÍDEM, “La Directiva 2011/83/UE...”, *cit.*, pp. 85 y ss. También el artículo 4.3 LCDSF de 2007 (en la dirección de lo establecido al respecto por la Directiva de 2002 de la que trae causa) formula una caracterización del contrato a distancia, entendiéndose por tal aquel que “para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a

11. La primera exigencia consiste en la utilización por el empresario o profesional de un *sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia* que le permita celebrar este tipo de contratos con toda su clientela. Y ello con independencia de que dicho sistema de contratación haya sido creado por él o se lo haya facilitado un tercero, normalmente —en este segundo caso— a cambio de un precio o contraprestación. Se explica así que no merezcan reputarse contratos a distancia, por no concurrir en ellos esta primera exigencia legal, los negocios que un empresario celebra a distancia con alguno de sus clientes *de forma ocasional y aislada*, al carecer de la estructura necesaria para contratar de este modo con la totalidad de su clientela. En relación con esta primera exigencia legal, interesa efectuar varias precisiones: 1^ª) En primer lugar, que el considerando (20) de la Exposición de motivos de la Directiva 2011/83 aclara, en el sentido que acabo de indicar, que “el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por éste, como una plataforma en línea”. 2^ª) En segundo lugar, que a la exigencia del contrato a distancia que aquí expongo se refiere con claridad la Directiva 2023/2673 en su considerando (25), al afirmar que “las normas relativas a los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores celebrados a distancia no deben aplicarse a los servicios prestados de forma estrictamente ocasional y fuera de una estructura comercial dedicada a la celebración de contratos a distancia”. 3^ª) En tercer y último lugar, ha de tenerse en cuenta que, dada la finalidad protectora del consumidor inherente a las normas reguladoras de la contratación a distancia, el requisito de que el contrato concluido forme parte de un sistema organizado de contratación a distancia *no debe ser objeto de interpretación restrictiva*. Antes bien, habrá de considerarse cumplido cuando se acredite que el empresario cuenta con una cierta estructura, por mínima que sea, que le permita contratar a distancia de modo habitual con sus potenciales clientes. Y ello tanto si dicha estructura es la única que posee como si no²⁶.

12. La segunda exigencia estriba en la celebración del negocio *sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor o usuario, mediante la utilización exclusiva de una o más técnicas de comunicación a distancia de cualquier naturaleza* hasta el momento de la celebración del contrato y en su

distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares”.

²⁶ *Ibidem*. Esta primera exigencia parecía que iba a desaparecer de la legislación comunitaria de consumo al iniciarse el proceso de elaboración de la Directiva 2011/83. Así se infería de la Propuesta de Directiva de 2008 que, sobre la base de entender que el hecho de que el empresario celebre el contrato a distancia de forma ocasional no es razón suficiente para privar de protección al consumidor, optaba por definir ampliamente el contrato a distancia como “todo contrato de venta o de servicios en el que el comerciante, para la celebración del contrato, hace uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia” (artículo 2). Todo apunta a que con esta nueva definición de contrato a distancia los redactores de la Propuesta de Directiva pretendieron acabar con las dudas sobre la inclusión o no en la Directiva 97/7 de los contratos en los que el empresario contratante no organiza su propio sistema de contratación a distancia, sino que recurre a sistemas organizados por terceros. A juicio de las instancias comunitarias que elaboraron la Propuesta de Directiva de 2008, parecía claro que tales supuestos habían de quedar incluidos en las normas reguladoras de la contratación a distancia, para lo cual consideraron conveniente suprimir la exigencia legal de la inserción del contrato dentro de un sistema de contratación “organizado por el proveedor”. El texto transaccional del Consejo de 2010 siguió la misma dirección. Por un lado, omitió toda referencia a la necesidad de contar con un sistema de contratación en la noción que ofreció de contrato a distancia, definiéndolo como “todo contrato de venta o de servicios celebrado sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, por medio del uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento” (artículo 2.6). Por otro lado, precisó en su Exposición de Motivos que “el hecho de que el comerciante sólo practique la venta a distancia de forma ocasional o que utilice un sistema organizado gestionado por un tercero, como una plataforma en línea, no debe privar a los consumidores de protección” [considerando (12) *in fine*]. Sin embargo, no fue ese el camino seguido por la Directiva 2011/83. En ella, pervive la exigencia legal de que el contrato se inserte en un sistema de contratación. Ahora bien, a diferencia de la Directiva 97/7, en la que se hablaba de “sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia *organizado por el proveedor*” (cursiva propia), la Directiva 2011/83 alude sin más a un “sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”. A lo que hay que añadir —como señalo en el texto— las precisiones que realiza al respecto el considerando (20) de su Exposición de Motivos. No hay duda, por tanto, de que entran dentro de la noción de contrato a distancia *ex* Directiva 2011/83/UE los negocios insertos en sistemas de contratación a distancia no organizados por los propios empresarios contratantes, sino por terceros que les prestan su colaboración. En cambio, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 2008 y del texto transaccional de 2010, quedan fuera de esta normativa los contratos a distancia ocasionales, concluidos por empresarios al margen de sistemas (propios o ajenos) de contratación a distancia (aun cuando la Directiva faculta a los legisladores nacionales a someterlos a esta normativa si lo consideran oportuno). De todo esto se doy cuenta, con mayores detalles, en L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE...”, *cit.*, pp. 86 y ss.

propia celebración. De modo que la *ausencia de presencia física* ha de concurrir tanto en la fase previa a la conclusión del negocio, como en el momento mismo de su celebración. La fase de ejecución contractual queda, sin embargo, al margen de esta exigencia. El hecho de que la ejecución de un contrato no sea a distancia no lo excluye de la normativa que analizamos cuando fue negociado y concluido a través de técnicas de comunicación a distancia y, por ende, sin presencia física simultánea de los sujetos contratantes. Se comprende así que haya de negarse la consideración de contrato a distancia a los contratos negociados en los establecimientos mercantiles que terminan celebrándose a través de medios de comunicación a distancia. Y lo mismo cabe afirmar, aunque en sentido inverso, de los contratos que se inician a través de medios de comunicación a distancia, pero acaban concluyéndose en los establecimientos mercantiles de los empresarios con presencia física simultánea de ambas partes contratantes. En cuanto a las posibles técnicas de comunicación a distancia a utilizar, el TRLGDCU relaciona, sin pretensión de exhaustividad, las siguientes: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax (artículo 92.1, párrafo 2º). Con esta enumeración, que trae causa de la Directiva 2011/83, se puso punto final a la cuestión de si Internet podía o no ser considerado un medio de comunicación a distancia, que alguna de nuestra doctrina privatista había contestado negativamente sobre la base de entender que la contratación a través de la red (en establecimientos comerciales virtuales) había de equipararse a la contratación presencial²⁷. Personalmente nunca llegó a convencerme esta interpretación²⁸. Parece evidente que tampoco al legislador (europeo y español) que, con buen criterio, ha conferido a Internet la condición de técnica de comunicación a distancia. En rigor, quien primero se pronunció en esta dirección fue el legislador comunitario. Así lo corrobora la Directiva 2011/83/UE, que menciona expresamente en su Exposición de Motivos la venta por Internet como modalidad singular de contrato a distancia (junto con la venta por correo, teléfono y fax)²⁹. Idéntica conclusión se desprende, además, de los preceptos de esta Directiva reguladores de los contratos a distancia, que fijan la información que necesariamente ha de constar en los sitios o páginas *web* de los comerciantes³⁰. Más tarde, siguiendo al legislador europeo, actuó en el mismo sentido el español, como lo pone de manifiesto el artículo 92.1, párrafo 2º, TRLGDCU en los términos más arriba expuestos³¹.

²⁷ En este sentido se manifestaron, entre otros, M.A. PENDÓN MELÉNDEZ, “Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”, *Derecho de los Negocios*, n.º 209, 2008, p. 15 y ss.; y M. PEGUERA POCH, “En el menú ‘opciones’, elija deshacer: el derecho a desistir del contrato electrónico”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 89 y ss. No obstante, el primer autor citado se pronuncia de forma menos categórica sobre esta cuestión en *La perfección del contrato en Derecho privado*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 208 y ss., donde advierte que la Propuesta de Directiva de 2008 colmó la laguna del Anexo I de la Directiva 97/7 sobre contratación a distancia, mencionando expresamente a Internet entre las técnicas de comunicación de que pueden servirse los sujetos para celebrar contratos a distancia [en concreto, el referido Anexo I Directiva 97/7 contenía la siguiente relación de técnicas de comunicación a distancia: impreso sin destinatario; impreso con destinatario; carta normalizada; publicidad en prensa con cupón de pedido; catálogo; teléfono con intervención humana; teléfono sin intervención humana (llamadas automáticas, audiotexto); radio; visiófono (teléfono con imagen); videotexto (microordenador, pantalla de televisión) con teclado o pantalla táctil; correo electrónico; fax (telecopia); y televisión (compras y ventas a distancia)].

²⁸ Así lo puse de manifiesto, entre otros lugares, en L.M. MIRANDA SERRANO, “Contratos celebrados a distancia”, *cit.*, pp. 1484 y 1485, adhiriéndome a la opinión de cierta doctrina que ya venía manifestándose en esta misma dirección: A. ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación...*, *cit.*, pp. 44 y 168; A. SÁNCHEZ GÓMEZ, “Contratos celebrados a distancia”, *cit.*, p. 1119; J.A. DIEZ BALLESTEROS, “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 85, 2008, pp. 62 y ss.; A. PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 59 y ss.

²⁹ Véase, en concreto, el Considerando (20) Directiva 2011/83.

³⁰ En particular, véase el artículo 8.3 Directiva 2011/83.

³¹ Sobre si un contrato merece ser considerado o no a distancia, existe jurisprudencia tanto europea como nacional. Entre esta última, cabe citar la STS de 14 de abril de 2021 (STS 203/2021, Sala 1ª, Rec. 1927/2018, de 14 de abril de 2021, disponible en <https://vlex.es/vid/865043863>). En concreto, en esta resolución el TS analiza un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual, un consumidor había contratado con una empresa la sustitución del sistema de calefacción preexistente en su domicilio mediante la instalación de un sistema de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor (prestación mixta). La comunicación entre las partes se realizó por correo electrónico, contratándose con la empresa a través de su página web, donde aparecían recogidas las condiciones generales de la contratación que aplicaba a sus contratos, y sin reconocer a los consumidores el derecho de desistimiento. El TS resolvió que, si el contrato que ligaba a las partes contratantes se celebró sin su presencia física y simultánea, en el marco de un sistema de prestación de servicios organizado por la demandada, mediante una comunicación vía internet (correo electrónico y utilización de formularios alojados en la página web del empresario), había de con-

2. Segundo: que el sujeto celebre el contrato (a distancia) en condición consumidora

13. La Directiva 2023/2673 (al igual que la precedente de 2002) es muy clara al disponer que el sujeto al que confiere protección ha de ser un consumidor o usuario cuando contrata a distancia un servicio financiero³². De modo que resulta clave para comprender bien el ámbito de aplicación personal o subjetivo de esta normativa y, en suma, para conocer quiénes están legitimados activamente para ejercitar el derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros, la determinación de lo que ha de entenderse por consumidor o usuario a estos efectos. Para lograr este cometido, partiré de una aproximación a la noción de consumidor vigente en nuestro ordenamiento, que se construye (al igual que en el Derecho de la UE del que trae causa) sobre la base del *criterio de la ajenidad* [infra, 2.1]. Seguidamente, me ocuparé de una doble problemática. Por un lado, de la relativa al (mal llamado) *consumidor mixto* o (en terminología más correcta) *consumidor en contratos con doble finalidad* [infra, 2.2.]. Por otro lado, de la referente a la atribución de condición consumidora a las *personas jurídicas y a otros entes carentes de personalidad* [infra, 2.3]. Por último, realizaré unas breves consideraciones sobre la *noción de empresario* (contraparte del consumidor) a los efectos del Derecho protector de los consumidores y usuarios [infra, 2.4].

A) El criterio de la ajenidad como eje de la noción jurídica de consumidor

14. En lo que atañe a cuándo un sujeto actúa como consumidor, el legislador español, siguiendo los pasos del europeo, adopta el llamado *criterio de la ajenidad*, al disponer que es consumidor (*rectius*, actúa como consumidor o en condición consumidora) el sujeto que celebra un contrato al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional. En concreto, de actuar “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” habla expresamente el artículo 3 TRLGDCU al definir jurídicamente al consumidor o usuario en nuestro Derecho. Con ello el legislador español sigue

cluirse que se trataba de un contrato encuadrable dentro de la categoría (legal) de los contratos celebrados a distancia. Entre la jurisprudencia comunitaria, ha de citarse la STJUE recaída en el Asunto C-249/21 (STJUE -Sala 8ª- de 7 de abril de 2022, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-249/21>) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TS de lo Civil y Penal de Alemania. El litigio gira en torno a un consumidor que, en julio de 2018, accede por internet a la página web del Hotel *Goldener Anker* con la intención de ver habitaciones de dicho establecimiento hotelero. El consumidor hizo clic sobre la imagen correspondiente a este hotel, lo que dio lugar a la visualización de las habitaciones disponibles y de información adicional relativa, entre otras cosas, a las instalaciones y los precios ofrecidos para el período seleccionado. El consumidor decidió reservar y, tras haber hecho clic en el botón “Reservo”, introdujo sus datos personales y los nombres de sus acompañantes, antes de hacer clic en un botón con la mención “Finalizar la reserva”. No obstante, el consumidor no se presentó en el hotel y la empresa, conforme a sus condiciones generales, le facturó unos gastos de cancelación por importe de 2.240 euros, fijándole un plazo de cinco días hábiles para saldar el importe de la cantidad adeudada, que el consumidor no llegó a abonar. A resultas de esta situación, el TS alemán planteó cuestión prejudicial ante el TJUE. En concreto, le preguntó si en un contrato celebrado a distancia la existencia en la página web del empresario de un botón que indica “finalización de reserva” se corresponde con la expresión “pedido con obligación de pago”. El TJUE recuerda que, según la Directiva 2011/83, cuando un contrato a distancia se celebra por medios electrónicos mediante un proceso de pedido y va acompañado de una obligación de pago para el consumidor, el comerciante debe, por un lado, proporcionar a ese consumidor, justo antes de que efectúe el pedido, la información esencial relativa al contrato y, por otro, informar expresamente a dicho consumidor de que, al efectuar el pedido, queda sujeto a una obligación de pago. De modo que será el tribunal nacional quien deba comprobar si, en alemán, en el lenguaje corriente para el consumidor medio, el término “reserva” está asociado necesaria y sistemáticamente al nacimiento de una obligación de pago. En caso negativo, le corresponderá declarar la ambigüedad de la expresión “finalizar la reserva”, de conformidad con la Directiva 2011/83/UE. Sobre esta jurisprudencia (y otras cuestiones analizadas por los órganos jurisdiccionales en torno al derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles): L. DIÉGUEZ AGUILERA, “Análisis jurisprudencial del derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 34, 2024, *passim*.

³² Es necesario aclarar que la noción de consumidor no coincide con la de cliente o usuario de servicios financieros que utilizan las normas de conducta del sector. Un empresario es también objeto de protección por la regulación financiera. Y es que, por ejemplo, un taxista o un agricultor no tienen por qué conocer las complejidades del mercado financiero. Así, entre otros: M. CUENA CASAS, “Supervisión de conducta y protección del usuario de servicios financieros en el nuevo entorno tecnológico. Propuestas de mejora”, *Diario La Ley*, n.º 9999, Sección Novedad Editorial, 28 de enero de 2022.

muy de cerca la noción de consumidor de la Directiva 2011/83 que en su artículo 2, número 1), lo define de forma casi idéntica³³.

15. Es verdad que cabría también definir al consumidor de manera distinta a como lo hacen el TRLGDCU y la Directiva 2011/82, aunque —en mi opinión— no menos correcta³⁴. Según esta otra definición, muy apegada a los términos empleados en su momento por el artículo 1 de la derogada Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (en lo sucesivo, LGDCU)³⁵, el consumidor puede concebirse como el sujeto que celebra el contrato *sin finalidad de integrar el bien adquirido o el servicio contratado en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional* y, por tanto —visto desde la otra orilla—, con el propósito de dar satisfacción a necesidades personales, privadas o domésticas (en suma, no empresariales ni profesionales)³⁶.

16. De todos modos, sea cual sea la noción que se acoja, el resultado es el mismo. Así, resulta claro, por ejemplo, que no podrá ejercitar el derecho de desistimiento, por no actuar en condición consumidora, el abogado que concierta electrónicamente un contrato de seguro para asegurar el inmueble en el que ejerce su profesión. Ni el empresario que concluye idéntica modalidad de contrato con la finalidad de asegurar las instalaciones en las que desarrolla su actividad fabril. Ambas actuaciones no merecen la consideración de actos de consumo, al no cumplirse en ellas el criterio de la ajenidad o, si se prefiere, al insertarse los servicios contratados en procesos de mercado de carácter profesional (caso del contrato celebrado por el abogado) o industrial (supuesto de negocio concluido por el empresario) y ser, por ende, ajenas a la satisfacción de necesidades privadas, personales o domésticas³⁷.

B) Problemática del (mal llamado) consumidor mixto o (en terminología más correcta) consumidor en contratos con doble finalidad

17. Menos claridad ofrecen aquellos supuestos (no infrecuentes en la práctica) en los que el contrato se concluye con una *doble finalidad*, en parte profesional y en parte privada o doméstica. Este sería el caso, por ejemplo, del médico que asegura la totalidad de su vivienda de 300 metros cuadrados, destinada no solo a constituir su residencia habitual, sino también al ejercicio de su actividad profesional. Estamos en estos casos ante el denominado *consumidor mixto*, terminología no demasiado acertada, en la medida en que se es o no consumidor (como se es soltero o casado), pero no cabe serlo a medias. De ahí que, en rigor, sea más correcto, desde un punto de vista terminológico, referirnos a estos supuestos como *contratos con doble finalidad*³⁸.

³³ “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) «consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” [artículo 2, 1), Directiva 2011/83].

³⁴ Así también, entre otros: J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, disponible en <https://vlex.es/vid/comercializacion-distancia-destinados-39060231> p. 17.

³⁵ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: BOE n.º 176, de 24 de julio de 1984.

³⁶ En la Exposición de Motivos del TRLGDCU se dice, entre otras cosas, lo que sigue: “El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”. Al respecto, véase el análisis del concepto de consumidor *ex* LGDCU de 1984 que realizo en L.M. MIRANDA SERRANO, “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, en M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ-NOVOA y R. JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXX, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 195 y ss.; también de interés, entre otros: S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º, 1, 2011, en especial, pp. 90 y ss.

³⁷ Recientemente, sobre el concepto de consumidor vigente en nuestro Derecho: S. CÁMARA LAPUENTE, “Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable”, en A. CAÑIZARES LAZO (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I, Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, pp. 103 y ss.

³⁸ Por todos: P.M., GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La condición de consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad: ¿Una cuestión ya resuelta tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de junio de 2023, en el asunto YYY, *Notion Con-*

18. En relación con estos contratos, tanto el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) como nuestro Tribunal Supremo (TS), tras algunos pronunciamientos favorables a aplicarles el *criterio del destino o fin marginal*³⁹, parecen decantarse finalmente por el *criterio del destino o fin preponderante*, con vistas a dilucidar si el sujeto que los celebra merece o no reputarse consumidor en sentido jurídico⁴⁰. Como se desprende de su nombre, con este último criterio se atiende a cuál es la finalidad principal, predominante o preponderante del contrato. Si la misma tiene carácter empresarial o profesional, el sujeto que celebra el negocio no podrá considerarse consumidor ni, por tanto, beneficiarse de la aplicación de la normativa de consumo. En cambio, en el caso inverso, esto es, cuando la finalidad preponderante o predominante del contrato es de carácter privado o doméstico o, si se prefiere, ajena a una actividad empresarial, comercial o profesional, estaremos ante un sujeto al que cabe atribuir condición consumidora⁴¹.

sommateur?, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 331, 2024, *passim*; también al respecto: M.J. MARÍN LÓPEZ, “La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22, 2017, *passim*; L. DIÉGUEZ AGUILERA, “Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba: a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales”, *Diario La Ley*, n.º 10116, Sección Tribuna, de 22 de Julio de 2022, *passim*.

³⁹ P. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La condición de consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad...”, *cit.*, *passim*; e ÍDEM, “Los contratos bancarios mixtos o con doble finalidad”, en K.J. ALBIEZ DOHRMANN, *Los contratos bancarios y su control* (título provisional), Atelier, Barcelona, 2025, *en prensa*. Según este criterio, el contratante con doble finalidad únicamente merece ser reputado consumidor si la utilización empresarial o profesional del bien o servicio contratado es marginal, esto es, mínima o insignificante. Este criterio ha recibido el respaldo de la STJUE de 20 de enero de 2005, asunto *Gruber* (C-464/01; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2005%3A32>), lo que explica que ciertos autores hayan reclamado expresamente la necesidad de que sea el aplicado por nuestros tribunales de justicia. Entre otros, se ha manifestado en esta dirección: M.J. MARÍN LÓPEZ, “La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad...”, *cit.*, p. 7 y ss., con cita doctrina cualificada que se ha pronunciado en este mismo sentido (como los Profesores R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y S. CÁMARA LAPUENTE).

⁴⁰ Así lo confirma la STJUE de 8 de junio de 2023, asunto *YYY, Notion Consommateur* (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CA0570>), en la que el Alto órgano jurisdiccional europeo descarta adoptar el criterio de la marginalidad de la finalidad empresarial, de marcado carácter restrictivo, en favor del criterio del destino o fin preponderante del contrato, de mayor amplitud. Por todos, sobre esta STJUE y, en general, sobre la evolución jurisprudencial seguida tanto en la UE como en España en lo que atañe a los contratos con doble finalidad: P. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La condición de consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad...”, *cit.*, *passim*, quien se muestra favorable al criterio del destino o fin preponderante; también, recientemente, a favor de este criterio: R. EVANGELIO LLORCA, “El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 20, febrero de 2024, p. 896

⁴¹ *Ibidem*. Por otra parte, interesa dejar constancia de que en el ámbito del Derecho internacional privado el TJUE también se ha pronunciado sobre los contratos con doble finalidad (aunque, como es natural, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento UE 1215/2012 y en el artículo 6 del Reglamento CE 593/2008). Al respecto, puede verse una evolución interesante entre lo sostenido por el Alto Tribunal europeo en el caso *Gruber* (STJUE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, *cit. supra*) y lo mantenido posteriormente en el caso *Schrems* (STJUE de 25 enero 2018, asunto C.498/16, *Schrems v. Facebook*; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0498>). En concreto, del primero de los asuntos mencionados (*Gruber*) cabe inferir dos ideas importantes: 1ª) La primera consiste en que cuando un contrato tiene una doble finalidad (privada y profesional), es posible diferenciar tres supuestos diversos: a) utilización profesional del bien adquirido o del servicio contratado de carácter leve, marginal o insignificante; b) utilización profesional del bien adquirido o del servicio contratado de carácter relevante o importante; y c) utilización profesional del bien adquirido o del servicio contratado de carácter predominante o no insignificante. 2ª) La segunda estriba en que, de conformidad con la que podría denominarse *doctrina Gruber*, únicamente en el primero de los supuestos mencionados (esto es, uso profesional del bien adquirido o del servicio contratado de carácter leve, marginal o insignificante) es posible sostener que el contrato es celebrado por una persona que actúa en condición consumidora (así, por todos: L.A. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 86 y ss.). Sin embargo, cabe advertir un cambio de tendencia del TJUE con ocasión del segundo de los asuntos anteriormente aludidos (caso *Schrems*) que, a diferencia del anterior, no versaba sobre un contrato de compraventa, de tracto único, sino sobre un contrato de prestación de servicios de redes sociales y, por ende, de larga duración. Como señala la mejor doctrina, en este otro caso el TJUE no se sujetó a la triple división anteriormente referida que distingue entre uso profesional insignificante, relevante y preponderante (L.A. CALVO CARAVACA, *op. ult. cit.*, p. 90). Antes bien, el TJUE parece admitir que, en lo que concierne a contratos con doble finalidad sobrevenida y de tracto sucesivo, el sujeto contratante puede seguir reputándose consumidor aunque, con posterioridad a la celebración del contrato, haya utilizado el bien adquirido o el servicio contratado para un uso profesional o comercial, siempre que dicho uso no haya sido preponderante o esencial (M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo. La vida después de *Schrems*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 2, p. 389). Posteriormente, el TJUE ha mantenido la ampliación del concepto de consumidor introducida en el caso *Schrems* para los contratos de larga duración que se concluyeron inicialmente con una finalidad puramente privada y que más tarde evolucionaron a una actividad de carácter profesional. Sin embargo, cuando se ha enfrentado a contratos de tracto único y dotados de una doble finalidad inicial pero no sobrevenida, el TJUE ha seguido aplicando la *doctrina Gruber* anteriormente refe-

19. En el supuesto ejemplificativo anteriormente expuesto (contrato por el que se asegura a todo riesgo un inmueble de 300 metros cuadrados), la contratación como consumidor se daría, en aplicación del criterio del destino o fin preponderante, si el espacio del inmueble destinado a la vivienda del asegurado fuese, por ejemplo, de 155 o 160 metros cuadrados (superior, en suma, al 50 % de la totalidad del espacio inmobiliario asegurado)⁴². Por el contrario, nos encontraríamos ante un caso de contratación como empresario, si un espacio idéntico del inmueble (155 o 160 metros cuadrados) fuese el destinado al ejercicio de la actividad profesional. Esta afirmación se explica porque, de conformidad con el criterio del destino o fin preponderante, se ha de entender que un sujeto actúa como consumidor si el fin personal o doméstico con el que celebra la operación predomina en más del 50 % sobre el fin empresarial o profesional⁴³. Obviamente, el resultado sería muy distinto de aplicarse el criterio más restrictivo del destino o fin marginal. Porque un destino personal o privado algo superior al 50%, como el del ejemplo expuesto, aunque merece el calificativo de principal, predominante o preponderante, en todo alguno puede reputarse marginal⁴⁴.

C) La condición consumidora de las personas jurídicas y otros entes carentes de personalidad

20. En realidad, la única diferencia entre las nociones de consumidor que ofrecen los legisladores español y europeo se refiere a que el primero de ellos, actuando dentro de los márgenes de compatibilidad que le ofrece el Derecho de la UE⁴⁵, incluye dentro de dicha noción no solo a las personas

rida (véase al respecto el estudio jurisprudencial que realiza M. A. CEBRIÁN SALVAT, *op. últ. cit.*, pp. 390 y ss.). De todos modos, es necesario diferenciar el análisis que hace el TJUE de este asunto a los efectos de las normas de Derecho internacional privado del relativo al Derecho material de consumo. Así lo resalta P.M., GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La condición de consumidor en los contratos mixtos...”, *cit.*, pp. 22 y ss., quien reproduce algunas de las ideas sobre este asunto emitidas por el Abogado General (en adelante: AG) en el caso *YYY, Notion Consommateur*. En concreto, ante la pregunta de si es posible aplicar por analogía al artículo 2.b) de la Directiva 93/13 la interpretación del concepto de consumidor basada en las normas de competencia judicial en materia de contratos celebrados con consumidores, tal como se estableció en la STJUE del caso *Gruber*, el AG G. PITRUZZELLA responde en sentido negativo. En su opinión, no lo es. Sobre todo, porque las disposiciones sobre competencia judicial tienen como propósito proteger al consumidor desde un enfoque procesal, estableciendo una excepción a la regla general que exige que los casos sean llevados ante los tribunales del Estado donde reside el demandado. Por consiguiente, no proporcionan una protección general a los consumidores, sino que identifican los casos de contratos de consumo que requieren una salvaguarda especial en virtud de las normas sobre competencia judicial; lo que no puede predicarse, sin embargo, de las disposiciones materiales protectoras de los consumidores y usuarios (apdo. 77 de las Conclusiones). También, en la misma dirección que P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, puede verse R. EVANGELIO LLORCA, “El concepto de consumidor...”, *cit.* p. 896, quien recoge las Conclusiones del AG CRUZ VILLALÓN en el caso *Costea* (STJUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C110/14, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=166821&doclang=ES>) donde puso de manifiesto que la aplicación restrictiva de la noción de consumidor en los contratos con doble finalidad que lleva a cabo el TJUE en relación con los reglamentos sobre competencia judicial no habría de ser “automáticamente trasladable por analogía al ámbito de las normas específicas destinadas a la protección de los consumidores” (apdo. 31 de las Conclusiones).

⁴² Sobre un supuesto muy similar, en relación con la SAP de Granada de 13 de junio de 2024 (núm. 323/2024), puede verse P. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “Los contratos bancarios mixtos...”, *cit. supra*.

⁴³ M.J. MARÍN LÓPEZ, “La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad...”, *cit.*, p. 205.

⁴⁴ En este sentido, se afirma (*ibidem*, p. 204) que “por ejemplo, si el uso personal es de un 70 % y el profesional de un 30 %, aunque el uso principal o predominante sea el personal, no puede calificarse de consumidor, pues el uso profesional no es mínimo o insignificante (al tratarse de un 30 %)” y a ello se añade: “¿Dónde se pone el límite? ¿A partir de qué porcentaje el uso profesional es marginal? ¿Un 10 %, un 5 %?”. Aunque la jurisprudencia que aplica este criterio no lo aclara, lo cierto es —se concluye— que “un uso marginal es, por definición, un uso muy escaso”. En la jurisprudencia menor, véase, *ad ex.*, en esta dirección, la SAP de Granada de 13 de junio de 2024 (núm. 323/2024).

⁴⁵ Este margen de compatibilidad se infiere, por un lado, de recientes Directivas europeas, que confieren libertad a los Estados miembros de la UE para extender la aplicación de sus normas a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de dichas disposiciones, tales como ONGs, empresas emergentes o pequeñas y medianas empresas [véase así, por ejemplo, el considerando (13) de la Directiva 2011/83, a propósito del cual hay quien ha sostenido que no ve inconveniente alguno en considerar consumidor a las PYMEs (así, en concreto: H. SOSA OLÁN, “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 11, n.º 2, p. 191), lo que, desde mi punto de vista, no es en modo alguno procedente; una cosa (entiendo yo) es que se considere que determinadas instituciones surgidas inicialmente para proteger a los consumidores y usuarios alcancen posteriormente también a pequeños empresarios, porque se llegue a la convicción de que existen razones para ello, y otra bien diferente que el concepto de consumidor se deforme de tal manera que incluya en su seno a sujetos que actúan empresarial o profesionalmente]. Por otro lado, el margen de compatibilidad al que aquí me refiero ha sido refrendado con claridad por el TJUE que, por ejemplo, ha sostenido, en relación con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusi-

físicas (que es la opción seguida por el legislador de la UE) sino también *a las jurídicas y a otros entes carentes de personalidad*. Ello siempre que resulten cumplidas las dos exigencias que formula el artículo 3 TRLGDCU. La primera de ellas requiere que su actuación se desarrolle al margen de una actividad empresarial, comercial o profesional (criterio de la ajenidad). La segunda exige que dicha actuación esté privada de ánimo de lucro (ausencia de *animus lucrandi*)⁴⁶.

21. En rigor, la última exigencia referida carece de sentido. Al no constituir el ánimo de lucro un requisito para que pueda atribuirse a un sujeto la condición de empresario, no se sostiene que, en la dirección contraria, su ausencia se configure legalmente como exigencia para que una persona jurídica o un ente carente de personalidad merezcan adquirir la condición de consumidor⁴⁷. Además, no ha de perderse de vista que el concepto de consumidor es único para las personas físicas y jurídicas, y que la ausencia de ánimo de lucro no constituye un requisito legal para la atribución de condición consumidora a las personas físicas⁴⁸.

22. La normativa reguladora de la contratación a distancia de servicios financieros es especialmente clara en relación con la última idea que acabo de expresar, al incluir los servicios de inversión, a los que necesariamente se anudan fines lucrativos, dentro del concepto de servicio financiero. Con ello el redactor de la Directiva 2002/65 puso punto final a un debate que se originó en nuestra comunidad jurídica a raíz de la aprobación y entrada en vigor de la LGDCU en 1984 y que llevó a un sector doctrinal a sostener (equivocadamente, a mi juicio⁴⁹) que el acto de inversión es opuesto al acto de consumo y, en consecuencia, que no merece ser considerado consumidor el sujeto que celebra un contrato con la finalidad de obtener un lucro o ganancia (por ejemplo, quien adquiere un local comercial u otro inmueble para arrendarlo)⁵⁰.

vas, que si bien una comunidad de propietarios de un edificio no puede considerarse consumidora a los efectos de la referida Directiva, ya que no cumple el requisito de ser persona física, nada impide que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan aplicar disposiciones derivadas de dicha Directiva a sujetos no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados (véase así la STJUE 2 abril 2020, C-329/19, *Condominio di Milano*, apdos. 29 y 37, disponible en la dirección electrónica <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0329>). En la doctrina, puede verse más información acerca de lo que aquí expongo en S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de consumidor...”, *cit.*, p. 98; R. EVANGELIO LLORCA, “El concepto de consumidor...”, *cit.*, pp. 877 y ss.; entre otros.

⁴⁶ En concreto, el artículo 3.1, párrafo 2º, TRLGDCU dispone: “Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

⁴⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, “Comentario al artículo 3”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 133; *ad ex.*, sigue a S. CÁMARA en este extremo: E. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Las personas jurídicas consumidoras. El caso de las cooperativas de consumidores y usuarios”, *Deusto Estudios Cooperativos*, n.º 11, 2018, p. 68.

⁴⁸ S. CÁMARA LAPUENTE (véase *supra*, nota precedente) expresa su crítica a la exigencia de la carencia de ánimo de lucro formulada por el artículo 3 TRLGDCU para que las personas jurídicas y entes sin personalidad merezcan la consideración de consumidores en los siguientes términos: “en primer lugar, porque la definición de consumidor es única para personas físicas y jurídicas y el ánimo de lucro no es un elemento previsto en relación con el consumidor persona física, ni en el Derecho español ni en el comunitario; en segundo lugar, porque no siendo necesario el ánimo de lucro para cualificar a un empresario o profesional, *a fortiori*, no habría de serlo para perfilar a un consumidor; y, en tercer lugar, porque despojando de elementos definitorios de la profesionalidad como la habitualidad o la organización, no se alcanza a ver por qué el ánimo de lucro como criterio en sí mismo habría de dejar desprotegidas a personas jurídicas (asociaciones) en auténticas relaciones de consumo conforme a los artículos 2 y 3 TRLGDCU (por ejemplo, una asociación de vecinos compra una motocicleta que resulta defectuosa para realizar un sorteo/subasta con claro ánimo de lucro en busca de beneficios para destinarlos a las próximas fiestas vecinales, mejoras en el barrio o ayuda a los vecinos más desfavorecidos)”.

⁴⁹ Aunque es cierto que con algún fundamento en la utilización del criterio del “destinatario final” por parte del legislador en la LGDCU de 1984 (así, entre otros, J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...”, *cit.*, p. 28).

⁵⁰ De este debate y de mi opinión favorable a admitir la no contradicción existente entre acto de inversión y acto de consumo doy cuenta en L.M. MIRANDA SERRANO, “La protección de los consumidores en la contratación...”, *cit.*, pp. 202 y 203; y previamente (y en parecidos términos) en *IDEM*, *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 95 y ss. Más recientemente se manifiesta de forma expresa a favor de esta solución, entre otros, M.J. ACHÓN BRUÑÉN, “Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión”, *Revista CEF Legal*, n.º 252, 2022, pp. 24 y ss.; junto con la doctrina que cito en la nota siguiente.

23. Además, la interpretación del concepto de consumidor que incluye en su seno al inversor cuenta con expreso refrendo jurisprudencial, toda vez que tanto el TJUE como el TS se han manifestado partidarios de entender que la carencia de ánimo de lucro no constituye una exigencia legal definitoria del consumidor persona física⁵¹. En esta dirección, cabe citar, entre otras, la reciente STJUE (sala 10ª), de 24 de octubre de 2024, recaída en el asunto C-347/23. En ella, el Alto órgano jurisdiccional europeo es claro al concluir que “una persona física que celebre un contrato de préstamo hipotecario con el fin de financiar la compra de un único bien inmueble residencial para arrendarlo a título oneroso estará comprendida en el concepto de «consumidor» (...) cuando actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Y a esto añade seguidamente que “[e]l mero hecho de que esa persona física pretenda obtener ingresos mediante la gestión de ese bien inmueble no puede, por sí solo, llevar a excluir a dicha persona del concepto de «consumidor» (...)”⁵².

24. No ofrece duda, por tanto, que quien adquiere un bien con fines de inversión merece ser considerado consumidor, siempre que el acto de adquisición no se inserte dentro de una serie orgánica de actuaciones que constituya la actividad profesional de quien las realiza. Por ejemplo, ha de atribuirse condición consumidora al sujeto que compra un inmueble (piso, casa, local comercial, etc.) no para su uso personal, privado o doméstico, sino para arrendarlo y obtener de ello una ganancia. A no ser, como es natural, que dicha adquisición se integre en la actividad habitual de quien la concluye, consistente en la celebración de contratos de compraventa y arrendamiento de inmuebles con finalidades de inversión⁵³.

25. A resultas de la irrelevancia del requisito de la ausencia de *animus lucrandi* en el sentido expuesto y de la esencialidad del criterio de la ajenidad, ha de concluirse que no pueden actuar en condición consumidora, por no poder considerarse que sus actuaciones son ajenas a una actividad empresarial o profesional, la totalidad de las sociedades mercantiles, las sociedades civiles destinadas al desarrollo de actividades empresariales, las sociedades cooperativas, las fundaciones que realizan una actividad empresarial y las asociaciones de empresarios o profesionales. En cambio, sí pueden actuar como consumidoras el resto de asociaciones. Y lo mismo puede decirse de las comunidades de bienes que no desempeñan actividades de carácter empresarial⁵⁴. Precisamente, en relación con estas últimas,

⁵¹ Así lo corroboran, entre otras, las SSTJUE de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (caso *Hamilton*; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0412>) y de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03 (caso *Schulte*; disponible en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-supranacional-n-c-350-03-tjue-25-10-2005-47539745>), así como las SSTS n.º 356/2018, de 13 de junio (disponible en <https://vlex.es/vid/729966613>) y n.º 16/2017, de 16 de enero (disponible en <https://vlex.es/vid/659026481>) [una breve nota relativa a esta última STS véase en M.J. MARÍN LÓPEZ, “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 20, 2017, p. 204 y ss.]. Sobre este asunto, se pronuncia de forma muy clara y rotunda TOMILLO URBINA cuando señala que “[l]a jurisprudencia europea y española establecen de forma terminante la prevalencia de la condición jurídica de consumidor incluso en aquellos casos en que el consumidor persona física actúe con ánimo de lucro, elemento intencional característico de las transacciones económicas profesionales que, sin embargo, no es suficiente para excluir per se la condición jurídica de consumidor con carácter general. Para mantener la prevalencia de esta condición es requisito imprescindible que no concurra la nota de habitualidad en el ejercicio de la operación (ejercicio regular), lo que reclamaría la aplicación del estatuto profesional” (“Prevalencia del principio de ajenidad en situaciones complejas”, disponible en <https://vlex.es/vid/prevalencia-principio-ajenidad-situaciones-883124528>, pp.23 y 24). Con anterioridad, también a favor de que el inversor puede considerarse consumidor, entre otros: A. ALONSO UREBA, “Inexactitudes u omisiones en el contenido del folleto informativo con motivo de una emisión/oferta de valores negociables”, en AA.V.V., *Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez*, t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 3088.

⁵² STJUE disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62023CJ0347>

⁵³ Razón por la cual no puedo aceptar como válida la noción de consumidor que ofrece algún autor, según la cual el consumidor en sentido jurídico puede definirse como “la persona física o jurídica que compra un bien o contrata un servicio destinándolos a un uso personal y *sin fines de lucro*” (así, expresamente: H. SOSA OLÁN, “El concepto de consumidor...”, *cit.*, p. 192; cursiva propia). Al margen de que el criterio del destino personal o doméstico, sin ser incorrecto, me parece menos rotundo y claro que el criterio de la ajenidad, lo que, desde mi punto de vista, es censurable de esta definición es exigir que para ser considerado consumidor el sujeto ha de actuar *sin fines de lucro*, dado que nada impide que un sujeto merezca reputarse consumidor cuando realiza un acto de inversión (al que necesariamente se anudan fines lucrativos)

⁵⁴ Al respecto, puede verse más información en L. DIÉGUEZ AGUILERA, “Acerca de la atribución de condición consumidora a las personas jurídicas y a otros entes carentes de personalidad”, *Revista Lex Mercatoria*, n.º 28, 2025 (en prensa), *passim*; E. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Las personas jurídicas consumidoras...”, *cit.*, p. 62 y ss.

todo parece apuntar a que la expresa referencia legal que efectúa el artículo 3 TRLGDCU a los entes carentes de personalidad jurídica obedece principalmente a la finalidad de no dejar fuera de protección a las comunidades de bienes, muy necesitadas de ella cuando contratan, entre otros, servicios de ascensores, mantenimiento o seguros⁵⁵.

26. Con la finalidad de comprender mejor la conclusión expuesta, interesa precisar que, a mi juicio, la negación de condición consumidora a las sociedades mercantiles obedece a que toda actividad desarrollada por alguna de las compañías relacionadas en el artículo 122 del Código de Comercio merece la consideración de empresarial⁵⁶. La razón no parece difícil de explicar. Una compañía mercantil no tiene vida fuera del comercio o la industria, a diferencia de un empresario individual en el que cabe diferenciar su faceta empresarial de la privada o personal. Por ello el artículo 1 del Código de Comercio exige a un sujeto para ser comerciante (*rectius*, empresario) individual que ejercite una actividad comercial (*rectius*, empresarial) de forma habitual. Sin embargo, ese mismo precepto se limita a disponer que, a sus efectos, son comerciantes (*rectius*, empresarios) sociales o colectivos “[I]as compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”. Esta forma de proceder del legislador decimonónico me parece totalmente lógica. A las sociedades mercantiles no es exigible el requisito de la habitualidad porque nacen, viven y mueren como comerciantes (*rectius*, empresarios)⁵⁷. Incluso cuando se trata de compañías constituidas sin ánimo de lucro que pasan el doble filtro notarial y registral y están, por tanto, regularmente constituidas, de las que la práctica societaria ofrece claros ejemplos⁵⁸.

27. Finalmente, interesa plantear una cuestión que podría suscitarse con ocasión de la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2023/2673. Se trata de determinar si, a los efectos de la normativa relativa a los contratos a distancia de servicios financieros, el concepto de consumidor relevante habría de abarcar tanto a las personas físicas como a las jurídicas (y entes sin personalidad) o, en cambio, debería limitarse exclusivamente a las primeras. La conveniencia de abordar este asunto se explica por el hecho de que la Directiva 2023/2673, al igual que la precedente de 2002, limita su ámbito de aplicación subjetivo a los consumidores personas físicas. Y por esa misma solución se decanta el legislador español en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en lo sucesivo, LCDSF)⁵⁹, resultado de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/65. En concreto, así resulta de su artículo 5 *in fine* que, a sus efectos, considera consumidores a “las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”⁶⁰. Por consiguiente, cabe preguntarse sobre la conveniencia o no de mantener esta misma opción de política legislativa a la hora de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2023/2673. A mi juicio, esta cuestión merece una respuesta negativa. Si la incorporación de la Directiva se hace mediante la derogación de la LCDSF y la adición de nuevos preceptos al TRLGDCU, que considero la

⁵⁵ E. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Las personas jurídicas consumidoras...”, *cit.*, p. 67.

⁵⁶ Véase, *ad ex.*, L.M. MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial. Funciones y disfunciones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, *passim*, donde expongo y argumento esta idea a propósito de explicar las diferencias entre el nombre de las personas jurídicas societarias (razón o denominación social) y el nombre de las personas físicas (nombre civil o patronímico). Recientemente sigue estos planteamientos, *ad ex.*: L. DIEGUEZ AGUILERA, “Acerca de la atribución de condición consumidora a las personas jurídicas...”, *cit.*; también: E. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Las personas jurídicas consumidoras...”, *cit.*, pp. 65 y 66; entre otros.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Sobre este asunto, entre otros: L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sociedades de capital sin ánimo de lucro. Acerca de la doctrina sobre la irrelevancia causal del ánimo de lucro en el contrato de sociedad de capital”, disponible en <https://almacendederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>.

⁵⁹ BOE» n.º 166, de 12/07/2007.

⁶⁰ Cursiva propia. Pese a la claridad de la norma, ha habido algún autor favorable a entender que la LCDSF se aplica también a las personas jurídicas consumidoras: J.R. SALELLES CLIMENT, “La contratación a distancia de los servicios financieros”, en A. SALAS CARCELLER (dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 221. La mayoría de la doctrina, sin embargo, efectúa una interpretación literal, dejando al margen del ámbito de aplicación subjetivo de la LCDSF a las personas jurídicas consumidoras: N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *El nuevo régimen de la contratación a distancia...*, *cit.*, p. 187; J.J. PÉREZ BENÍTEZ, “La nueva Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, *Diario La Ley*, n.º 6837, 2007, p. 9; entre otros.

mejor de las soluciones posibles, parece lógico defender que sea el concepto de consumidor del artículo 3 TRLGDCU el aplicable a la totalidad de los contratos celebrados a distancia, tanto si versan o no sobre servicios financieros. En caso de que se optara por el mantenimiento de una ley especial en la materia (similar a la vigente LCDSF de 2007), que me parece una solución mucho menos plausible —aunque no descartable—, tampoco veo razones para excluir de la noción de consumidor a las personas jurídicas y entes sin personalidad, en sentido contrario a lo que hace con carácter general el artículo 3 TRLGDCU.

D) La noción (amplia) de empresario relevante para esta normativa

28. Frente al consumidor, ha de situarse necesariamente un empresario, o, si se prefiere, una contraparte que actúe empresarialmente (artículos 2 y ss. TRLGDCU). Ahora bien, el concepto de empresario relevante para la normativa integrante del Derecho del consumo tiene un sentido amplio, comprensivo no solo de los *empresarios mercantiles* (individuales y sociales o colectivos), sino también de los *civiles* (como los agricultores, ganaderos, artesanos, etc.) e incluso de los *profesionales liberales* (médicos, abogados, arquitectos, etc.). Así se desprende del artículo 4 TRLGDCU que reproduce casi literalmente la noción de comerciante ofrecida por el artículo 2 Directiva 2011/83⁶¹. En concreto, en el primero de estos preceptos se define jurídicamente al empresario como “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”⁶².

29. En esta materia, la nueva Directiva de 2023 ha incluido una novedad. Me refiero a que omite referirse al *proveedor de servicios financieros*, al que sí aludía expresamente la Directiva de 2002 y aún lo sigue haciendo nuestra LCDSF de 2007. Este cambio terminológico no parece difícil de explicar. Como he indicado más arriba, uno de los objetivos perseguidos por la Directiva 2023/2673 ha consistido en coadyuvar a simplificar la normativa de consumo en la UE. Esto explica su opción por derogar la Directiva precedente (de 2002) e insertar su régimen jurídico dentro de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. Pues bien, habiendo sido esa la opción elegida, se comprende que el legislador de 2023 haya querido homogeneizar la terminología utilizada para hacer referencia a la contraparte del consumidor en la normativa sobre contratación a distancia de servicios financieros con la de la Directiva 2011/83. Además, este cambio terminológico carece de trascendencia práctica. En verdad, el proveedor de servicios financieros no es sino un empresario dedicado a la comercialización de servicios de carácter financiero. Razón por la cual dicho sujeto queda perfectamente comprendido dentro de los términos empresario o comerciante, normalmente utilizados por las normas de consumo para designar a quienes actúan en el mercado como contrapartes de los consumidores y usuarios⁶³.

3. Tercero: que el contrato (a distancia y de consumo) verse sobre un servicio financiero

30. El artículo 4 LCDSF de 2007, tras los pasos de la Directiva 2002/65, incluye dentro de la expresión *servicios financieros* los servicios bancarios, de crédito o de pago, de inversión, los planes de

⁶¹ A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...) 2) «comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva” [artículo 2, 2), Directiva 2011/83].

⁶² Entre otros muchos, sobre la amplitud del término empresario para las normas protectoras de los consumidores y usuarios, véase las consideraciones que realizo (y la doctrina que cito) en L.M., MIRANDA SERRANO, “Contratos celebrados a distancia”, *cit.*, pp. 1470 y ss.

⁶³ P.M. GÓNZALEZ JIMÉNEZ, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, *cit.*, pp. 10 y 11; ÍDEM, *La contratación a distancia de servicios financieros con consumidores tras la Directiva (UE) 2023/2673*, monografía n.º 6 de la *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2025 (en prensa); también, *ad ex.*, con referencia a la LCDSF de 2007: R. QUINTANS EIRÁS, “Comentario del artículo 2 LCDSF”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 1852.

pensiones, la actividad de mediación de seguros y las operaciones de seguros privados⁶⁴. Se trata, como se comprueba con facilidad, de un listado muy amplio en relación con el cual la Directiva 2023/2673 no introduce cambios respecto de la normativa de 2002⁶⁵. De ahí que la nueva regulación española que resulte de incorporar la Directiva de 2023 a nuestro ordenamiento haya de ser, muy probablemente, bastante similar a la presente en la aún vigente LCDSF de 2007.

31. Según el artículo 4 LCDSF, por *servicios bancarios, de crédito o de pago* han de entenderse comprendidas las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁶⁶. Ahora bien, dado que esta norma ya no está en vigor por haber sido derogada, dicha remisión ha de considerarse efectuada al listado de actividades objeto de reconocimiento mutuo, tal como figuran en el Anexo de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito⁶⁷. Dentro de este amplio listado se incluyen, en particular, las siguientes operaciones: *a)* recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables; *b)* préstamos, incluidos el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el *forfaiting*); *c)* arrendamientos financieros; *d)* servicios de pago; *e)* emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios; *f)* concesión de garantías y suscripción de compromisos; *g)* transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etc.); divisas, futuros financieros y opciones, instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés y valores negociables; *h)* participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes; *i)* asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas; *j)* intermediación en los mercados interbancarios; *k)* gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios; *l)* custodia y administración de valores negociables; *m)* informes comerciales; *n)* alquiler de cajas fuertes; y, por último, *ñ)* emisión de dinero electrónico. Parece evidente que algunas de estas operaciones nunca se someterán a las normas reguladoras de la contratación a distancia de servicios financieros, por no poder ser realizadas por sujetos que actúen en condición consumidora. Así ocurre, en concreto, con el *factoring* y el *forfaiting*, dada su condición de servicios financieros pensados para ser aplicados a las relaciones interempresariales (contratos B2B)⁶⁸.

32. En lo que atañe singularmente a los *servicios de inversión*, el artículo 4 LCDSF se refiere a ellos como los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁶⁹. Ahora bien, al haber sido derogada esta ley, la remisión ha de entenderse efectuada a la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión⁷⁰. En concreto, dicho reenvío ha de considerarse realizado al artículo 125 de la referida ley. Este precepto incluye dentro de los servicios de inversión las siguientes actividades: *a)* recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación

⁶⁴ La Directiva 2002/65 define (ampliamente) el servicio financiero como “todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago” [artículo 2, letra b)]. Y en su considerando (14) podía leerse lo que sigue: “La presente Directiva abarca *todos los servicios financieros que pueden prestarse a distancia*. Sin embargo, algunos servicios financieros se rigen por disposiciones específicas de la legislación comunitaria que siguen aplicándose a estos servicios financieros” (cursiva propia).

⁶⁵ La Directiva 2023/2673 formula la misma definición (amplia) de servicio financiero que la realizada en su día por la Directiva de 2002, que es a la que responde la noción de servicio financiero presente en la LCDSF. Así, *ad ex.*, M.J. PEÑAS MOYANO, “El cliente-consumidor de seguros ante un mercado inteligente y digital. A propósito de la reforma del régimen sobre contratación a distancia de servicios financieros”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente/consumidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 781; R. PALÁ LAGUNA, “Inclusión del régimen de comercialización a distancia de los servicios...”, *cit. supra*.

⁶⁶ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito: BOE n.º 182, de 30 de julio de 1988 (derogada).

⁶⁷ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.

⁶⁸ P.M. GÓNZALEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios...*, *cit. supra*.

⁶⁹ BOE n.º 181, de 29 de julio de 1988 (derogada).

⁷⁰ BOE n.º 66, de 18 de marzo de 2023.

con uno o más instrumentos financieros; b) ejecución de órdenes por cuenta de clientes; c) negociación por cuenta propia; d) gestión de carteras; e) colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme; f) aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme; g) asesoramiento en materia de inversión; h) gestión de sistemas multilaterales de negociación (SMN); i) y, por último, gestión de sistemas organizados de contratación (SOC)⁷¹.

33. Para concretar qué ha de entenderse por *planes de pensiones*, el artículo 4 LCDSF se remite a la definición que de ellos realiza el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones⁷². Según esa norma, los planes de pensiones “definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley, las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse”. El segundo apartado de este precepto añade a lo anterior que “constituidos voluntariamente, sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”⁷³.

34. Las *actividades de mediación de seguros* son definidas por el artículo 4 LCDSF mediante reenvío al artículo 2 de la Ley de mediación de seguros y reaseguros privados⁷⁴. Ahora bien, dado que también esta Ley ya ha sido derogada, dicha remisión ha de entenderse efectuada al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero⁷⁵. Este concibe la mediación de seguros como “toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, incluyendo la asistencia en casos de siniestro” (artículo 129, apdo. 1)⁷⁶.

35. Con el fin de delimitar la noción de *operaciones de seguros privados*, la LCDSF (artículo 4) se remite al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP)⁷⁷. Este enumera en su apdo. 1 las siguientes operaciones: “a) las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida y de reaseguro. b) Las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados. c) Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen

⁷¹ Al respecto: LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., PEREA ORTEGA, R. y VIVERO DE PORRAS, C., *Comentarios sobre la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión*, Ed. Aférre, 2024.

⁷² Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2002.

⁷³ Véase, entre otros: AA.VV., *Comentario al texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre)*. Ed. Comares, 2003, *passim*.

⁷⁴ Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados: BOE n.º 170, de 18 de julio de 2006 (derogada).

⁷⁵ Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la UE en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales: BOE núm. 31, de 05 de febrero de 2020

⁷⁶ Y añade: “También se entenderán incluidas la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio del seguro, cuando el cliente pueda celebrar el contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios”. Más información sobre las actividades de mediación en el sector asegurador en J.M. MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Comentario a la legislación de distribución de seguros y reaseguros privados: Artículos 127 a 211 del Real Decreto-ley 3/2020*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022; en especial, pp. 63 y ss. (redactadas por C. DÍAZ LLAVONA). Sobre la distinción entre las actividades del agente y las del mediador o corredor de seguros: J. BATALLER GRAU, *Tratando sobre el contrato de seguro. Del seguro analógico a un producto digital y sostenible*, Universidad de Valencia, 2024, pp. 94 y ss.

⁷⁷ Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión. d) Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora”⁷⁸. Pese a la literalidad de esta disposición, que alude expresamente a las *actividades de reaseguro*, todo apunta a que las compañías reaseguradoras puras no pueden formar parte de las relaciones contractuales en las que puede ejercitarse el derecho de desistimiento. La razón es fácil de explicar. La función principal de una entidad reaseguradora reside en la asunción parcial del riesgo asociado a las pólizas de seguros emitidas por otras compañías aseguradoras⁷⁹. Por consiguiente, estas entidades no ofrecen servicios de forma directa a los consumidores y usuarios. Antes bien, su clientela está formada por compañías de seguros primarias, carentes de la condición consumidora necesaria para poder ejercitar el derecho de desistimiento reconocido por las normas reguladoras de la comercialización a distancia de servicios financiero⁸⁰. Junto a esto, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 24.3 de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)⁸¹ y con el artículo 186.4 del antecitado Real Decreto-ley 3/2020, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones puede acordar la publicidad que considere necesaria para informar al público acerca de los sujetos que realizan operaciones de seguros (y/o distribución) sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa. Los contratos celebrados con ellos, bajo la denominación de contratos de seguro u otras formas que den a entender que realizan operaciones de seguros (y/o distribución), son nulos de pleno derecho de conformidad con lo que dispone el artículo 24 TRLOSSP⁸².

36. Tal como expondré al final de este trabajo, la mejor opción que se abre al legislador español a la hora de incorporar la Directiva 2023/2673 a nuestro ordenamiento jurídico estriba, a mi juicio, en insertar sus normas dentro del TRLGDCU. Si finalmente ese es el camino seguido, habrá de entenderse por servicio financiero lo dispuesto por el artículo 59 *bis*, letra p), TRLGDCU, que ofrece una noción coincidente con la contenida en el artículo 4 LCDSF que acabo de comentar. En efecto, de conformidad con el referido artículo 59 *bis*, letra p), se entiende por servicio financiero “todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago”. Por tanto, las consideraciones precedentes relativas a qué concretas operaciones integran el concepto (muy amplio) de servicio financiero relevante para la normativa que aquí se analiza, seguirán siendo válidas tras la incorporación de la Directiva 2023/2673 a nuestro Derecho interno. Además, si la Directiva 2023/2673 se incorporase al Derecho español a través de una reforma del TRLGDCU (que —repito— sería lo deseable en mi opinión), podría ser conveniente —por sus efectos favorables para la seguridad jurídica— que se incluyese en el articulado del TRLGDCU un listado ejemplificativo de servicios financieros similar al actualmente presente en el artículo 4.2 LCDSF de 2007⁸³.

⁷⁸ Disponiendo a continuación, en su apdo. 2, que “[L]as actividades y operaciones definidas en el apartado 1 se ajustarán a lo dispuesto en esta ley: a) Cuando sean realizadas por entidades aseguradoras españolas. b) Cuando sean realizadas en España por entidades aseguradoras domiciliadas en el territorio de cualquiera de los restantes países miembros del Espacio Económico Europeo o en terceros países”.

⁷⁹ Esto explica que se afirme (a mi juicio, con acierto) que, por su propia función, el reaseguro plantea importantes especialidades que en ocasiones lo convierten “en una institución más próxima a la financiación de las aseguradoras que a las propias del contrato de seguro”: J. BATALLER GRAU, *Tratando sobre el contrato de seguro...*, cit., p. 36.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras: BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015.

⁸² Para el año 2024 el listado de estos sujetos abarca los siguientes: ASS SEGUROS; BILAL MOHAMED MIMOUN; BM PCK SEGUROS; JESÚS PÉREZ VALDIVIESO MORQUECHO; JOSÉ MANUEL ARANGO (J. M. Arango); LIVERMORE TRADING - LIVERMORE CONTRACTS LIMITED (BROKER); MARKETING LEADS CONSULTING, S.L.; (Alí) MOHAMED ABDELKADER MOHAMED; NEW PRODUCTION BM, S.L.; SEGUROS WORLD. Más información en: DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, “Sujetos no autorizados para la actividad aseguradora y/o distribución”, disponible en [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://dgsfp.mineco.gob.es/es/Consumidor/RegistrosPublicos/Paginas/No-autorizadas.aspx>

⁸³ P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios...*, cit. *supra*; ÍDEM, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, cit., p. 11.

III. El derecho de desistimiento en el contexto de los diversos instrumentos de protección del consumidor incorporados por la Directiva 2023/2673

1. Los distintos instrumentos de protección del consumidor en la Directiva 2023/2673: una primera aproximación

37. “En el marco del mercado interior, para salvaguardar la libertad de elección, es necesario un elevado grado de protección de los consumidores en el ámbito de los contratos de servicios financiero celebrados a distancia, a fin de aumentar la confianza de los consumidores en las ventas a distancia”. El considerando (3) de la Directiva 2023/2673 expresa en estos términos la finalidad principal de esta nueva norma europea de armonización máxima⁸⁴. De él se infiere que su adopción persigue salvaguardar el *rol arbitral* que compete al consumidor en los sistemas de economía de mercado, esto es, *decidir libremente* (sin merma de su *libertad de saber y de querer*) *los bienes y servicios que desea contratar*. Y, a la postre, impulsar la contratación a distancia de servicios financieros, *generando confianza hacia ella* en los consumidores⁸⁵. Porque es evidente que el crecimiento de la economía digital (ya sea en el ámbito financiero o en otro diferente) depende estrecha y necesariamente de la confianza que los consumidores depositen en ella⁸⁶.

38. Precisamente, a tratar de hacer realidad la apuntada finalidad se encamina la medida legal consistente en reconocer al consumidor un derecho de desistimiento de posible ejercicio en un determinado *intervallo temporis* y sin necesidad de alegar justificación alguna (derecho *ad nutum*). Es cierto que esta medida no es la única de la que se vale la Directiva 2023/2673 para proteger a los consumidores y usuarios que conciertan contratos a distancia sobre servicios financieros. Junto a ella, se recurre también a otro instrumento clásico del Derecho del consumo. Me refiero a la imposición a los empresarios del sector de determinados *deberes de información precontractual*. En este sentido, cabría afirmar que al desistimiento le corresponde en esta materia el papel estelar de medida privatista protectora del consumidor, mientras que el primer papel secundario recae en los referidos deberes de información⁸⁷.

39. Además, a ambos remedios (que merecerían el calificativo de tradicionales) se añaden otros dos más novedosos: 1º De una parte, las *explicaciones adecuadas* que el empresario está obligado a ofrecer al consumidor en estos contratos; en especial, en lo que atañe al derecho a solicitar y obtener la intervención humana en la fase precontractual *ex* artículo 16 *quinquies*. El principal objetivo de estas explicaciones consiste en que el consumidor pueda llegar a comprender bien cuál es el servicio financiero que se le oferta previamente a decidirse a contratarlo⁸⁸. De ahí las evidentes conexiones que presentan con las exigencias derivadas de los controles de transparencia establecidos por la normativa reguladora de los contratos celebrados a través de condiciones generales y cláusulas predispuestas⁸⁹; en particular, con el llamado control de transparencia material⁹⁰. 2º De otra parte, la protección adicional que se confier

⁸⁴ Acerca de las diferencias entre armonización máxima y mínima, entre otros: M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret*, núm. 2, 2010, pp. 10 y ss.

⁸⁵ A la relevancia de salvaguardar este rol arbitral del consumidor en todos los ámbitos de la contratación de consumo me he referido, *ad ex.*, en L.M. MIRANDA SERRANO y PANIAGUA ZURERA. M., “La protección de consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*.

⁸⁶ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Fomentar la confianza en los mercados digitales mediante una mayor protección del consumidor en las plataformas en línea*, 21 de abril de 2023, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd34_es_0.p

⁸⁷ Así, aunque a propósito de la LCDSF de 2007: J.L. GARCÍA PITA Y LASTRES, “Comentario del artículo 1 LCDSF”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 1836.

⁸⁸ Considerando (38) Directiva 2023/2673.

⁸⁹ Véase un análisis de estas conexiones en P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit.* (en concreto, véase la parte II de la monografía); ÍDEM: “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, *cit.*, pp. 28 y ss.

⁹⁰ Las bases de este control de transparencia material se encuentran en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Aunque dicho control ha sido posteriormente desarrollado por la jurisprudencia tanto del TJUE como del TS y, más tarde, ha encontrado concreción en nuestro Derecho positivo (cierto es que de forma no muy afortunada) en los artículos 83 TRLGDCU y 5 LCGC, tras la redacción que a ambos les ha sido dada por la LRCCI. Según este control, cuando se trate

a los consumidores y usuarios cuando se valen de interfaces en línea para contratar. Más concretamente, la prohibición de emplear *patrones oscuros* (*dark patterns*) en el diseño de dichas interfaces (artículo 16 *sexies*)⁹¹. Sobre todo, por las distorsiones de la libertad de elección que a ellos se anudan. Y es que, ciertamente, como apunta la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673, se trata de prácticas comerciales que “merman sustancialmente, bien de forma deliberada, bien de forma efectiva, la capacidad de los consumidores destinatarios del servicio financiero de tomar decisiones autónomas e informadas”⁹².

2. En especial, los deberes de información precontractual del empresario

A) Finalidad

40. Dejando a un lado los dos últimos remedios más innovadores, cuyo análisis excede del propósito aquí perseguido, conviene realizar unos breves apuntes acerca de los deberes de información precontractual que los empresarios están obligados a cumplir en favor de los consumidores. En cuanto a sus *finés*, parece claro que persiguen paliar la típica situación de *asimetría informativa* apreciable entre consumidores y empresarios. Más aún en un *sector tan técnico y complejo como el financiero*, con vistas a que los consumidores puedan decidir con *pleno conocimiento de causa* el servicio financiero que desean contratar⁹³. Con su imposición se trata, en suma, de contrarrestar el *déficit de información*

de estipulaciones relevantes para la formación del consentimiento negocial del adherente, no basta con la simple observancia de los requisitos de transparencia formal, sino que el predisponente soporta la carga de asegurarse de que esas estipulaciones predisuestas e impuestas sean conocidas de modo efectivo por el adherente, es decir, que este las conoce y consiente de modo expreso cuando emite su consentimiento negocial. Precisamente, esto es lo que sucede de forma típica con las estipulaciones a las que alude el referido artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, es decir, las relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y prestación. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la (muy sintética) aproximación al concepto de control de transparencia material que acabo de realizar es *de cuño subjetivo*, en la medida en que va dirigida a proteger el concreto consentimiento de cada contratante (sobre esta concepción de la transparencia, más ampliamente, remito a L.M. MIRANDA SERRANO, “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: A propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, julio-diciembre 2022, pp. 118, 125 y 140 y ss., con referencias expresas a los profesores J. ALFARO ÁGUILA-REAL y F. PANTALEÓN PRIETO, pioneros en la defensa de esta concepción subjetiva de la transparencia material). Existe, no obstante, una *forma objetiva* de entender este control de transparencia. Recientemente, se refiere a ella, con apoyo en la jurisprudencia (sobre todo, del TJUE) y en el uso que los órganos jurisdiccionales realizan de la categoría clásica del *consumidor medio*: S. CÁMARA LAPUENTE, “¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del consumidor medio para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, n.º 2, pp. 186 y ss. Según este autor, dicho *control objetivo de transparencia*, “independiente de los conocimientos, experiencia o profesión del consumidor, fundado en la noción del *consumidor medio*” encuentra su fundamento en “la verificación de que se cumplen los deberes informativos por parte de los predisponentes, a la luz de lo que requeriría la comprensión de un consumidor medio en cada tipo de contrato y sector económico, y no en la evaluación del consentimiento del contratante concreto, lo cual tiene su cauce propio (y compatible) en los vicios del consentimiento consagrados en el Código civil” (p. 230). En especial, sobre las concepciones *objetiva* y *subjetiva* del control de transparencia material: S. CÁMARA LAPUENTE, *op. últ. cit.*, pp. 222 y ss. En concreto, sobre la noción *objetiva*, entre otros: C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 1, 2019, pp. 380 y ss. En palabras de esta última autora, “el control de transparencia es un control abstracto, como indica el TS, atiende a criterios objetivos, y así, resulta más protector para el cliente, el consumidor, porque para apreciarlo basta con acreditar el defecto de información y utilizar como parámetro para determinar la comprensibilidad real a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, lo que facilita la actividad probatoria en beneficio del consumidor” (p. 383)

⁹¹ En general, sobre la lucha contra los patrones oscuros: M.N., MATO PACÍN, *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, *passim*; también: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit. supra*.

⁹² Considerando (41) Directiva 2023/2673.

⁹³ Así, *ad ex.*, N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica de servicios...*, *cit.*, p. 197; en general, sobre esta clase de deberes: E. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, *passim*; y sobre el deber de información en los contratos financieros: M.J. BLANCO SÁNCHEZ, *El deber de información en la contratación de instrumentos financieros*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, *passim*. En palabras del legislador de finales de 2023, “[p]ara poder tomar sus decisiones con pleno conocimiento de causa, los consumidores deben recibir toda la información precontractual con suficiente antelación y no de forma simultánea a la celebración del contrato a distancia ni a ninguna otra oferta correspondiente. El objetivo es garantizar que el consumidor disponga de tiempo suficiente para leer y comprender la información precontractual, comparar ofertas y tomar una decisión informada (...)” [considerando (26) Directiva 2023/2673; cursiva propia].

que padece típicamente el sujeto que actúa en condición consumidora con vistas a que su decisión negocial pueda ser verdaderamente libre, lo que sólo ocurrirá cuando esté en condiciones de ejercitar con conocimiento de causa su capacidad electiva entre las diferentes ofertas empresariales del mercado⁹⁴. Cosa distinta es que en la práctica lleguen a conseguir este objetivo. Sobre todo, porque son tantos los datos sobre los que gira la información que ha de suministrarse al consumidor que no parece erróneo afirmar que el legislador europeo de finales de 2023 ha impuesto a los empresarios del sector financiero una *sobrecarga informativa* que, a la postre, desemboca en una situación de desinformación contraria al objetivo inicialmente perseguido⁹⁵.

B) Principales extremos de su regulación en la Directiva 2023/2673

41. Seguidamente interesa realizar algunas consideraciones acerca de la regulación de estos deberes de información que la Directiva 2023/2673 introduce en el articulado de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. Ahora bien, para evitar equívocos, ha de quedar aquí constancia de que me centraré solo en algunas cuestiones principales, dado que el propósito perseguido no estriba en su estudio, sino en el análisis del derecho de desistimiento conferido al consumidor.

a) Los nuevos deberes de información precontractual impuestos por la Directiva 2023/2673

42. La comparación de los deberes de información precontractual exigidos por la Directiva 2002/65 con los que instaura la Directiva 2023/2673 lleva a concluir que el legislador de 2023 ha incorporado algunos *deberes novedosos*. En concreto, se trata de los tres siguientes⁹⁶: 1º) En primer lugar, el deber de advertir acerca de cuáles serán *las consecuencias de los pagos atrasados o de los impagos*. Aunque este deber está ya presente en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LRCCI)⁹⁷, para los contratos que caen dentro de su ámbito de aplicación, la Directiva 2023/2673 lo extiende ahora (con buen criterio) a la totalidad de contratos sobre servicios financieros celebrados a distancia. 2º) En segundo lugar, el deber de informar, cuando proceda, acerca de que *el precio ha sido personalizado a través de una toma de decisiones automatizada*. A mi juicio, la personalización de precios no puede considerarse, en general, una práctica ilícita. Ahora bien, el incumplimiento de informar sobre ella sí podría ser sancionado como omisión engañosa y acto de violación de norma concurrencial, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 7 y 15.2 de la Ley de Competencia Desleal⁹⁸ (en lo sucesivo, LCD)⁹⁹. 3º) En tercer y último lugar, el deber de informar sobre *los beneficios medioambientales*

⁹⁴ E. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales...*, cit., pp. 12 y ss.; M.J. SANTOS MORÓN, “Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en G. BOTANA GARCÍA y M. RUIZ MUÑOZ, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 137 y ss.; J.A. Díez BALLESTEROS, “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 85, 2008, pp. 65 y ss.; entre otros muchos.

⁹⁵ En general, muy crítico con la política legislativa de la UE en materia de deberes de información, por considerar que el legislador europeo peca por exceso: P.J. BUESO GUILLÉN, “Transparencia y contratación de servicios de pago: una aproximación crítica”, en M. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SÁINZ, E., *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 227 y 259 y ss. En esta misma dirección, a propósito de la Directiva 2011/83: R. STEENNOT, “Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France”, *European Consumer Law Journal*, n.º 3-4, 2013, pp. 415 y ss.

⁹⁶ Al respecto: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, cit. supra; ÍDEM, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, cit., pp. 14 y ss.

⁹⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

⁹⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

⁹⁹ Dado que, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Directiva 2023/2673, “[a]lgunos comerciantes emplean la toma de decisiones automatizada para diferenciar los precios entre diferentes grupos de consumidores y, en algunos casos, los precios se adaptan a la sensibilidad singular que demuestre el consumidor ante el precio. Por esta razón, antes de que los consumidores queden vinculados por un contrato a distancia, se les debe informar de que el precio del servicio financiero se ha personalizado sobre la base de la toma de decisiones automatizada”. En general, sobre la problemática relativa a la personalización de precios: J. ÁLVAREZ RUBIO, “Respuestas jurídicas a la personalización de ofertas mediante tratamientos automatizados

y/o sociales anudados al servicio financiero objeto del contrato¹⁰⁰, o, en su caso (habría que entender, en mi opinión, pese a que no lo diga así expresamente la Directiva 2023/2673), sobre la ausencia de tales beneficios. Al igual que he expresado en relación con el deber precedente, el incumplimiento de este otro deber de información podría ser combatido por la LCD (por tratarse de una práctica engañosa por omisión *ex* artículo 7 LCD y de un acto de violación de normas *ex* artículo 15.2 LCD¹⁰¹), lo que coadyuvaría a hacer frente a las malas prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* que tienen lugar en el mercado¹⁰². Resulta lógico que los dos últimos deberes de información mencionados estuvieran ausentes de la Directiva 2002/65. En la fecha de su promulgación, el estado de la técnica no hacía factible la práctica de los precios personalizados. Ni tampoco cabía hablar de un grado de preocupación por el medio ambiente y el desarrollo sostenible equiparable al que hoy existe, estrechamente vinculado a las consecuencias derivadas del cambio climático¹⁰³. Aunque no debe perderse de vista que la norma que comentamos no reduce los beneficios de los que se ha de informar al consumidor a los estrictamente medioambientales, sino que abarca también los de carácter social. Esto no debe sorprender. Antes bien, está en estrecha consonancia con la Directiva (UE) 2024/825 sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica¹⁰⁴, elaborada con la finalidad de hacer frente no solo a las prácticas comerciales desleales relativas a “afirmaciones medioambientales engañosas («ecoimpostura»)” sino también a “la información engañosa sobre las características sociales de los productos o las empresas de los comerciantes”¹⁰⁵.

b) El deber de informar sobre el derecho de desistimiento

43. Por otra parte, interesa también tener en cuenta la información precontractual sobre el derecho de desistimiento que el empresario está obligado a suministrar al consumidor por exigencias de la Directiva 2023/2673. Sobre todo, porque —como se verá más adelante— el cumplimiento o no de

de datos”, en J.L. SOLAR CAYÓN y O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ (eds.), *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica*, Madrid, 2022, pp. 43 y ss. Acerca de esta práctica comercial desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal: A. CASADO NAVARRO, “Precios personalizados y competencia desleal”, *La Ley Mercantil*, núm. 106, 2023, *passim*; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Precios personalizados y discriminación”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre, 2017, disponible en <https://almacenederecho.org/precios-personalizados-discriminacion>; S. LOUREDO CASADO, “El posible carácter desleal e injusto de los precios personalizados”, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 7, 2020, *passim*; P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit. supra*.

¹⁰⁰ Pues, como apunta el considerando (29) de la Directiva 2023/2673, “[a]lgunos servicios financieros podrían integrar factores medioambientales o sociales en su estrategia de inversión. Con el fin de que esté en condiciones de adoptar una decisión informada, también debe informarse al consumidor sobre los objetivos medioambientales o sociales concretos que persiga el servicio financiero”

¹⁰¹ P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit. supra*.

¹⁰² Sobre las cuales puede verse, *ad ex.*, A. MIRANDA ANGUITA, “Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: a propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 423 y ss.; ÍDEM, “El incumplimiento por las entidades financieras de sus deberes de información sobre sostenibilidad: Un análisis desde la competencia desleal”, en J. BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA y otros (dirs.): *Libro de actas del Congreso Internacional Sostenibilidad y Derecho del Sistema Financiero*, Revista de Derecho del sistema financiero, Valencia, 2023, p. 87 y ss.; M. SAN MARTÍN CALVO, “Consumo sostenible y transición ecológica. La acción normativa de la UE contra el *greenwashing*”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 84, 2024, pp. 364 y ss.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información: DOUE núm. 825, de 6 de marzo de 2024.

¹⁰⁵ Considerando (1). *Cursiva propia*. Sobre la propuesta de esta Directiva, *ad ex.*: C. SUANZES DIEZ y C. VENDRELL CERVANTES, “*Greenwashing* y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el Derecho comparado”, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, núm. 60, 2022, pp. 161 y ss.; A. MIRANDA ANGUITA, “Principales novedades de las iniciativas regulatorias sobre las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* en la UE”, en A. TATO PLAZA y J. COSTAS COMESAÑA *et al.* (Dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual IV*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, *passim*. Sobre la Directiva, una vez aprobada: L. PRESICCE, “El legislador europeo contra el *greenwashing* derivado de la comunicación comercial y la obsolescencia programada: La nueva Directiva para empoderar a los consumidores y favorecer la transición ecológica”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 147, 2024, pp. 10 y ss.

este deber es relevante para la determinación del plazo dentro del cual puede ejercitarse el derecho a desistir del contrato. En concreto, se trata de la siguiente información: 1º) En primer lugar —y en cualquier contrato a distancia en el que exista un derecho de desistimiento—, de “las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercerlo de conformidad con el artículo 11, apartado 1, así como el modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B, y, cuando proceda, la información relativa a la existencia y localización de la función de desistimiento a que se refiere el artículo 11 *bis*” (apuntemos —por ahora— que el artículo 11 *bis* regula el desistimiento cuando el contrato se celebra a través de una interfaz en línea)¹⁰⁶. 2º) En segundo lugar, de “la existencia o no del derecho de desistimiento y, en caso positivo, información sobre el plazo de desistimiento y las condiciones para ejercer dicho derecho, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar, así como las consecuencias de no ejercerlo”¹⁰⁷. 3º) En tercer lugar, de las “instrucciones prácticas y procedimientos para ejercer el derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 16 *ter*, apartado 1, indicando, por ejemplo, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del comerciante, o los datos de otras vías de comunicación pertinentes para enviar la declaración de desistimiento y, para los contratos de servicios financieros celebrados mediante una interfaz en línea, la información relativa a la existencia y localización de la función de desistimiento a que se refiere el artículo 11 *bis*”¹⁰⁸. De toda esta información reviste especial importancia la mencionada en segundo lugar (esto es, la contenida en el artículo 16 *bis*, apdo. 1, letra p, Directiva 2011/83), dado que, como se comprobará más adelante, su incumplimiento por el empresario conlleva la relevante consecuencia jurídica de dejar expedito el plazo para desistir del contrato.

c) Tiempo y forma del cumplimiento de los deberes de información precontractual

44. Por último, conviene poner de manifiesto que, de conformidad con la Directiva 2023/2673, los deberes de información precontractual han de cumplirse con *suficiente antelación* al momento en que el consumidor quede vinculado por un contrato a distancia o cualquier otra oferta correspondiente¹⁰⁹. Además, habrán de suministrarse al consumidor *en un soporte duradero de fácil lectura* que contenga *información clara y comprensible*¹¹⁰. Según el considerando (30) de la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673, el requisito de la *fácil lectura* implica “emplear caracteres de un tamaño legible y colores que no disminuyan la inteligibilidad de la información, en particular, cuando el documento se presente, se imprima o se fotocopie en blanco y negro. Asimismo, deben evitarse en todo lo posible las descripciones excesivamente extensas y complejas, la letra pequeña y el uso excesivo de hipervínculos, ya que son métodos que reducen la comprensión por parte de los consumidores”¹¹¹. Por otra parte, de conformidad con los considerandos (31) y (32), *las exigencias de la claridad y la comprensibilidad* conducen a la posibilidad de que la información pueda “destacarse, enmarcarse y contextualizarse eficazmente dentro de la pantalla de visualización”. Indica también la Directiva 2023/2673 que los requisitos de información habrán de tener en cuenta las *limitaciones técnicas de ciertos medios de comunicación*, como las que son inherentes a las pantallas de telefonía móvil, cada vez más empleadas para contratar¹¹². En ellas,

¹⁰⁶ Artículo 6, apdo. 1, letra h), Directiva 2011/83.

¹⁰⁷ Artículo 16 *bis*, apdo. 1, letra p), Directiva 2011/83.

¹⁰⁸ Artículo 16 *bis*, apdo. 1, letra s), Directiva 2011/83.

¹⁰⁹ Artículo 16 *bis*, apdo. 1, Directiva 2011/83.

¹¹⁰ Artículo 16 *bis*, apdo. 6, Directiva 2011/83. *Infra*, al abordar el desistimiento en los contratos celebrados a través de interfaces en línea, me referiré expresamente al concepto de soporte duradero.

¹¹¹ Sobre la problemática del uso de la letra pequeña en el sector financiero, en general: A. MIRANDA ANGUIA, “Remedios del regulador frente a la ilegibilidad de las cláusulas predispuestas en los contratos bancarios y financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, 2022, *passim*; y, en el concreto sector del seguro: ÍDEM, “Mecanismos legales de protección del asegurado frente a la letra pequeña de las pólizas”, *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190, 2022, *passim*. También de interés: ÍDEM, “El principio de la integración publicitaria del contrato y la letra pequeña de la publicidad”, *La Ley Mercantil*, núm. 83, 2021, *passim*.

¹¹² Cuestión relevante en la que insiste, *ad ex.*, M.J. PEÑAS MOYANO, “El cliente-consumidor de seguros ante un mercado inteligente y digital...”, *cit.*, p. 793.

debe proporcionarse información, desde el principio y de la forma más destacada, sobre la identidad del comerciante, las principales características del servicio financiero, el precio total que ha de pagarse por él —incluidos todos los impuestos abonados por el comerciante—, o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base para su cálculo y, por último, la existencia o no del derecho de desistimiento, incluidas las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercerlo. La información restante puede *organizarse por niveles*¹¹³. Esto implica ubicar en un primer nivel dentro de la pantalla de visualización la información precontractual que se considera clave que, como mínimo, ha de comprender la identidad y actividad principal del empresario, las principales características del servicio financiero, el precio total que deba pagar el consumidor, una advertencia sobre la posibilidad de que existan otros impuestos o costes y si existe o no un derecho de desistimiento¹¹⁴. La información restante se situaría en otros niveles adicionales¹¹⁵. Aunque otra forma posible de presentar la información consiste en el índice de contenidos, que exige utilizar epígrafes ampliables a través de los cuales los consumidores pueden encontrar una presentación más detallada de los contenidos tan solo haciendo clic sobre ellos¹¹⁶. Por último, la exigencia antes referida relativa a informar con suficiente antelación al momento de la vinculación negocial del consumidor explica que, junto a la información sobre el desistimiento más arriba comentada, la Directiva 2023/2673 disponga que *cuando la información se suministre menos de un día previo a aquel en el que el consumidor quede vinculado por el contrato a distancia*, los Estados miembros deben requerir que el comerciante envíe al consumidor un *recordatorio* sobre la posibilidad de desistir del contrato a distancia, así como el procedimiento para hacerlo. Y a ello se añade seguidamente que dicho recordatorio se ha de proporcionar en un soporte duradero entre uno y siete días después de la celebración del contrato a distancia¹¹⁷.

IV. Dualidad de regímenes jurídicos del desistimiento en la Directiva 2023/2673 y fundamento del reconocimiento al consumidor de este derecho

1. Dualidad de regímenes jurídicos del desistimiento en la Directiva 2023/2673: presentación

45. La Directiva 2023/2673 no solo regula las especialidades del derecho de desistimiento en los contratos a distancia sobre servicios financieros. También se ocupa de este derecho en cualquier contrato a distancia concluido a través de una interfaz en línea. Por ello cabe afirmar que esta norma armonizadora contiene una dualidad de reglas relativas al desistimiento negocial. Unas de ellas resultan aplicables a todo contrato a distancia (verse o no sobre un servicio financiero) celebrado a través de interfaces en línea [*infra*, V]. Las otras se dirigen exclusivamente a fijar las especialidades del derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre servicios financieros concluidos a distancia [*infra*, VI]. Las primeras de estas normas son novedosas en su totalidad, pues es en la Directiva 2023/2673 donde por vez primera el legislador europeo decide intervenir en esta materia por exigencias derivadas del creciente proceso de digitalización de las relaciones económicas y jurídicas. A mi juicio, se trata de reglas que, en general, se hacen acreedoras de una valoración positiva, dada la facilidad que ofrecen al consumidor para desistir del contrato celebrado. Las segundas presentan evidentes similitudes con las que en su momento fijó la Directiva 2002/65. Pero incorporan algunas novedades relevantes de las que necesariamente también he de ocuparme [*infra*, VI].

2. Fundamento del derecho de desistimiento reconocido al consumidor en esta normativa

46. No obstante, con anterioridad a analizar estas dos clases de reglas, parece conveniente efectuar unas breves consideraciones sobre el fundamento del derecho de desistimiento que reconocen y

¹¹³ Considerando (31) Directiva 2023/3673.

¹¹⁴ Considerando (32) Directiva 2023/3673.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Considerando (33) Directiva 2023/3673.

¹¹⁷ Artículo 16 *bis*, apdo. 5, Directiva 2011/83.

regulan, que se configura jurídicamente como un derecho innegociable que actúa como red de seguridad para el consumidor¹¹⁸. En la contratación a distancia, dicho fundamento suele ubicarse principalmente en el denominado *riesgo de incumplimiento o decepción*. Con tales términos se alude al riesgo de que el consumidor reciba un bien o servicio no coincidente con el solicitado, lo que es bastante probable que ocurra, dado que por la forma en que celebra el contrato, emite *a ciegas* su aceptación negocial, esto es, sin haber tenido la posibilidad real de ver el bien adquirido o conocer de cerca las características del servicio contratado. En esta dirección, el considerando (37) de la Directiva 2011/83 indica que como “en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento”. Y en un sentido similar se expresa el considerando (37) de la Directiva 2023/2673. Con la finalidad de justificar la atribución al consumidor de este derecho, se arguye en dicho considerando que, “en lo que respecta a la venta a distancia de productos o servicios financieros o no financieros, el consumidor no tiene posibilidad de recibir explicaciones en persona ni de recabar información en persona sobre la posible naturaleza compleja o extensa de un producto o servicio”, lo que justifica que el Derecho de la UE le confiera un derecho de desistimiento¹¹⁹. En mi opinión, aunque este riesgo es real y, por tanto, no puede obviarse, entiendo que, junto al propósito de tratar de evitarlo, también mueve al legislador a reconocer un derecho (*ad nutum*) de desvinculación contractual la idea de *aumentar la confianza de los consumidores en sistemas de contratación alternativos al tradicional*, que es el celebrado entre presentes dentro de las tiendas o establecimientos mercantiles de los empresarios. Desde esta perspectiva, no resultan ajenos al reconocimiento legal del desistimiento ciertos efectos reactivadores del consumo intracomunitario, toda vez que su consagración normativa incita a los consumidores y usuarios a contratar, en la confianza de que cuentan con la facultad legal de separarse de los contratos celebrados si, tras emitir sus consentimientos negociales, llegan a la conclusión (sea cual sea la causa) de que los bienes adquiridos o los servicios contratados no les interesan¹²⁰. A resultados de lo expuesto, no sería desacertado concluir que el fundamento del derecho de desistimiento reside en *neutralizar la ventaja que obtiene el empresario por el factor distancia*, reconduciendo el contrato celebrado de forma remota a la situación típica de un contrato concluido entre presentes. Ello con la finalidad última de lograr el efecto positivo de aumentar el grado de confianza de los consumidores en la celebración de contratos a distancia, eximiéndoles de personarse en los establecimientos mercantiles (permanentes o no permanentes) de los empresarios con vistas a adquirir bienes o contratar servicios¹²¹.

V. El derecho de desistimiento en los contratos celebrados a través de interfaces en línea (versen o no sobre servicios financieros)

1. Consideraciones preliminares: noción de interfaz en línea y finalidad de esta regulación

47. Como acabo de señalar en el epígrafe precedente, es con ocasión de la elaboración de la Directiva 2023/2673 cuando el legislador de la UE decide regular el derecho de desistimiento de los consumidores que concluyen contratos a través de interfaces en línea¹²². Por ello era esperable que la parte dispositiva

¹¹⁸ M.J. PEÑAS MOYANO, “El cliente-consumidor de seguros ante un mercado inteligente y digital...”, *cit.*, p. 795.

¹¹⁹ Considerando (37) Directiva 2023/2673.

¹²⁰ Así, entre otros: L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo...”, *cit.*, pp. 17 y 18; ÍDEM, “La contratación a distancia [y electrónica]...”, *cit.*, p. 317.; ÍDEM, “La Directiva 2011/83/UE...”, *cit.*, pp. 105 y ss.

¹²¹ *Ibidem*. Entre la doctrina que analiza la Directiva (UE) 2023/2673 se manifiesta en este sentido, *ad ex.*, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Novedades en la regulación de los contratos...”, *cit.*, al poner de manifiesto que “el fundamento del derecho de desistimiento es común a todos los contratos a distancia, pues pretende compensar la desventaja derivada de que en esas situaciones el consumidor no tiene posibilidad de recibir información en persona sobre el producto o servicio ni comprobar previamente las características del bien”; también en esta dirección: J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...”, *cit.*, p. 30; R. QUINTANS EIRÁS, “Comentario del artículo 10 LCDSF”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 1927 y 1928; J.J., NOVAL LAMAS, *El derecho de desistimiento...*, *cit.*, pp. 125 y ss.; MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario...*, *cit.*, pp. 210 y ss.; y, por todos: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit. supra*.

¹²² Con anterioridad a este momento, dicho legislador se había limitado a establecer en la Directiva 2011/83, sobre la base

de esta Directiva ofreciera una noción de interfaz en línea. Sin embargo, no lo hace. Se limita a remitir a la noción que de ella ofrece el Reglamento de Servicios Digitales¹²³. Esta remisión la efectúa, además, no al regular el derecho de desistimiento, sino al abordar la protección del consumidor frente a los patrones oscuros (*dark patterns*). En concreto, la Directiva 2023/2673 dota al nuevo artículo 16 *sexies* de la Directiva 2011/83 —en lo que aquí interesa— de la siguiente redacción: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE y el Reglamento (UE) 2016/679, los Estados miembros garantizarán que los comerciantes, cuando celebren contratos de servicios financieros a distancia, no diseñen, organicen ni gestionen sus *interfaces en línea* —tal como se las define en el artículo 3, letra m), del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo— de manera que induzcan a error o manipulen a los consumidores destinatarios de sus servicios (...)”¹²⁴. Por tanto, al abordar el régimen jurídico del derecho de desistimiento que aquí se analiza, es necesario conocer el contenido del artículo 3, letra m), del Reglamento (UE) 2022/2065. Este define la interfaz en línea como “todo programa informático, incluidos los sitios web o partes de sitios web, y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles”. La Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673 ya avanza que es este concepto de interfaz en línea del que se vale el legislador al regular el desistimiento del que ahora me ocupo, cuando alude a un *sitio web* o a una *aplicación* como ejemplos concretos de interfaces en línea¹²⁵. Bien es verdad que, con anterioridad al referido Reglamento (UE) 2022/2065, ya había ofrecido una definición de interfaz en línea en la UE el Reglamento (UE) 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación¹²⁶. Según este otro Reglamento, interfaz en línea es “cualquier tipo de programa informático, incluidos los sitios web o parte de ellos y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles, utilizado por un comerciante o en nombre de este, que sirva para dar a los clientes acceso a los productos o servicios del comerciante con vistas a iniciar una operación con respecto a dichos productos o servicios”¹²⁷. Por último, ha de tenerse en cuenta que, en nuestro Derecho interno, la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre determinados servicios digitales¹²⁸, define la “interfaz digital” en su artículo 4, número 4, como “cualquier programa, incluidos los sitios web o partes de los mismos, o aplicación, incluidas las aplicaciones móviles, o cualquier otro medio, accesible a los usuarios, que posibilite la comunicación digital”¹²⁹.

48. Al parecer, la finalidad principal que ha movido al legislador a la hora de regular este derecho de desistimiento ha consistido en permitir al consumidor poner fin al contrato *de un modo fácil y ágil*, sin complicaciones innecesarias. Reveladora de esta intención es la afirmación que se hace en la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673, según la cual con esta regulación se persigue garantizar a los consumidores y usuarios que “puedan desistir de un contrato con la misma facilidad con la que pueden celebrarlo”¹³⁰. Creo que, en líneas generales, este objetivo se cumple de forma satisfactoria.

de la experiencia —que demuestra que muchos consumidores y comerciantes prefieren comunicarse a través del sitio *web* del empresario—, la posibilidad de ofrecer al consumidor la opción de cumplimentar y enviar un *modelo de formulario de desistimiento en línea* (o cualquier otra declaración inequívoca de desistimiento), en cuyo caso el comerciante está obligado (*ex* Directiva 2011/83) a proporcionar un *acuse de recibo* al consumidor, por ejemplo, por correo electrónico y sin demora [artículo 11.3 y considerando (45) Directiva 2011/83].

¹²³ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE DOUE L-2022-81573.

¹²⁴ *Cursiva propia*.

¹²⁵ Considerando (37).

¹²⁶ Reglamento (UE) 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE: DOCE, L 60 I/1, de 2 de marzo de 2018.

¹²⁷ Artículo 2, 16).

¹²⁸ BOE n.º 274, de 16 de octubre de 2020.

¹²⁹ Precisamente, esta definición es la que reproduce (en la “Voz interfaz digital”) el *Diccionario panhispánico del español jurídico*: disponible en [HTTPS://DPEJ.RAE.ES/LEMA/INTERFAZ-DIGITAL](https://dpej.rae.es/LEMA/INTERFAZ-DIGITAL)

¹³⁰ Considerando (37). En realidad, el objetivo de la sencillez en el ejercicio del derecho parece inspirar todo el régimen jurídico del desistimiento en la Directiva 2023/2673, como se infiere de su considerando (36): “A fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de desistimiento, el procedimiento para ejercer este derecho no debe ser más gravoso que el procedimiento para la celebración del contrato a distancia”.

Así resulta del modo en que el legislador regula este derecho de desvinculación negocial. Como se comprobará seguidamente, dicha regulación se edifica sobre dos conceptos clave cuales son, de un lado, la *función de desistimiento* (*infra*, 2) y, de otro, la *función de confirmación* (*infra*, 3).

2. Función de desistimiento

49. Por una parte, se impone al empresario el deber de asegurar que el consumidor pueda desistir del contrato utilizando una función de desistimiento que ha de etiquetarse con la expresión “desistir del contrato aquí” u otra equivalente que sea de fácil lectura. El legislador revela que esta función persigue “aumentar el conocimiento por parte de los consumidores de su derecho de desistimiento y simplificar la posibilidad de ejercerlo”¹³¹. Y le impone el cumplimiento de tres exigencias: 1ª) La primera es que *se encuentre disponible permanentemente* para su utilización durante todo el período durante el cual puede ejercitarse el desistimiento (*intervallo temporis* al que también suele designarse con las expresiones *plazo de reflexión* o *de enfriamiento*). 2ª) La segunda requiere que *sea de fácil acceso*. 3ª) La tercera y última exige que *se muestre de forma destacada* en la interfaz en línea para que pueda visualizarse de manera fácil y rápida¹³².

50. Con la finalidad de que se comprenda mejor cuándo resultan cumplidas las apuntadas exigencias —en especial, la de *fácil acceso*—, la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673 pone de manifiesto que “el consumidor no debe tener que emprender procedimientos para localizar la función o acceder a esta (como descargar una aplicación, si el contrato no se ha celebrado a través de dicha aplicación)”. Y añade que “para facilitar el proceso, el comerciante podría, por ejemplo, facilitar los hipervínculos que conduzcan al consumidor a la función de desistimiento”¹³³. A resultas de estas precisiones, todo apunta a que la opción consistente en proporcionar al consumidor *enlaces o hipervínculos* para acceder a la función de desistimiento puede considerarse una medida efectiva para ofrecer satisfactoriamente esta función. Sin embargo, no cabe afirmar lo mismo si se opta por obligar al consumidor a llevar a cabo otros pasos adicionales, como *descargarse una aplicación para desistir*, cuando esta sea distinta de la empleada para la celebración del contrato.

51. En cuanto a la configuración de esta función de desistimiento, se dispone que debe permitir al consumidor enviar una declaración de desistimiento en línea en la que informe al empresario de su decisión de poner fin al contrato. En concreto, dicha declaración ha de permitir al consumidor proporcionar o confirmar la siguiente información: *i)* su nombre; *ii)* los datos concretos que identifiquen el contrato del que desea desistir; y *iii)* la información detallada sobre los medios electrónicos por los que vaya a enviarse al consumidor la confirmación del desistimiento¹³⁴. Al respecto, la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673 aclara que cuando un consumidor ya se ha identificado, por ejemplo, al iniciar sesión, “debe poder desistir del contrato sin necesidad de volver a proporcionar su identificación o, según el caso, la identificación del contrato del que desee desistir”¹³⁵.

52. En realidad, la función de desistimiento se configura en la Directiva 2023/2673 como un instrumento adicional para desistir que el empresario resulta obligado a facilitar al consumidor cuando contrata a través de una interfaz en línea. Pero con carácter alternativo a otros instrumentos posibles, como —por ejemplo— el formulario de desistimiento contenido en el anexo I, letra B, de la Directiva 2011/83/UE¹³⁶. Quiero con ello resaltar que el consumidor que contrata a distancia mediante una interfaz

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Artículo 11 *bis*, apdo. 1, Directiva 2011/83.

¹³³ Considerando (37) Directiva 2023/2673.

¹³⁴ Artículo 11 *bis*, apdo. 2, Directiva 2011/83.

¹³⁵ Considerando (37) Directiva 2023/2673.

¹³⁶ Este formulario de desistimiento persigue facilitar al consumidor el ejercicio del derecho. Así lo confiesa el legislador comunitario en la Exposición de Motivos de la Directiva 2011/83, donde pone de manifiesto que el establecimiento de un modelo armonizado de formulario de desistimiento persigue “simplificar el proceso de desistimiento y aportar seguridad jurídica”. Razón por la cual impone a los Estados miembros el deber de abstenerse de añadirle requisitos de presentación (por ejemplo, en cuanto al tamaño

en línea cuenta con *plena libertad de forma* para ejercitar su derecho a desistir del contrato, aunque ha de tener a su disposición —por venir obligado legalmente a ello el empresario— una función de desistimiento que cumpla las exigencias a las que me acabo de referir¹³⁷.

53. A mi juicio, el aserto anterior es deducible de la inserción del adverbio *también* en el apdo. 1, primer párrafo, del artículo 11 *bis* de la Directiva 2011/83, obra de la Directiva 2023/2673. Dicha norma dice así: “En el caso de los contratos a distancia celebrados mediante una interfaz en línea, el comerciante se asegurará de que el consumidor *también* pueda desistir del contrato utilizando una función de desistimiento”¹³⁸. Repárese en que la norma transcrita no establece que en los contratos celebrados a través de interfaces en línea el consumidor *haya de desistir necesariamente* mediante la utilización de la función de desistimiento, sino que *también puede desistir* de ese modo, lo que no excluye la utilización de otras formas posibles, como el recurso al antecitado formulario, la realización de una llamada telefónica al empresario, el envío de un SMS o de un correo electrónico a este mismo sujeto. Por consiguiente, el empresario no podría negar validez al desistimiento con el argumento de que el consumidor no lo ha ejercitado a través de la función de desistimiento incluida en la interfaz en línea de la que se sirve para ofertar sus bienes y/o servicios al mercado. Dicha argumentación carecería de fundamentación legal¹³⁹. El consumidor puede desistir del contrato a través de esa función o mediante cualquier otro medio, siempre que ejercite su derecho dentro del plazo legalmente establecido y esté en condiciones de demostrar esta circunstancia¹⁴⁰. Por si pudiera existir alguna duda al respecto (que para mí no la hay), el considerando (37) de la Directiva 2023/2673 coadyuva decididamente a disiparla. En él se indica que en los contratos celebrados a través de interfaces en línea el empresario resulta “obligado a permitir que el consumidor desista de dicho contrato *por medio de una función, además de a través de otros medios de desistimiento existentes*, como el formulario establecido en el anexo I, letra B, de la Directiva 2011/83”¹⁴¹.

3. Función de confirmación

54. “A fin de evitar el ejercicio involuntario del derecho de desistimiento por parte del consumidor, el comerciante debe pedirle que confirme la decisión de desistimiento por medios que ratifiquen su

de letra) [art. 11.2 y considerando (44) Directiva 2011/83]. Y es que, ciertamente, la utilización por el consumidor de este formulario es la forma más fácil que tiene para desistir, al bastarle estampar su firma (en caso de formulario en papel) y enviar el documento al comerciante para desligarse de la relación contractual. *Lógicamente*, cuando el consumidor utilice el formulario de desistimiento en soporte papel, es deseable que su envío se realice mediante carta certificada con acuse de recibo, pues sólo así podrán evitarse futuros conflictos en torno a si se ha ejercitado o no temporáneamente el derecho a desistir del contrato. En cambio, si el modelo de formulario es en línea, se impone al comerciante la obligación de acusar recibo al consumidor (en un soporte duradero), por lo que dicho sujeto cuenta a su favor con un medio probatorio del ejercicio temporáneo de su derecho de desvinculación contractual.

¹³⁷ De conformidad con el principio de *libertad de forma*, el desistimiento del consumidor puede realizarse a través de cualquier medio que permita al empresario tener conocimiento de su existencia. Lo realmente relevante no es la forma de que se haya valido para desistir, sino que en caso de controversia esté en condiciones de acreditar que su decisión de desvinculación negociada fue ejercitada (*rectius*, expedida) en su debido tiempo. De modo que, dada la consagración en esta materia del principio de informalidad, cualquier exigencia del empresario al consumidor relativa a la forma de ejercicio del desistimiento habrá de reputarse nula y tenerse por no puesta (véase así, entre otros muchos: I. BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 62).

¹³⁸ Cursiva propia.

¹³⁹ Resulta aquí aplicable el artículo 11, apdo. 1, de la Directiva 2011/83: “Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor podrá: a) utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra B, o bien b) realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato. Los Estados miembros no impondrán ningún requisito formal al modelo de formulario de desistimiento distinto de los establecidos en el anexo I, letra B”.

¹⁴⁰ Pues, de conformidad con el artículo 11, apdo. 4, Directiva 2011/83, “la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento (...) recaerá en el consumidor”. Esta regla es lógica. Al ser el consumidor quien opone al empresario la extinción de la relación contractual, y quien, a la postre, va a resultar beneficiado de la demostración del ejercicio temporáneo del derecho de desistimiento, ha de ser él quien deba correr con dicha prueba. La Exposición de Motivos Directiva 2011/83 añade a lo anterior que, siendo el consumidor quien soporta la carga de la prueba de este extremo, le será muy útil valerse de “un soporte duradero al comunicar su desistimiento al comerciante” [considerando (44) *in fine*].

¹⁴¹ Cursiva propia.

intención de desistir”¹⁴². En estos términos expresa la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673 la finalidad de la función de confirmación. Según el legislador, esta otra función habrá de etiquetarse de forma *fácilmente legible* y únicamente con la expresión “confirmar desistimiento” u otra equivalente que, además, resulte inequívoca¹⁴³.

55. Tras ejercitar la confirmación, el empresario está obligado a remitir al consumidor un *acuse de recibo* del desistimiento en un *soporte duradero*, proporcionando detalles sobre su contenido, así como la fecha y hora de presentación, sin demoras injustificada ¹⁴⁴. A estos efectos, ha de entenderse por soporte duradero “todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios”¹⁴⁵. Entre otros instrumentos, merecen la consideración de soportes duraderos y, como tales, permiten al consumidor guardar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de la relación contractual entablada con el empresario, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria, los discos duros de ordenador y los correos electrónicos¹⁴⁶.

56. Lo normal es que el consumidor que desea desistir del contrato celebrado a través de una interfaz en línea primero haga uso de la función de desistimiento y seguidamente de la de confirmación. De este modo, se asegura contar a su favor con un eficaz medio de prueba de haber ejercitado temporalmente su derecho: el *acuse de recibo* remitido por el empresario en un soporte duradero. Ahora bien, dado que la realidad es muy plúrima, cabría preguntarse qué ocurriría cuándo el sujeto legitimado para desistir usa la función de desistimiento, pero no la de confirmación. Obviamente, se trata de situaciones infrecuentes y no deseables, en la medida en que privan al consumidor de un medio probatorio del ejercicio del derecho tan relevante como el *acuse de recibo* en soporte duradero. Desde mi punto de vista, cabría plantear al respecto dos hipótesis distintas, que, como se verá, dependen directamente del modo en que las funciones de desistimiento y confirmación estén configuradas en cada interfaz en línea: 1ª) La primera se daría cuando el ejercicio de la función de desistimiento implicase automáticamente que el empresario tuviera un conocimiento efectivo de que el consumidor ha manifestado su voluntad de desvincularse del contrato, sin tener que esperar al momento de la confirmación. En este caso me inclino por sostener que el consumidor ha desistido válidamente del contrato, siempre que pueda demostrar el ejercicio temporal de su derecho a través del uso de la referida función de desistimiento. 2ª) La segunda hipótesis tendría lugar en aquellas aplicaciones y sitios web en los que el ejercicio de la función de desistimiento no bastaría para que el empresario tuviese un conocimiento efectivo de la decisión de desistir del consumidor, al hacerse depender esta circunstancia del ejercicio de la función de confirmación. En mi opinión, si ambas funciones están diseñadas de tal modo que operan en el sentido que acabo de indicar, no parece razonable entender que para desligarse del contrato resulte suficiente instar la función de desistimiento, omitiendo su posterior confirmación.

¹⁴² Considerando (37) Directiva 2023/2673.

¹⁴³ Artículo 11 *bis*, apdo. 3, Directiva 2011/83.

¹⁴⁴ Artículo 11 *bis*, apdo. 4, Directiva 2011/83.

¹⁴⁵ Artículo 2, 10) Directiva 2011/83, intitulado “Definiciones” El artículo 2, letra f), Directiva 2002/65 (en materia de contratación a distancia de servicios financieros) ofrecía una definición de soporte duradero sustancialmente idéntica a la de la Directiva 2011/83 que transcribo en el texto. En concreto, definía estos términos como “todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. Y, siguiendo *ad pedem literae* a la referida Directiva de 2002, lo mismo hace el artículo 6 LCDSF de 2007.

¹⁴⁶ Considerando (23) Directiva 2011/83. El considerando (20) Directiva 2002/65 afirmaba: “Entre los soportes duraderos se encuentran en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección Internet no constituye un soporte duradero”.

57. La solución por la que me inclino en la primera de las situaciones descritas la apoyo en el principio *pro consumatore*, que exige interpretar las normas conformadoras del Derecho del consumo del modo más favorable para el consumidor y usuario. Y a este principio añado la plena vigencia del principio de libertad de forma en el ejercicio del desistimiento en los contratos celebrados a través de interfaces en línea. Entiendo que si el consumidor tiene libertad para desistir de cualquier modo siempre que demuestre que ejercitó el derecho dentro del plazo legal y que su declaración de desistimiento llegó finalmente al círculo de intereses del empresario (pues se trata de una declaración recepticia, al igual —por ejemplo— que la aceptación negocial), habrá de admitirse que para desligarse del contrato basta usar la función de desistimiento, siempre —claro está— que la misma esté diseñada de tal modo en la interfaz en línea que con su solo uso el empresario llegue a tener un conocimiento efectivo de la voluntad de desistir de quien la ejercita (y, por tanto, sin que sea condición necesaria utilizar también —a continuación— la de confirmación). Pese a que puedo estar equivocado, me inclino por esta solución por considerarla la más razonable. Además, parece conciliarse bien con el significado del término *confirmación*, definido por el diccionario —en su segunda acepción— como “revalidar lo ya aprobado”¹⁴⁷. Naturalmente, apoyar esta solución interpretativa no impide recomendar al consumidor que desee desistir de un contrato celebrado a través de una interfaz en línea que utilice las dos funciones, de desistimiento y de confirmación, que el empresario resulta obligado a ofrecerle.

VI. Especialidades del derecho de desistimiento en los contratos a distancia sobre servicios financieros

58. Al analizar esta materia, interesa partir de señalar que la Directiva 2002/65, primera norma que reguló en la UE la contratación a distancia de servicios financieros con consumidores, se refirió al derecho de desistimiento con los términos *derecho de rescisión*¹⁴⁸. En rigor, esta denominación era inapropiada¹⁴⁹. Como se sabe, la producción de un perjuicio económico en el sujeto legitimado para su ejercicio se erige en presupuesto de esta modalidad extintiva del negocio, que persigue evitar consecuencias injustas en quienes las padecen¹⁵⁰. Obviamente, dicho perjuicio puede existir en la contratación a distancia de servicios financieros (o de cualquier otro bien o servicio). Pero para las normas que regulan este (mal llamado) derecho de rescisión se trata de una cuestión irrelevante, al no supeditarse a ella su ejercicio. Así se infería con nitidez del artículo 6 de la Directiva 2002/65. En él quedaba claro que se estaba regulando un derecho *ad nutum*, de posible ejercicio “sin indicación de los motivos y sin penalización alguna”. Por consiguiente, el derecho que esta primera Directiva atribuyó al consumidor respondía propiamente a la figura del *desistimiento negocial*, entendido como la “facultad de una de las partes de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar la decisión”¹⁵¹, o si se prefiere —en términos muy similares entresacados del TRLGDCU— como “la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo

¹⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Voz confirmar”, disponible en <https://dle.rae.es/confirma>

¹⁴⁸ Acerca de la regulación del derecho de desistimiento en la Directiva 2002/65, entre otros: R. MARIMÓN DURÁ, *La tutela del usuario...*, cit., pp. 191 y ss., así como J.J. NOVAL LAMAS, *El Derecho de desistimiento...*, cit., *passim*.

¹⁴⁹ Aunque, en cierta manera, se explica por el contexto en el que se sitúa, ya que las primeras normas (europeas y nacionales) que reconocieron al consumidor un derecho que le facultaba a poner fin al contrato sin alegar causa alguna no optaron precisamente por designar a dicho derecho con el término “desistimiento”, sino con otros diferentes. Así lo prueban, entre otras, la Directiva 85/577 de protección del consumidor en contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que hablaba de “renuncia”, o la Directiva 97/7 de protección del consumidor en contratos a distancia, que optaba por el término “resolución” (ambas derogadas por la Directiva 2011/83); o, en el Derecho español, la (también derogada) Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que utilizaba el vocablo “revocación”.

¹⁵⁰ Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (“Voz rescisión”, disponible —en línea— en la dirección <https://dpej.rae.es/lema/rescisi%C3%B3n>), se entiende por rescisión, en sentido estricto, “el procedimiento iniciado a petición del interesado que lleva a dejar sin efecto un acto jurídico válido para evitar consecuencias injustas”.

¹⁵¹ De conformidad con el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (“Voz desistimiento del contrato” disponible en <https://dpej.rae.es/lema/desistimiento-del-contrato>). En la misma dirección, véase, *ad ex.*, en la doctrina: M. KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Civitas, 1997, p. 375; J.M. DE LA CUESTA RUTE Y E.M. VALPUESTA CASTAMINZA, “Marco general de la contratación mercantil”, en J.M. DE LA CUESTA RUTE *et alii*, *Contratos mercantiles*, Ed. J.M. Bosch, 2009, p. 101.

establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”¹⁵². Se explica así que, a mi juicio, haya de valorarse positivamente que el legislador de finales de 2023 rechace el término *rescisión* para referirse a este derecho y lo designe, más propiamente, con el vocablo *desistimiento*. Por cierto, que esta misma solución fue la seguida en su momento por el legislador español al incorporar la Directiva de 2002 a nuestro ordenamiento, como lo corrobora el artículo 10 LCDSF, que habla —con buen criterio— de *desistimiento* y no de *rescisión*.

59. Efectuada esta aclaración terminológica, he de centrar la atención en el análisis de las más novedosas y principales especialidades del régimen jurídico del derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros que son introducidas por la Directiva 2023/2673. Para ello me ocuparé seguidamente de los siguientes asuntos: 1º) en primer lugar, del plazo de ejercicio, con atención a su duración y cómputo; 2º) en segundo lugar, de los supuestos excluidos del derecho de desistimiento; y 3º) por último, de las consecuencias que se derivan para las partes contratantes una vez que dicho derecho ha sido ejercitado. Como se comprobará, es en el primero de estos asuntos en el que se aprecian las principales novedades tanto en relación con la Directiva de 2002, como en lo que respecta a la normativa general sobre contratación a distancia contenida en la Directiva 2011/83 y en el TRLGDCU.

1. Plazo de ejercicio: duración y cómputo

60. En lo que atañe a la *duración* del plazo para ejercitar el desistimiento, la comparación de las normas que al respecto figuraban en la Directiva de 2002 con las que contiene la Directiva de 2023, permite concluir que en esta materia se han introducido algunas novedades relevantes. Es verdad que ambas Directivas optan por un plazo general de 14 días naturales. Y que en ello se diferencian (a mi juicio, con acierto) de la solución inicialmente seguida por las normas europeas sobre contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles, que limitaron el plazo para desistir a 7 días hábiles (en el primer caso) o naturales (en el segundo)¹⁵³. Pero no es menos cierto que la nueva Directiva de 2023 se aleja en algunos extremos de la promulgada en 2002 (que deroga), al introducir *nuevos plazos de ejercicio* en casos más excepcionales. E incluso, como se verá, al *dejar abierto el plazo para desistir* en algún supuesto concreto. Al respecto, cabe efectuar las consideraciones que expongo a continuación, dirigidas a resaltar las novedades principales que en esta materia incorpora el legislador de finales de 2023 a la Directiva 2011/83, separándose de las soluciones que en su momento cristalizaron en la Directiva 2002/65.

¹⁵² Esta es la noción de desistimiento que ofrece el legislador español en el artículo 68, apdo. 1, TRLGDCU.

¹⁵³ Desde mi punto de vista, ha de valorarse positivamente la ampliación de 7 a 14 días del plazo para desistir y la eliminación de diferencias en cuanto a este plazo en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles, obra de la Directiva 2011/83. Por un lado, porque de este modo el consumidor cuenta con un plazo superior (2 semanas) para valorar su decisión negocial y desistir de ella si llega a la conclusión de que no le interesa. Por otro lado, porque no encuentra justificación el establecimiento de diferencias en cuanto a la duración del plazo para desistir, según el contrato sea concluido a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles. Y es que aun siendo verdad que los peligros que estos dos sistemas de contratación conllevan para los consumidores no son plenamente coincidentes, no es menos cierto al mismo tiempo que ambos comparten *una cierta identidad de razón*, al prescindir de los lugares donde tradicionalmente han venido celebrándose los contratos: los establecimientos mercantiles de los empresarios. Por otra parte, la Exposición de motivos de la Directiva 2011/83 aclara la finalidad de esta medida: poner fin a la inseguridad jurídica y a los costes de cumplimiento que generan las diferencias en cuanto a plazos de desistimiento que venían existiendo en la UE en función de los Estados miembros y de que los contratos fuesen concluidos a distancia o extramuros de los establecimientos mercantiles de los empresarios [considerando (40)]. En la doctrina previa a la Directiva 2023/26/73 apoyan la homogeneidad de plazos, *ad ex.*: N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica de servicios...*, *cit.*, p. 238; R. MARIMÓN DURÁ, “La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 567; L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE...”, *cit.*, p. 109. Es cierto, no obstante, que por exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161, ha sido ampliado el plazo de desistimiento de 14 a 30 días naturales en dos supuestos específicos de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: 1º) visitas no solicitadas al domicilio del consumidor; y 2º) excursiones organizadas por el empresario para promocionar determinados bienes. Para el resto de los supuestos el plazo se mantiene en 14 días naturales. Por tanto, todo apunta a que el legislador europeo ha considerado que en las dos situaciones indicadas peligra de forma más relevante la libre decisión negocial del consumidor. Razón por la cual le concede un plazo más amplio (30 días) para poder desistir del contrato celebrado.

Aunque previamente a ello, interesa dejar constancia de que, según la Directiva 2011/83, la totalidad de los plazos que en ella se fijan han de entenderse en días naturales y, además, que cuando un plazo expresado en días deba contarse a partir del momento en que ocurra un suceso o se realice un acto, el día en que se produzca dicho acto no debe computarse en el plazo. Así lo expresa el considerando (41) de su Exposición de Motivos que, con vistas a garantizar la seguridad jurídica, declara aplicable al cálculo de los plazos previstos en la Directiva 2011/83, el Reglamento (CEE, EURATOM) núm. 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos¹⁵⁴.

A) Duración

61. En el ámbito concreto de los seguros, la Directiva 2002/65, tras fijar en 14 días naturales el plazo para desistir, disponía que “dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619 y jubilaciones personales”¹⁵⁵. Se remitía aquí esta Directiva a la (ya derogada) Segunda Directiva sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida¹⁵⁶, cuyo artículo 15 establecía que cada Estado miembro de la UE “dispondrá que el tomador de un contrato de seguro de vida individual suscrito en uno de los casos contemplados en el Título III disponga de un plazo que oscilará entre 14 y 30 días”. Con ello el legislador de 2002 modificaba el plazo para desistir formulado por la referida Directiva 90/619, pues, al ampliarlo a 30 días naturales, no permitía que pudiera ser, por ejemplo, de 15, 21 o 29 días, como sí era posible al amparo de la Directiva 90/619. Como era de esperar, lo mismo hizo la LCDSF de 2007. En concreto, así se infiere de su artículo 10, apdo. 1, que tiene la siguiente redacción: “El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. *El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida*”¹⁵⁷.

62. La Directiva 2023/2673 aborda esta materia en el apdo. 1 del artículo 16 *ter* que incorpora a la Directiva 2011/83. El tenor de esta norma es el siguiente: “Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin necesidad de indicar el motivo y sin que se le aplique penalización alguna. *Ese plazo se ampliará a treinta días naturales en el caso de los contratos a distancia relacionados con pensiones personales*”¹⁵⁸. Como se comprueba con facilidad, a diferencia tanto de la Directiva de 2002 (ya derogada) como de nuestra (aún vigente) LCDSF de 2007, la ampliación a 30 días del plazo para desistir ya no va referida a los contratos de seguro de vida, sino a los de pensiones personales. Esta novedad se explica por la vigencia de la Directiva 2009/138, conocida como Solvencia II¹⁵⁹, que, como expuse *supra*, faculta a los Estados miembros de la UE a conceder al tomador de un contrato de seguro de vida individual un plazo para desistir de entre 14 y 30 días naturales (artículo 186)¹⁶⁰. Y es que la opción de la Directiva 2023/2673 por

¹⁵⁴ DOCE, L-124, de 8 de junio de 1971.

¹⁵⁵ Alguna doctrina sostuvo en su momento que los referidos plazos de 14 y 30 días eran máximos, lo que hacía imposible que fueran ampliados por el empresario o de común acuerdo por las partes (N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica de servicios...*, cit., p. 237). Frente a ella, otra doctrina sostuvo la solución contraria, admitiendo la fijación de plazos superiores a los legales como resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad (J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...”, cit., p. 33). En mi opinión, esta segunda postura es la defendible. Nada impide que se fijen plazos superiores a los legales para desistir. El problema está en que tales plazos se reduzcan, lo que no es posible por encontrarnos ante normas de *ius cogens* dirigidas a proteger a los consumidores y usuarios.

¹⁵⁶ Segunda Directiva del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE: DOCE núm. 330, de 29 de noviembre de 1990.

¹⁵⁷ *Cursiva propia*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Cit. supra*.

¹⁶⁰ La Directiva 2009/138 habla expresamente de “plazo de renuncia”, pero hemos de entender que, en rigor, se refiere a “plazo para desistir”, por las razones a las que me referí *supra*, en el texto.

un sistema de *supletoriedad parcial*, en el sentido que expliqué *más arriba* (*supra*, epígrafe I), le lleva a ser respetuosa con las legislaciones específicas en materia de servicios financieros que cuenten con una regulación propia. De ahí que descarte imponer a los legisladores nacionales un plazo de 30 días para desistir en los seguros de vida y les permita elaborar sus respectivas normativas internas de conformidad con lo previsto en la Directiva Solvencia II.

63. En consecuencia, pese al silencio que, en contraste con la Directiva de 2002, mantiene en este extremo la Directiva de 2023, cabe afirmar que, al incorporar a nuestro Derecho la Directiva 2023/2673, está en manos del legislador español mantener la solución vigente en esta materia en el artículo 10, apdo. 1, LCDSF, y conferir así al tomador de un seguro de vida concluido a distancia el plazo de 30 días naturales para desistir. Y ello no solo en lo que respecta a la duración del plazo fijado para desvincularse del contrato. También en lo que concierne al momento en el que ha de iniciarse su cómputo, ya que la LCDSF, tributaria en este extremo de la solución acogida en su día por la (ya derogada) Directiva 2002/65, no contraviene a la Directiva Solvencia II cuando dispone que el plazo para desistir en este tipo de seguros comienza cuando se informa al consumidor de la celebración del contrato, y no desde el día de su conclusión¹⁶¹. Al mismo tiempo —y sobre la base de idénticas razones—, ha de considerarse respetuoso con la Directiva 2023/2673 el artículo 83 a) LCS, que confiere al tomador en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses (sobre la vida propia o la de un tercero) “la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional”¹⁶².

64. Cosa distinta acontece con los seguros que no son de vida. Como en relación con ellos la Directiva 2009/138/CE establece normas relativas a la información precontractual, pero no atribuye un derecho de desistimiento al tomador, se les habrán de aplicar las normas sobre deberes de información propias y, junto a ellas, las relativas al desistimiento que se contienen en la Directiva 2023/2673. Para evitar equívocos al respecto, así lo afirma expresamente el redactor de la Directiva 2023/2673 en el considerando (21), al que tuve ocasión de referirme más arriba. Recuérdese que en él se dice, entre otras cosas, lo que sigue: “Por ejemplo, la Directiva 2009/138/CE establece normas sobre los requisitos de la información precontractual pero, con respecto a los seguros distintos del seguro de vida, no contiene ningún derecho a que el consumidor disponga de un período de tiempo para reflexionar sobre las repercusiones del contrato firmado. *En tal caso, deben aplicarse las normas sobre información precontractual establecidas en el acto de la Unión que regule los servicios financieros específicos y las normas sobre el derecho de desistimiento establecidas en la presente Directiva*”¹⁶³.

¹⁶¹ En concreto, la Directiva Solvencia II establece que los Estados miembros “establecerán que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo que oscilará entre 14 y 30 días, *a partir del momento en que se informe al tomador de que se ha celebrado el contrato*, para renunciar al contrato” (artículo 186, apdo. 1). Por su parte, la LCDSF, tras fijar el plazo del desistimiento en 30 días naturales para los seguros de vida, dispone que el plazo para ejercer el derecho de desistimiento “empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, *salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado*” (artículo 10, apdo. 1) [en ambos casos la cursiva es propia]. Es verdad que esta solución en cuanto al inicio del plazo para desistir ha suscitado alguna crítica doctrinal, al no comprenderse la razón de hacer empezar el cómputo en el momento en que se informa al consumidor de haber celebrado el contrato. Sobre todo, por entenderse que dicha información no es aquí esencial, al no ser posible que un sujeto desconozca haber contratado un seguro de vida cuando ha sido él precisamente quien ha emitido la aceptación de la oferta negocial: J. SIRVENT GARCÍA, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, p. 75, y tras él, P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, *cit.*, *supra*.

¹⁶² R. PALÁ LAGUNA, “Inclusión del régimen de comercialización a distancia...”, *cit.*, p. 4; M.J. PEÑAS MOYANO, “El cliente-consumidor de seguros ante un mercado inteligente y digital...”, *cit.*, p. 791.

¹⁶³ Cursiva propia. Esta misma idea aparece reflejada en el apdo. 6 del artículo 16 ter Directiva 2023/2673: “Cuando otro acto de la Unión que regule servicios financieros específicos contenga normas sobre el derecho de desistimiento, solo serán aplicables a esos servicios financieros específicas aquellas normas sobre el derecho de desistimiento que establezca ese acto de la Unión, a menos que en dicho acto de la Unión se disponga otra cosa. Cuando ese otro acto de la Unión conceda a los Estados miembros el derecho a elegir entre el derecho de desistimiento y otra alternativa, como, por ejemplo, un período de reflexión, solo serán aplicables a esos servicios financieros específicos las normas correspondientes de ese acto de la Unión, a menos que en ese otro acto de la Unión se disponga otra cosa”.

B) Cómputo

65. En el cómputo del plazo para desistir también se aprecian algunas importantes novedades. Es cierto que la regla general en la materia no experimenta cambios. Al igual que disponía la Directiva de 2002, la nueva de 2023 establece que el plazo para desistir se computa *desde el día de celebración del contrato, salvo cuando en ese momento el consumidor no haya recibido la información preceptiva y las condiciones contractuales, en cuyo supuesto el inicio del plazo se pospone al día en que el consumidor reciba dicha información*. Basta cotejar las reglas de ambas Directivas sobre esta materia para corroborar la exactitud de esta conclusión. En concreto, la (derogada) Directiva de 2002 disponía que el plazo para rescindir (*rectius*, desistir) “comenzará a correr: — bien el día de la celebración del contrato (...), — bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si ésta es posterior” (artículo 6.1). Por su parte, la Directiva de 2023 establece que el plazo para desistir “comenzará a partir de: a) el día de la celebración del contrato a distancia, o b) el día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con el artículo 16 *bis*, si esta fecha fuera posterior a la indicada en la letra a) del presente párrafo” (artículo 16 *ter*, apdo. 1).

C) Nuevas reglas ausentes en la Directiva 2002/65

66. Ahora bien, el legislador europeo de 2002 reducía la acción legislativa en la materia que ahora interesa a lo que acabo de exponer (junto con la especialidad referida a los seguros de vida, de la que ya he tenido ocasión de ocuparme). Sin embargo, el legislador de 2023 va más allá, pues establece dos reglas que, en rigor, constituyen una novedad tanto respecto del régimen de la contratación a distancia de servicios financieros contenido en la Directiva de 2002, como del regulador de la contratación a distancia en general que se contiene en la Directiva 2011/83¹⁶⁴. Seguidamente, expongo y explico cada una de ellas.

a) Primera regla: ampliación del plazo para desistir a 12 meses y 14 días cuando no se entregan al consumidor las condiciones contractuales ni se le facilita la información precontractual

67. A renglón seguido del párrafo antes transcrito (extraído del artículo 16 *ter*, apdo. 1, Directiva 2011/83, según redacción dada por la Directiva 2023/2673), el legislador europeo de 2023 dispone que “[s]i el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información de conformidad con el artículo 16 *bis*, el plazo de desistimiento expirará en cualquier caso doce meses y catorce días después de la celebración del contrato a distancia”. Se formula así una regla de ampliación del plazo para desistir que en cierta manera homologa el régimen del derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros con el aplicable, en general, a los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles, tal como resulta de la Directiva 2011/83 (y, en nuestro Derecho interno, de los artículos 92 y ss. TRLGDCU). Digo que la referida homologación tiene lugar solo en cierta manera porque, realmente, ambas reglas, aunque presentan algún punto de aproximación, no son coincidentes. Antes bien, cabe apreciar sustanciales diferencias entre ellas.

68. Para corroborar la exactitud de este último aserto conviene partir de la regulación que la Directiva 2011/83 ofrece de este asunto. En concreto, esta se contiene en su artículo 10. Bajo la rúbrica “Omisión de información sobre el derecho de desistimiento”, este precepto dispone: “1. Si el comer-

¹⁶⁴ Sobre las diferencias que en esta materia se vislumbran tras comparar el texto de la Directiva 2023/2673 con el de la Propuesta de Directiva: M.J. PEÑAS MOYANO, “El cliente-consumidor de seguros ante un mercado inteligente y digital...”, *cit.*, p. 795 y ss.; PALÁ LAGUNA, R., “El régimen tuitivo del consumidor...”, *cit.*, pp. 9 y ss.; L. MÁRQUEZ LOBILLO, “Contratación de servicios financieros en línea y protección del consumidor a raíz de la Propuesta de modificación de la Comisión Europea”, en L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente/consumidor*, Ed. Marcial Pons, 2023, pp. 769 y ss.

ciente no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2. 2. Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información”. A la vista de esta regulación, parece clara la opción seguida por la Directiva 2011/83. Esta puede concretarse en las dos reglas siguientes: 1^ª) Cuando el empresario no ha proporcionado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento (en concreto, la relativa a las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercerlo, así como el modelo de formulario de desistimiento que consta en el anexo I, letra B), el plazo para desistir (fijado, en general, en 14 días naturales) se amplía a 12 meses a contar desde la fecha en que finaliza el período de desistimiento inicial de 14 días. 2^ª) Ahora bien, si durante ese plazo más amplio de 12 meses el empresario cumple con la referida obligación de información, el plazo para desistir finaliza a los 14 días naturales contados a partir de la fecha de cumplimiento¹⁶⁵.

69. No es esto, sin embargo, lo que dispone la nueva Directiva de 2023. En principio, se advierten dos claras diferencias entre ambos textos armonizadores: 1^ª) La primera consiste en que la ampliación del plazo para desistir (de 14 días a 12 meses) no se hace depender del incumplimiento del deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento —que es lo que hace la Directiva 2011/83—, sino, más ampliamente, de que dicho sujeto no haya recibido del empresario “las condiciones contractuales y la información de conformidad con el artículo 16 *bis*” [*sic*], con remisión a toda la información precontractual que el empresario está obligado a suministrar al consumidor en la forma legalmente requerida. 2^ª) La segunda estriba en que, a diferencia de lo establecido en la Directiva 2011/83, la Directiva 2023/2673 no dispone que, en caso de que se cumpla la obligación de información referida dentro del plazo ampliado de 12 meses, el plazo para desistir (de 14 días naturales) empezará a contar a partir del día en tenga lugar dicho cumplimiento. Antes bien, se limita a establecer que cuando quepa constatar que el consumidor no ha recibido las condiciones contractuales y la información referida, el plazo para ejercitar el desistimiento “expirará en cualquier caso” a los 12 meses y 14 días contados a partir de la fecha de celebración del contrato.

70. A mi juicio, sería posible interpretar en un doble sentido la regla de la Directiva 2023/2673 sobre la que se fundamenta la segunda diferencia expuesta: 1^ª) Por un lado, cabría una interpretación literal o textual, respetuosa con el principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*), según la cual en todos los casos comprendidos dentro de esa regla el plazo para desistir sería de 12 meses y 14 días, independientemente de que dentro de los 12 meses el empresario haya dado cumplimiento a los deberes aludidos por la norma. 2^ª) Por otro lado, cabría una interpretación contextual, más alejada del tenor de la norma, pero acomodada al contexto en el que se inserta, que no es otro que el articulado de la Directiva 2011/83. De conformidad con esta otra interpretación, si dentro del plazo de 12 meses el empresario cumple sus obligaciones de entrega de las condiciones contractuales y de la información precontractual, a partir de la fecha del cumplimiento se inicia un plazo para desistir de 14 días naturales. Es verdad que esta segunda interpretación, que podría merecer el calificativo de analógica, encuentra algunos obstáculos que no deben silenciarse. Entre ellos, cabría invocar la inexistencia de una *laguna legal* en sentido propio, pues es totalmente razonable imputar al redactor de la Directiva 2023/2673 el conocimiento del régimen del desistimiento de la Directiva 2011/83, lo que conduce a calificar como deliberada la opción por una solución distinta. Y, como se sabe, cuando hay *silencio deliberado* no puede hablarse cabalmente de *laguna legal*, necesaria para que proceda recurrir con éxito —y corrección *técnica*— a la interpretación analógica.

71. Pese a esto —y aun pudiendo estar equivocado—, me inclino por esta segunda interpretación. No veo razones para entender que, en un contrato celebrado a distancia sobre servicios financieros,

¹⁶⁵ Al respecto, más ampliamente: L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...”, *cit.*, pp. 108 y ss.

una vez cumplida la obligación de entrega de las condiciones contractuales y de la información por parte del empresario, no pueda empezar a contar, a partir de ese momento, el plazo para desistir de 14 días naturales (artículo 16 *ter* Directiva 2001/83, según la redacción dada por la Directiva 2023/2673), y, sin embargo, dicha solución sea la aplicable a cualquier otro contrato a distancia que no verse sobre servicios financieros (artículo 10 Directiva 2011/83). Además, a favor de esta interpretación cabría invocar el considerando (35) de la Directiva 2023/26. En él puede leerse que “[p]ara aumentar la seguridad jurídica, si el consumidor no ha recibido la información precontractual y las condiciones contractuales, el plazo de desistimiento debe expirar *a más tardar* doce meses y catorce días naturales después de la celebración del contrato a distancia”¹⁶⁶. Y es que la expresión *a más tardar* aquí utilizada bien podría interpretarse en el sentido de que en estos casos cabrían también otros plazos inferiores para desistir, con referencia a aquellos supuestos en los que se cumplen por el empresario sus obligaciones con anterioridad al transcurso del plazo de 12 meses. Algo similar cabría también deducir de la expresión *en cualquier caso* empleada por el artículo 16 *ter* que la Directiva 2023/2673 introduce en la Directiva 2011/83: “el plazo de desistimiento expirará *en cualquier caso* doce meses y catorce días después de la celebración del contrato a distancia”¹⁶⁷.

b) Segunda regla: el plazo para desistir queda abierto cuando no se informa al consumidor de su derecho de desistimiento

72. Las diferencias apreciables entre las Directivas 2011/83 y 2023/2673 en la materia que ahora analizo no se reducen a las expuestas. Aún hay más. La Directiva 2023/2673 añade al artículo 16 *ter* (que incorpora a la Directiva 2011/83) una precisión interesante. Tras formular la regla que acabo de comentar (ampliación del plazo para desistir a 12 meses y 14 días), basada en razones de seguridad jurídica —según se afirma en la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673¹⁶⁸— dispone que la misma “no se aplicará si el consumidor no ha sido informado de su derecho de desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 *bis*, apartado 1, letra p)” ¿Cómo ha de interpretarse esta nueva regla? ¿Significa que cuando el empresario no suministra información al consumidor sobre el derecho de desistimiento no se aplica la regla excepcional de la ampliación a 12 meses del plazo para desistir (en el sentido y con el alcance ya explicados), sino la regla general, de modo que el plazo expira a los 14 días naturales contados desde la celebración del contrato? Naturalmente, esta interpretación ha de rechazarse de plano por contravenir abiertamente la lógica y carecer de sentido alguno. Además, es contraria a algunos pronunciamientos del TJUE a los que me referiré más adelante, favorables a calificar como “de interés público” el deber de informar al consumidor del desistimiento negocial.

73. La clave para entender qué quiere expresar el legislador con esta regla la ofrece el considerando (35) de la Exposición de motivos de la Directiva 2023/2673. Es cierto que el TJUE ha declarado que los considerandos carecen de valor jurídico vinculante y no pueden ser utilizados para ofrecer a una norma un sentido manifiestamente contrario a su tenor¹⁶⁹. Pero, al mismo tiempo, no ha dudado en imputarles en ciertos casos un valor muy importante como fuente de interpretación auténtica con vistas a fijar el espíritu y la finalidad de una disposición¹⁷⁰. Y, en mi opinión, esto último es precisamente lo que

¹⁶⁶ Cursiva propia.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Considerando (35): “*Para aumentar la seguridad jurídica*, si el consumidor no ha recibido la información precontractual y las condiciones contractuales, el plazo de desistimiento debe expirar a más tardar doce meses y catorce días naturales después de la celebración del contrato a distancia” (cursiva propia).

¹⁶⁹ *Ad ex.*: STJUE de 19 de junio de 2014, en el asunto C345/13 (*Karen Millen Fashions*; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0345>); y STJUE de 25 de noviembre de 2020, en el asunto C303/19 (*Istituto nazionale della previdenza sociale*; disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/3e3560e9-6432-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>).

¹⁷⁰ Así, entre otras, como ejemplo reciente, véase la STJUE de 22 de diciembre de 2022 en el asunto C-61/21 (*JP c. Ministre de la Transition Ecologique, Premier Ministre*; disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0061>

acontece con el considerando (35) en el extremo del que ahora me ocupo. En concreto, en lo que aquí interesa, se afirma expresamente en dicho considerando que el plazo para desistir “no debe expirar si el consumidor no ha sido informado en un soporte duradero de su derecho de desistimiento”. De modo que todo apunta a concluir que el régimen del derecho de desistimiento en la Directiva 2023/2673 se construye sobre la base de las siguientes reglas en lo que atañe, singularmente, a los plazos de ejercicio: 1º) Si el empresario no entrega al consumidor, total o parcialmente, las condiciones contractuales e incumple alguno o algunos de sus deberes de información precontractual, el plazo para desistir se fija en 12 meses y 14 días, en el sentido ya explicado. 2º) Pero si la información incumplida abarca específicamente la concerniente al derecho de desistimiento (en concreto, los datos relativos a la existencia o no de dicho derecho y, en caso afirmativo al plazo y condiciones para ejercitarlo, al importe que el consumidor pueda tener que abonar, así como a las consecuencias de no ejercerlo: artículo 16 *bis*, apdo. 1, letra p), queda expedito el plazo para desistir (aunque no *sine die*, como expondré seguidamente, al serle aplicable el plazo de prescripción general de las acciones personales)¹⁷¹.

74. A mi juicio, esta solución ha de valorarse positivamente, pese a los efectos negativos sobre la seguridad jurídica que puede desplegar. Sobre todo, porque al ser la información sobre el derecho de desistimiento esencial para su ejercicio (en los términos expresados por el TJUE en el asunto *Martín Martín/EDP Editores S.L.*, donde pone de manifiesto que en el deber de informar al consumidor del desistimiento negocial subyace un auténtico “interés público”¹⁷²), la omisión de dicha información no debería conllevar la ampliación del plazo para desistir (de 14 días a 12 meses), sino que habría de posibilitar al consumidor el ejercicio del desistimiento hasta tanto el empresario no cumpla sus deberes de información relativos a dicho derecho. Se trata, además, de la solución que más incentiva a los empresarios a cumplir las exigencias informativas relativas al desistimiento negocial que la ley les impone. Y, al mismo tiempo, la que mejor ampara los intereses económicos de los consumidores y usuarios que son los sujetos beneficiarios de protección a través de esta normativa¹⁷³.

75. Por otra parte, esta solución se acomoda perfectamente a la doctrina sentada por el TJUE en el asunto C-481/99 (*Heininger*), de 13 de diciembre de 2001¹⁷⁴. Se analiza en esta STJUE si una norma nacional puede imponer un límite de un año al ejercicio del derecho de desistimiento unilateral en los casos en que el empresario no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho a desistir del contrato. Entre las alegaciones realizadas por el empresario (un banco que había concedido un préstamo fuera de su establecimiento mercantil), se alude especialmente a que la inexistencia de un límite en el plazo para ejercitar el derecho a desistir del contrato afecta de forma seria a la seguridad jurídica. El TJUE, sin embargo, rechaza dicha alegación. Sobre todo, por entender que “tales motivos [esto es, la afectación sensible de la seguridad jurídica] no pueden prevalecer puesto que implican una limitación de los derechos que la Directiva sobre venta a domicilio concede expresamente al consumidor para protegerlo contra los riesgos derivados del hecho de que las entidades de crédito opten por celebrar contratos de crédito con garantía real fuera de sus establecimientos comerciales”. Y a esto añade seguidamente

¹⁷¹ En esta dirección, también: P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La contratación a distancia de servicios financieros...*, cit., supra. En palabras de este autor “la principal diferencia entre el régimen general de los contratos celebrados a distancia (arts. 10 DDC y 105 TRDCU) y el especial aplicable a los negocios a distancia de servicios financieros (art. 16 *ter*, apdo. 1º) radica en el tratamiento diferenciado de la omisión de la información acerca de la existencia misma del derecho de desistimiento. Mientras que los arts. 10 DDC y 105 TRDCU establecen un plazo de doce meses para que el consumidor pueda ejercer su derecho en caso de falta de información sobre este, la DCDSFC23, por el contrario, dispone que el plazo de desistimiento no expirará si el consumidor no ha sido informado en un soporte duradero sobre su derecho a desistir. De este modo, el posible ejercicio del derecho de desistimiento permanece en estado latente hasta que se cumpla con dicha obligación informativa”.

¹⁷² STJUE de 17 de diciembre de 2008, asunto C-227/08 (caso *Martín Martín/EDP Editores, S.L.*) disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0227&qid=1733759982626>

¹⁷³ En este sentido, más ampliamente: L.M. MIRANDA SERRANO, “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial: A propósito de la STJUE y la SAP Salamanca en el asunto *Martín Martín/EDP Editores S.L.*”, en L.M. PILOÑETA ALONSO y M. IRIBARREN BLANCO (coords.), *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 475 y ss.

¹⁷⁴ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0481>

que “si estas entidades eligen tales métodos para comercializar sus servicios, pueden salvaguardar sin dificultad tanto los intereses de los consumidores como sus propias exigencias de seguridad jurídica mediante el cumplimiento de la obligación de informar a éstos”¹⁷⁵. Por tanto, todo parece apuntar a que esta jurisprudencia ha estado presente en el legislador de 2023 a la hora de dictar la regla según la cual cuando no se informa al consumidor del derecho de desistimiento en los términos legalmente exigidos, dicho sujeto tiene abierta la posibilidad de desistir del contrato sin necesidad de tener que ejercitar dicha facultad en el plazo de 12 meses y 14 días, fijado para los casos de incumplimiento de cualesquiera otros deberes de información y de no entrega de las condiciones contractuales.

76. Además, frente a quienes recelan de esta solución por sus efectos adversos sobre la seguridad jurídica, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho de desistimiento en estos casos no es posible *sine die*, en la medida en que ha de entenderse aplicable en este ámbito el plazo general de prescripción de las acciones personales que, como se sabe, está fijado en nuestro Derecho en 5 años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015¹⁷⁶.

2. Excepciones al derecho de desistimiento

77. La Directiva 2023/2673 contiene un listado de contratos en los que se priva al consumidor del derecho de desistimiento. En líneas generales, la lista de exclusiones coincide con la que ofrecía la Directiva 2002/65¹⁷⁷. Entre los supuestos excluidos, cabe mencionar, en primer lugar, los contratos de servicios financieros destinados a los consumidores cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros ajenas al control del empresario y que pudieran acaecer durante el plazo para desistir. Se trata de una exclusión lógica que obedece a que el derecho de desistimiento *no sea ejercitado con fines especulativos* en contra del empresario, especialmente en aquellos supuestos en los que la equivalencia de prestaciones de las partes pueda resultar quebrantada en el momento de ejercitar el referido derecho de desvinculación contractual¹⁷⁸. En lo que concierne a esta excepción, hay un dato de cierto interés que me parece oportuno comentar. Me refiero a que la Propuesta de Directiva de 2022 mencionaba expresamente a los criptoactivos (tal como son definidos en el Reglamento 2023/1114¹⁷⁹) dentro de este supuesto de exclusión. Sin embargo, dicha mención ha desaparecido del texto de la Directiva 2023/2673 finalmente aprobado. A mi juicio, es correcto que así haya sucedido. Como he explicado con anterioridad, la Directiva 2023/2673 se acoge a un *sistema de supletoriedad parcial*, lo que conduce a que el derecho de desistimiento en materia de criptoactivos se regule por su normativa específica. Pues bien, esta normati-

¹⁷⁵ Finalmente, el TJUE concluye que esta Directiva (con referencia a la Directiva 85/577/CEE relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales) “se opone a que el legislador nacional aplique un plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación (...), cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el artículo 4 de la mencionada Directiva”. *Ad ex.*, una valoración positiva de esta STJUE puede verse en B. HERNÁNDEZ BATALLER, “Protección de los consumidores en la contratación a distancia de servicios financieros”, *Revista de Derecho y Economía de la Integración*, núm. 10, junio de 2023, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://revistas.colex.es/index.php/derechoeconomaintegracion/article/view/138>; al respecto también, entre otros: R. MARIMÓN DURÁ, “La banca electrónica en el marco...”, *cit.*, p. 566.

¹⁷⁶ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015. Según su Disposición final 1ª (intitulada “Modificación del Código Civil en materia de prescripción”): “Se modifica el artículo 1964 del Código Civil, que queda redactado del siguiente modo: *Artículo 1964*. 1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años. 2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

¹⁷⁷ A propósito de las exclusiones tal como figuraban en la Directiva de 2002, pueden consultarse, para más información: N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica...*, *cit.*, pp. 240 y ss.; R. MARIMÓN DURÁ, *La tutela del usuario...*, *cit.*, pp. 196 y ss.; J.J., NOVAL LAMAS, *El derecho de desistimiento...*, *cit.*, pp. 207 y ss; también, aunque a propósito de la Propuesta de LCDSF: J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...”, *cit.*, pp. 37 y ss.

¹⁷⁸ Así, entre otros muchos, y con cita de doctrina que analiza esta excepción en el régimen general de la contratación a distancia: J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...”, *cit.*, p. 37; L.M. MIRANDA SERRANO, “Contratos celebrados a distancia”, *cit.*, p. 1536.

¹⁷⁹ *Cit. supra*.

va es clara al establecer que el derecho de desistimiento no ha de aplicarse cuando los criptoactivos “se admitan a negociación antes de su adquisición por el titular minorista, puesto que, en tal caso, el precio de estos criptoactivos depende de las fluctuaciones de los mercados de criptoactivos”¹⁸⁰. Junto a esto —y en consonancia con ello—, recordemos también que del Reglamento de criptoactivos se infiere que el derecho de desistimiento reconocido al titular minorista se rige por el Reglamento 2023/1114 y no por la normativa sobre contratación a distancia de servicios financiero ¹⁸¹.

78. El derecho de desistimiento está también excluido en las pólizas de seguros de viaje o de equipaje o pólizas de seguros similares a corto plazo de una duración inferior a un mes. La razón de ser de esta exclusión reside en la *brevedad de la duración del seguro en relación con el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento* (de catorce días naturales)¹⁸². Acerca de esta exclusión se ha planteado alguna queja ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) referida expresamente al derecho de desistimiento en los seguros de asistencia en viaje. En concreto, el reclamante exponía que, tras contratar un seguro de este tipo a través de la web del mediador, quiso ejercitar el derecho de desistimiento, pero la correduría le indicó que no era posible sobre la base de lo dispuesto en la LCDSF de 2007, dado que en este supuesto estaba excluido el derecho de desistimiento. El informe final del Servicio de Reclamaciones entendió que la ley excluye únicamente el desistimiento en los seguros de viaje, equipaje o similares de duración inferior a un mes. De modo que, como en el caso sobre el que versaba la reclamación la duración del viaje era superior a 4 meses, el reclamante podía ejercer este derecho durante el plazo de 14 días naturales contados desde el momento de la celebración del contrato. En su explicación, la DGSFP concluye que la entidad de mediación no había asesorado debidamente a su cliente. Y añade que “los corredores están obligados a ofrecer asesoramiento independiente y profesional a sus clientes durante toda la vida del contrato”¹⁸³.

79. La exclusión del derecho a desistir también comprende los contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor con anterioridad a que este ejerza su derecho de desistimiento. El supuesto está redactado de forma tan clara que no precisa de mayores comentarios. Es la propia naturaleza de la operación la que veta el posible ejercicio del derecho de desistimiento¹⁸⁴. *Si el consumidor, informado de su derecho a desistir del contrato, pide expresamente que el negocio se ejecute, y dicha ejecución tiene lugar en su totalidad, carece de fundamento que se le conceda con posterioridad la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento*¹⁸⁵.

3. Consecuencias derivadas de su ejercicio

80. Como es natural, la principal consecuencia anudada al ejercicio del derecho de desistimiento ha de consistir en desligar al consumidor del contrato celebrado con el empresario. El consentimiento contractual otorgado por el consumidor es válido y, por ende, le vincula hasta tanto no emita una declaración de voluntad en sentido contrario. Emitida y expedida dentro de plazo esta declaración de voluntad, el consumidor queda legítimamente desvinculado de la operación negocial. Hecha esta aclaración de carácter general, interesa tener en cuenta que, de conformidad con el nuevo artículo 16 *ter*, apdo. 4, de la Directiva 2001/83 (*ex* Directiva 2023/2673), si el proveedor o un tercero suministran un servicio accesorio vinculado al contrato a distancia de servicios financieros mediante un acuerdo entre dicho ter-

¹⁸⁰ Considerando (37) Reglamento (UE) 2023/1114.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ad. ex.*, J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...” *cit.*, p. 38.

¹⁸³ *Memoria del Servicio de reclamaciones de la DGSFP*, p. 60; disponible [en línea] en la siguiente dirección: <https://dgsfp.mineco.gob.es/eu/Publicaciones/DocumentosPublicaciones/Memoria%20del%20Servicio%20de%20Reclamaciones%202016.pdf>

¹⁸⁴ J.A. VIERA GONZÁLEZ, “Comercialización a distancia de servicios financieros...” *cit.*, p. 39.

¹⁸⁵ Al respecto, el considerando (34) Directiva 2023/2673 afirma que “[c]uando el derecho de desistimiento no sea aplicable porque el consumidor haya solicitado expresamente que se ejecute un contrato a distancia antes de la expiración del plazo de desistimiento, el comerciante debe informar de ello al consumidor antes del inicio de la ejecución del contrato”.

cero y el proveedor, el consumidor no estará obligado por el contrato accesorio en el caso de que decida poner fin al contrato principal mediante el ejercicio de su derecho a desistir. Lo que se complementa con la prohibición de imponer cualquier cargo al consumidor en el caso de que opte por rescindir el contrato accesorio. No es difícil advertir que nos encontramos aquí ante una clara concreción normativa del viejo apotegma *accessorium sequitur principale*. En efecto, esta norma (artículo 16 *ter* Directiva 2023/2673) se decanta por establecer que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, como se infiere con claridad de la previsión según la cual el ejercicio del desistimiento por el consumidor en relación con el contrato principal conlleva automáticamente su desvinculación del contrato accesorio.

81. Junto a lo anterior, la Directiva 2023/2673 dispone que, una vez ejercitado el derecho de desistimiento, el empresario o comerciante ha de reembolsar al consumidor sin demora, en un plazo máximo de 30 días naturales contados desde la fecha de recepción de la comunicación de desistimiento, todas las cantidades que haya recibido del consumidor, con deducción del importe de los servicios que realmente hayan sido prestados. Y a esto añade que ningún importe adeudado por el consumidor podrá rebasar un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio comparada con la extensión total del contrato a distancia, ni ser, en ningún caso, de tal magnitud que pueda considerarse una penalización. Por su parte, el consumidor resulta obligado a devolver a la contraparte (empresario y/o profesional) las cantidades que haya recibido sin demora en un plazo máximo de 30 días naturales contados a partir de la fecha de ejercicio del derecho de desistimiento (artículo 16 *ter* Directiva 2011/83 *ex* Directiva 2023/2673). En el ámbito concreto del seguro, a todo lo anterior se añade la facultad de los Estados miembros de prohibir que los consumidores estén obligados a pagar alguna cantidad por desistir de un contrato de seguro (artículo 16 *quater* Directiva 2011/83 *ex* Directiva 2023/2673).

VII. Consideraciones finales acerca de las posibles opciones que se abren al legislador a la hora de incorporar la Directiva 2023/2673 al ordenamiento español

82. No quiero poner punto final a estas páginas sin realizar unas reflexiones finales acerca de las posibles vías que se abren al legislador español a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2023/2673, lo que ha de acontecer, como muy tarde, el 19 de diciembre de 2025 (aunque el legislador europeo de 2023 ha previsto una *vacatio* aplicativa hasta el 19 de junio de 2026)¹⁸⁶. Dichas vías podrían concretarse en las siguientes: 1^ª) El mantenimiento de la LCDSF de 2007, pero reformando aquellos de sus aspectos que no se acomodan a la Directiva 2023/2673. 2^ª) La derogación de la LCDSF de 2007 y su remplazamiento por otra nueva ley especial adaptada a las exigencias de la Directiva 2023/2673. 3^ª) La incorporación del contenido de la Directiva de 2023 al articulado del TRLGDCU, lo que —como es natural— requeriría la derogación de la LCDSF.

83. Es cierto que las dos primeras vías, tal como acabo de exponerlas, serían inexactas por incompletas, en la medida en que hay una parte de la Directiva 2023/2673 que, a mi juicio, habría de incorporarse necesariamente al TRLGDCU. Me refiero a la que regula el derecho de desistimiento del consumidor cuando los contratos a distancia (versen o no sobre servicios financieros) se celebran a través de interfaces en línea. Y es que, al tratarse de normas aplicables a todo contrato a distancia, independientemente de cuál sea su objeto, dichas disposiciones tendrían que insertarse en el TRLGDCU; en concreto —aunque esto pueda ser opinable—, en el Título III del libro segundo (intitulado “Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”), como necesario complemento de las normas reguladoras de la contratación a distancia (artículos 92 y ss.)¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Artículo 2 Directiva 2023/2673: “Queda derogada la Directiva 2002/65/CE con efectos a partir del 19 de junio de 2026. Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la Directiva 2011/83/UE, modificada por la presente Directiva, y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo de la presente Directiva”

¹⁸⁷ Sin embargo, M. CRUZ GONZÁLEZ, “Directiva (UE) 2023/2673...”, *cit. supra*, se decanta por insertar estas normas en el Libro segundo, pero en el Capítulo II del Título I TRLGDCU, dedicado al derecho de desistimiento.

84. Hecha esta aclaración, he de expresar mi opinión favorable a que, al incorporar la Directiva 2023/2673 a nuestro ordenamiento, el legislador español actúe de forma similar al modo en que lo ha hecho el legislador europeo a través de la Directiva 2023/2673. Como he explicado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, dicho proceder ha consistido en incorporar estas nuevas normas a la Directiva de la UE que, al parecer, fue concebida con la vocación de convertirse en la norma general en materia de Derecho del consumo: la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. Quiero así poner de manifiesto mi preferencia por la tercera y última de las vías apuntadas, esto es, la consistente en derogar la LCDSF de 2007 e incorporar las nuevas normas de la Directiva 2023/2673 al articulado del TRLGDCU¹⁸⁸.

85. Si se actúa en el sentido que acabo de indicar, se darán pasos a favor de que el TRLGDCU se convierta poco a poco en lo que debió ser desde el inicio, es decir, un texto en el que encontrar prácticamente la totalidad de las normas protectoras de los consumidores y, por tanto, similar a los códigos de consumo vigentes en algunos países de nuestro entorno, como, por ejemplo, en Francia¹⁸⁹ o Luxemburgo¹⁹⁰. Es verdad que dicho código carecería de la sistemática y la calidad técnico-jurídica de los viejos códigos decimonónicos de Derecho privado, hijos del racionalismo jurídico, lo que se explicaría, en gran medida, por el fracaso que entre nosotros ha tenido el desarrollo de una auténtica ciencia de la legislación¹⁹¹.

86. Ahora bien, no tengo la convicción plena de que nuestro legislador vaya a seguir el camino que acabo de señalar como el mejor de las posibles. Sobre todo, porque existen signos evidentes de la reticencia que tienen los poderes financieros a que las normas de protección de su clientela se inserten en textos con rango de ley. Así lo corroboran varios datos. Por un lado, la opción preferente en el sector bancario y financiero por las órdenes ministeriales y las circulares del Banco de España. Por otro lado, la no incorporación al TRLGDCU (con alguna contada excepción) de las normas de protección del consumidor financiero, pese a ser el ámbito de la banca y las finanzas uno de los principales en los que más resultan lesionados los intereses de los consumidores y usuarios. Además, no puede ignorarse que el *sistema de supletoriedad parcial* respecto de la normativa específica en materia financiera por el que opta la Directiva 2023/2673, en los términos expuestos más arriba, puede plantear problemas de traslación en el ámbito nacional, dada la multiplicidad de normas internas reguladoras de la contratación financier¹⁹².

87. Las siguientes afirmaciones del Preámbulo del TRLGDCU ilustran muy bien acerca de la opción por la que se decantó el refundidor de 2007 en materia financiera: “La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, aun cuando contiene una regulación específica de los contratos con consumidores, no se incorpora a la refundición *en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero*. Tales circunstancias determinan que las prescripciones de la Ley de crédito al consumo se completen no sólo con las reglas generales contenidas en la LGDCU, sino también con aquéllas propias reguladoras de los servicios financieros, en particular las referidas a las obligaciones de las entidades de crédito en relación con la información a los clientes, publicidad y transparencia de las operaciones. Por ello, se considera que *se integra de manera más armónica la regulación sobre crédito al consumo en este grupo de disposiciones financieras. Coadyuva a esta decisión la incorporación al*

¹⁸⁸ También partidarios de esta solución, entre otros: M.J. PEÑAS MOYANO, “La reforma del régimen sobre contratación a distancia...”, *cit.*, pp. 1 y 19; R. PALÁ LAGUNA, “El régimen tuitivo del consumidor...”, *cit.*, p. 9; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Novedades en la regulación de los contratos en línea...”, *cit. supra*; P.M., GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas...”, *cit.*, p. 38.

¹⁸⁹ Donde está vigente el llamado *Code de la consommation* (versión en vigor de 8 de diciembre de 2024), disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/

¹⁹⁰ Donde también rige el denominado *Code de la consommation* (versión consolidada aplicable desde el 10 de septiembre de 2024), disponible en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/consommation/20240910>

¹⁹¹ En los términos en que se expresa el profesor F. VICENT CHULIÁ en el trabajo que publicó en el libro homenaje a su maestro, el profesor M. BROSETA PONT: F. VICENT CHULIÁ, “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho mercantil en la última década”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, Ed. tirant lo blanc, Valencia, 1995, pp. 4043 y ss.

¹⁹² M. CRUZ GONZÁLEZ, “Directiva (UE) 2023/2673...”, *cit. supra*.

*ordenamiento jurídico interno, mediante Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de la Directiva 2002/65/CE*¹⁹³.

88. A mi juicio, las consideraciones precedentes no son convincentes. Por ello no puedo sino coincidir con quienes han denunciado que las razones aducidas por el Preámbulo del TRLGDCU para justificar la selección de las normas refundidas, además de contradictorias, revelan que la labor refundidora consumada en 2007 fue una tarea inconclusa¹⁹⁴.

89. De todos modos, sea cual sea la opción que al final se elija, parece claro que las normas sobre contratos a distancia celebrados a través de interfaces en línea habrían de insertarse necesariamente en el articulado del TRLGDCU. En esto no deberían cometerse errores. Aunque tratándose del legislador contemporáneo siempre hay una amplia probabilidad de que los cometa. Ejemplos, por desgracia, hay muchos en la legislación aprobada en los últimos años. De hecho, cabe afirmar (sin caer en la exageración) que nunca se legisló tan mal como en la actualidad¹⁹⁵.

¹⁹³ Cursiva propia.

¹⁹⁴ Entre otros: S. CÁMARA LAPUENTE, “Presentación”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores...*, cit., p. 7; A.F. CARRASCO PERERA, “Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2008, pp. 2215 y ss.

¹⁹⁵ En la dirección (y por las razones) que apunta, *ad ex.*, I. IBÁÑEZ GARCÍA, “Nunca se legisló tan mal. Debemos exigir un cambio radical al respecto”, *Diario La Ley*, n.º 10184 (Sección Tribuna), de 29 de noviembre de 2022, *passim*.

La consideración comunitaria acerca de la liquidación simplificada de microempresas insolventes: una visión desde el Derecho español y portugués*

The community consideration regarding the simplified winding-up of insolvent microenterprises: a view from Spanish and Portuguese Law

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ

*Profesor Propio Adjunto de Derecho mercantil (Titular acreditado)
Universidad Pontificia Comillas*

ORCID ID: 0000-0002-4512-8230

Recibido: 22.11.2024 / Aceptado:14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9343

Resumen: Diversos organismos internacionales y, asimismo, la Unión Europea, valoran el establecimiento de procedimientos simplificados para la gestión de la insolvencia de las microempresas, parte fundamental del desarrollo económico de los Estados. En este sentido, circunscribiéndonos al entorno comunitario, se plantea un estudio, reflexivo y crítico, sobre esta medida en el Derecho español y portugués. En el primero de los casos, nos encontramos con un procedimiento obligatorio y excluyente para las microempresas, que permite la solución de las deudas a través de un plan de continuación o de una liquidación breve. Por otro lado, en el ámbito portugués, sólo existe un plan de pagos para los titulares de empresas pequeñas, que, además, resulta opcional, y, en defecto de éste, permitiría al microempresario optar por otras fórmulas del Derecho de la insolvencia.

Palabras clave: liquidación simplificada; microempresas; administrador concursal; plan de pagos.

Abstract: Various international organizations and, likewise, the European Union, value the establishment of simplified procedures for the management of microenterprise insolvency, as a fundamental part of the economic development of States. In this sense, limiting ourselves to the community environment, a reflective and critical study is proposed on this measure in Spanish and Portuguese Law. In the first case, we find a mandatory and exclusive procedure for microenterprises, which allows the solution of debts through a continuation plan or a simplified winding-up. On the other hand, in the Portuguese area, there is only one payment plan for owners of small companies, which, in addition, is optional, and, failing this, would allow the micro-entrepreneur to opt for other formulas of insolvency Law.

Keywords: simplified winding-up; microenterprises; insolvency practitioner; payment plan

*Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto I+D+i Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial PID2021-125466NB-I00 (financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como miembro del equipo de investigación, y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

Las labores de investigación desarrolladas en este trabajo se han llevado a cabo en la estancia de investigación realizada por el autor en el Instituto Jurídico de la Universidad de Coímbra durante los meses de septiembre a diciembre de 2024, gracias a la concesión de una ayuda a la movilidad dentro de la Convocatoria de Concesión de Ayudas para estancias de investigación de la Universidad Pontificia Comillas

En concreto, la parte de la legislación portuguesa ha sido supervisada por el profesor Alexandre de Soveral Martins, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, quien, además, ha cursado la invitación para la estancia de investigación.

Sumario: I. Consideraciones generales. La armonización del Derecho de la Insolvencia en el contexto de las microempresas insolventes. II. Las microempresas en el Derecho de la Insolvencia. 1. La consideración de microempresa en el Derecho concursal. 2. El estado de insolvencia de la microempresa. III. Las especialidades del procedimiento simplificado de liquidación de microempresas. 1. La labor de la administración concursal ante la insolvencia de microempresas. 2. Los medios de comunicación electrónicos. IV. La reorganización en el Derecho español y en el Derecho portugués: el plan de continuación y el plan de pagos. V. El procedimiento especial de liquidación de microempresas en el Derecho español. VI. Principales conclusiones.

I. Consideraciones generales. La armonización del Derecho de la Insolvencia en el contexto de las microempresas insolventes

1. La Unión Europea, desde comienzos del siglo XXI, ha desarrollado una línea de trabajo consistente en la armonización del Derecho de la insolvencia¹, a fin de conseguir superar las deficiencias derivadas de la normativa preexistente, y así *mejorar la seguridad para los inversores, reducir los costes y facilitar las inversiones transfronterizas, al tiempo que hacen que el capital riesgo sea más atractivo y accesible para las empresas*². El objeto de estudio de este trabajo, esto es, la liquidación simplificada de microempresas insolventes, es cuestión de análisis a través de las disposiciones previstas al efecto en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. En concreto, la Comisión Europea emitió, con fecha de 24 de septiembre de 2020, la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la *Unión de los Mercados de Capitales para las personas y las empresas: nuevo plan de acción*, cuyos objetivos principales son: 1) apoyar una recuperación económica ecológica, digital, integradora y resiliente, facilitando el acceso a la financiación para las empresas europeas; 2) hacer de la Unión Europea un lugar aún más seguro para que las personas puedan ahorrar e invertir a largo plazo; 3) integrar los mercados nacionales de capitales en un auténtico mercado único³.

2. El porqué de esta propuesta de regulación comunitaria nace, en nuestra opinión, como consecuencia de la creciente preocupación internacional existente en esta materia⁴. Mantenemos esta afirmación a tenor de la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, resultado de diversos trabajos de expertos llevados a cabo y concluidos finalmente en 2021, por el que se exige el establecimiento de procedimientos simplificados de reorganización y de liquidación de microempresas y pequeñas empresas⁵. En nuestra opinión, el legislador español se inspira en este planteamiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, pues, como

¹ Sobre esta cuestión, véase Á. ROJO, “Los problemas de la armonización de la legislación concursal española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 328, 2023, 32 pp. En concreto, el autor comienza el estudio analizando las razones de las dificultades existentes en la armonización del Derecho de la insolvencia, como parte del Derecho privado y excepcional, entendible como continuación del Derecho de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales.

² BANCO CENTRAL EUROPEO, *Financial integration in Europe*, mayo de 2018, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fie/ecb.financialintegrationineurope201805.en.p> [última consulta: 15 de octubre de 2024], y *Financial Integration and Structure in the Euro Area*, 17 de mayo de 2024, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/fie/ecb.fie202204~4c4f5f572f.en.pdf> [última consulta: 15 de octubre de 2024]. Esta referencia se extrae de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (COM/2022/702 final).

³ Entre las Acciones de la propuesta de la Comisión, encontramos la Acción 11, que señala que *se adoptará una iniciativa legislativa o no legislativa para una armonización mínima o una mayor convergencia en ámbitos específicos de la legislación sobre insolvencia no bancaria*.

⁴ Se hace eco de esta *preocupación* C. GÓMEZ ASENSIO, “El procedimiento simplificado de liquidación de microempresas en la Propuesta de Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de la Insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 59, 2023, pp. 171-198 (p. 173).

⁵ En la misma línea, nos encontramos con los Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, en su versión revisada de 2021, promulgados por el Banco Mundial, en colaboración con la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la International Association of Insolvency Regulators (IAIR) e Insol International.

veremos, no sólo se ha establecido una liquidación simplificada, como prevé la propuesta comunitaria, sino también el *plan de continuación*⁶.

3. El Título VI de la Propuesta de Directiva aborda las normas de liquidación de microempresas insolventes, estableciéndose a lo largo de veinte artículos una serie de particularidades y características que, en cierta forma, el legislador español ha previsto. Sin embargo, el legislador portugués no cuenta, por el momento, con un sistema especial y diferenciado de liquidación para las microempresas, sino que en el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal encontramos algunas soluciones para estas empresas de tamaño reducido⁷, a través de un plan de pagos. Por ello, partiendo de la regulación comunitaria, vamos a analizar la previsión que, en cada caso, contemplan los legisladores español⁸ y portugués, y, en caso de ausencia en este último, se establecerán propuestas legislativas, atendiendo a la práctica española y a las recomendaciones internacionales.

II. Las microempresas en el Derecho de la Insolvencia

1. La consideración de microempresa en el Derecho concursal

4. Tal y como señalábamos con anterioridad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha establecido las pautas, recomendaciones y sugerencias para el establecimiento de un procedimiento de insolvencia, simplificado y ágil, para las microempresas y pequeñas empresas. Por ello, en este momento, conviene recordar el umbral que se ha establecido para la consideración de microempresario.

5. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, remite a la consideración de microempresario⁹ que se efectúa en la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE) en cuyo Anexo, concretamente, en su artículo segundo, bajo el Título de *los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas*, determina que son pequeñas empresas las que ocupan a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros, mientras que son microempresas las que ocupan a menos de 10 personas¹⁰ y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros¹¹.

⁶ Mantiene esta idea C. NIETO DELGADO, “Procedimiento especial de microempresas: sobrevino el desastre anunciado”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 10, 2023, pp. 133-157 (p. 135), quien, a pesar de las críticas iniciales sobre el procedimiento especial de microempresas, catalogándolo como *esperpento digital infame*, concluye que el legislador español ha seguido las indicaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y de la Unión Europea.

⁷ A. DE SOVERAL MARTINS, “Liquidação simplificada de micro-empresas insolventes”, en C. SERRA (coord.), *VI Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2024, pp. 161-174 (pp. 163-164).

⁸ El legislador español ya cuenta con el sistema de liquidación simplificado de microempresas y, llegado el momento, si la propuesta de Directiva se convierte en una realidad, a priori no debería sufrir numerosos cambios, atendiendo al texto provisional. En la misma línea, M. FLORES SEGURA, “La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 59, 2023, pp. 199-226 (pp. 224-225).

⁹ A excepción de empresas de seguro o reaseguro, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, otras entidades y entes financieros, organismos públicos o personas físicas que no tengan la consideración de empresario, tal y como se establece en el artículo 1.2 de la Propuesta de Directiva. Se encuentra esta precisión en N. MONZÓN CARCELLER, “El procedimiento especial de concurso para microempresas del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 10122, 2022, 60 pp. (p. 7, nota a pie 7).

¹⁰ E. GONZALES/M. HOMMES/M. L. MIRMULSTEIN, “MSME Country indicators 2014. Towards a better understanding of micro, small and medium enterprises”, disponible en <https://www.smefinanceforum.org/sites/default/files/analysis%20note.pdf> [última consulta: 16 de octubre de 2024], para los que el criterio más habitual para la determinación de un tamaño de una empresa gira en torno al número de trabajadores, y, precisamente, establece el concepto de microempresa como aquella empresa que emplea a menos de 10 trabajadores.

¹¹ Aunque en este apartado nos ocuparemos más adelante de la consideración de microempresa por parte del legislador

6. No obstante, no es la única definición que sobre microempresa encontramos en la normativa comunitaria. Nos referimos a la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, que en su artículo 3 define a las microempresas como las empresas que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: a) total del balance: 450.000€; volumen de negocios neto: 900.000€; número medio de empleados durante el ejercicio: 10.

7. Los dos primeros criterios se han actualizado en virtud de la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande, como consecuencia de la importante inflación registrada en la Unión Europea en los años 2021 y 2022. Hasta el 24 de diciembre de 2023, la microempresa era aquella cuyo total del balance era máximo de 350.000€ y el volumen de negocios neto no superaba los 700.000€. A pesar de la entrada en vigor de esta medida, los Estados miembros no están obligados hasta el 24 de diciembre de 2024 a adaptar la normativa nacional para la consideración de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

8. Precisamente, el legislador español, en el ámbito subjetivo del procedimiento especial para microempresas del Libro III del Texto Refundido de la Ley Concursal¹², previsto en el artículo 685, utiliza, además del empleo de un máximo de diez trabajadores, el volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. El primero de los requisitos, esto es, el haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores, se acumulará a cualquiera de los otros dos requisitos, pues, en ningún caso, el microempresario, persona natural o jurídica, deberá contar con un pasivo y un volumen de negocio anual inferior a las cantidades reseñadas.

9. En el caso del legislador portugués, como ya hemos comentado, no existe, como en el ámbito español, un procedimiento *ad hoc* para la liquidación simplificada de los microempresarios¹³. Sin em-

español en cuanto al procedimiento especial, la tramitación parlamentaria de la reforma concursal que introdujo este novedoso mecanismo, establecía en origen la consideración de microempresa en estos términos.

Sobre esta cuestión I. TIRADO, “El procedimiento especial para micropymes en el Texto Refundido: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 7, 2022, pp. 237-279 (p. 241, nota a pie 3), donde el autor, de forma acertada y contundente, señala el cambio de criterio del legislador español: *Para justificar este cambio de última hora, la Exposición de Motivos remite a la Directiva 2013/34 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. La citada Directiva regula aspectos contables y financieros de determinadas empresas, que poco o nada tienen que ver con los motivos que deberían impulsar a determinar el presupuesto subjetivo del sistema. En realidad, esta decisión acoge plenamente la propuesta de enmienda presentada por las asociaciones de administradores concursales, cuya voluntad declarada era reducir en la medida de lo posible el ámbito de aplicación del Libro III, toda vez que no en todo caso concibe sus servicios como obligatorios.*

En la misma línea, J. VELA, “El procedimiento especial de microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 58, 2023, pp. 475-510 (p. 479).

¹² P. J. RUBIO VICENTE, “Aspectos controvertidos de la tramitación del procedimiento especial de liquidación de microempresas”, *Diario La Ley*, nº 10135, 2022, 21 pp. (p. 2), para quien, realmente, este procedimiento no supone, en sí, una novedad en nuestra normativa concursal: *Tanto la Ley Concursal de 2003 —arts. 190 y ss.— como el TRLC de 2020 —arts. 522 y ss.— ya preveían un procedimiento abreviado cuyo ámbito de aplicación, salvando las distancias, también comprendía a las microempresas, que ahora tienen cabida en exclusiva en este procedimiento especial de aplicación obligatoria. A pesar de su denominación, no se trataba sin embargo de un procedimiento concursal diferente al ordinario, sino más bien de una cierta abreviación de este procedimiento, reduciendo en esencia algunos de sus plazos con pequeñas modificaciones en la tramitación de sus fases.*

¹³ En nuestra opinión, compartida por parte de amplia doctrina portuguesa, a diferencia del ordenamiento español, no nos encontramos con la imposición legislativa para la aplicación de la regulación del plan de pagos para los titulares de empresas pequeñas. No obstante, resulta interesante Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 15 de setembro de 2015, processo nº 1439/13.7TBFLG-D.P1 (Relator: Eduardo Rodrigues Pires), en la que, precisamente, se habla de esta posición, de no exclusividad, por parte de la doctrina, a pesar de que en este texto jurisprudencial se pretende otorgar exclusividad, en este sentido:

bargo, tanto para las personas físicas como para los titulares de pequeñas empresas, los artículos 249 y siguientes del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) prevén un sistema de plan de pagos, diferenciado del proceso concursal habitual¹⁴, siempre que a la fecha del inicio del procedimiento la microempresa no tenga deudas laborales¹⁵, el número total de acreedores no sea superior a veinte y el pasivo global no exceda de 300.000€.

10. Sin embargo, la regulación en uno u otro caso –español y portugués– recibe un tratamiento diferenciado; si bien, en el Derecho español, el procedimiento especial para microempresas resulta exclusivo y excluyente¹⁶, en el Derecho portugués¹⁷, por el contrario, habilita al seguimiento diferenciado respecto del proceso de insolvencia *tradicional*, pues todo microempresario podrá solventar su insolvencia por el concurso de acreedores, el plan de pagos, específico, para titulares de pequeñas empresas y

Por conseguinte, face ao que decorre das disposições conjugadas dos arts. 249º e 250º do C.I.R.E., não é, neste caso, legalmente admissível a apresentação de plano de insolvência.

Porém, apesar do que se mostra estatuído no art. 250º, existe doutrina que defende que as regras previstas nos títulos IX e X do C.I.R.E. poderão ser aplicadas aos devedores pessoas singulares não empresários ou titulares de pequenas empresas, no caso de não ser aprovado plano de pagamentos, sendo esse o sentido do art. 262º[3] [cfr. José Alberto Vieira, “Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas”, in “Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Almedina, 2007, pág. 256], ou se os devedores em causa não recorrerem ao plano de pagamentos, optando pelo modelo comum do processo de insolvência [cfr. Carvalho Fernandes e João Labareda, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 2ª ed., pág. 927; Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, 2013, pág. 685].

Estes últimos autores, criticando decisões jurisprudenciais contrárias a esta posição, escrevem que as mesmas “não têm em conta a razão de ser da existência de um capítulo especial relativo à insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas, que visa a proteção do devedor, aumentando as suas possibilidades de atuação no âmbito do processo e não a sua restrição. Este entendimento encontra maior apoio na sequência da Lei n.º 16/2012, que veio conceder, pelo menos nominalmente, clara prioridade à recuperação da empresa em detrimento da insolvência. Neste sentido, não releva qual o mecanismo utilizado, devendo aceitar-se a aprovação de um plano de recuperação, nos termos gerais, nos casos em que não exista plano de pagamento aos credores.”

Ora, os recorrentes, nas suas alegações, procuram apoio nesta posição doutrinária de modo a sustentarem a admissibilidade “in casu” do plano de insolvência.

En este punto, como estudiaremos más adelante en este trabajo, los artículos 255 y 262 ofrecen, en el contexto del plan de pagos, otras salidas al deudor microempresario.

¹⁴ Entre otros, véase C. SERRA, “Nova reestruturação de empresas: perspectivas e coordenadas em tema de Micro e Pequenas Empresas (para depois da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro)”, *Direito das Sociedades em Revista*, nº 6 (Esp.), pp. 85-112 (p. 94); L. MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 12ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2022, p. 313; L. MARQUES COSTA, *A insolvência de Pessoas Singulares*, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2021, p. 50.

¹⁵ Este aspecto choca frontalmente con la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, pues, incluye entre los participantes de un procedimiento simplificado de la insolvencia a los empleados de la sociedad deudora, a fin de otorgarles derechos en el referido proceso. Esta incorporación, sin duda, permitirá que la microempresa, entre otras deudas, cuente con acreedores de naturaleza laboral.

¹⁶ Como abordaremos más adelante, al analizar el estado de insolvencia de la microempresa, el procedimiento especial para microempresas será aplicable a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual, tal y como se establece en el artículo 686.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Además, el artículo 583.4 de la misma norma, regulador del presupuesto subjetivo de los planes de reestructuración, excluye de esta vía preconcursal a los microempresarios.

Sobre esta cuestión, entre otros, F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, “El nuevo procedimiento especial para microempresas”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº 59, 2022, pp. 213-228 (p. 215); I. TIRADO, “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 3, 2021, pp. 211-253 (p. 213); P. CIFREDO ORTIZ/F. J. MORENO BUENDÍA, “El procedimiento especial para microempresas desde una perspectiva digital”, *La Ley Mercantil*, 104, 2023, 26 pp. (p. 4).

España, por tanto, en atención al principio C19.1, dentro de los Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, establece un sistema de obligado seguimiento para las microempresas. El referido principio permite que el uso del procedimiento simplificado de insolvencia rev sta carácter obligatorio u opcional para los deudores habilitados.

¹⁷ Véase el considerando 46 de Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que señala:

Permite-se às pessoas singulares, não empresários ou titulares de pequenas empresas, a apresentação, com a petição inicial do processo de insolvência ou em alternativa à contestação, de um plano de pagamentos aos credores. O incidente do plano abre caminho para que as pessoas que podem dele beneficiar sejam poupadas a toda a tramitação do processo de insolvência (com apreensão de bens, liquidação, etc.), evitem quaisquer prejuízos para o seu bom nome ou reputação e se subtraíam às consequências associadas à qualificação da insolvência como culposa.

personas físicas no empresarias, o el *processo especial de revitalização*¹⁸, además del régimen extrajudicial de recuperación de empresas¹⁹. Prueba de ello, por ejemplo, se encuentra en el artículo 222.5 – G del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, en virtud del cual, por fracaso de la negociación del proceso especial para acordó de pagamento (PEPAP), remite al plan de pagos de los artículos 249 y siguientes, aplicable a los titulares de pequeñas empresas y personas físicas²⁰. Y, además, los artículos 17.3 –A y 222.3 – A, permiten, en cualquier caso, la aplicación de todas las disposiciones del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

11. Otra diferencia, además, se encuentra en relación a la necesaria actividad profesional o empresarial a llevar a cabo por el microempresario, que, en el procedimiento especial para microempresas español, a tenor del artículo 685.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal, revierte determinante, mientras que, en el Derecho portugués, el plan de pagos también resulta de aplicación a las personas físicas, no empresarias. Sin duda alguna, es aquí, donde concluimos, que el Derecho portugués, llegado el momento de la aprobación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, tendría que proceder a una modificación específica para el establecimiento de un procedimiento de liquidación simplificado para microempresas.

2. El estado de insolvencia de la microempresa

12. Más allá de la consideración de microempresario, que delimita, de forma subjetiva, la posibilidad de acogerse al procedimiento especial para microempresas, en el ámbito español, o al plan de pagos, en el Derecho portugués, también cobra especial relevancia el estado de la insolvencia que presente el deudor.

13. Por un lado, los Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, en su versión revisada de 2021, promulgados por el Banco Mundial, establecen, en relación a la insolvencia de microempresas y pequeñas empresas, que los sistemas eficaces de insolvencia deben reducir los obstáculos para acceder a procedimientos extrajudiciales de reestructuración, procedimientos híbridos y procedimientos judiciales simplificados de insolvencia, y promover su utilización temprana, y, además, establecer mecanismos para ayudarlas a brindar alertas tempranas de sus dificultades financieras y aumentar la alfabetización financiera y sobre gestión empresarial de sus directivos y propietarios²¹.

¹⁸ Concretamente, el *processo especial de revitalização*, mecanismo preconcursal del Derecho portugués, admite que también las microempresas, pequeñas y medianas empresas se acojan a este instrumento (en determinados supuestos en los que no se haya conseguido la aprobación de un plan de recuperación o su aprobación y exista insolvencia actual del pequeño empresario individual, también se puede presentar un plan de pagos). Prueba de ello se refleja en el artículo 17-C.4 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, excluyéndolas, salvo que si lo estimen pertinente, de la presentación de una clasificación de los créditos.

Sobre esta posibilidad, entre otros, C. SERRA, “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 449-486 (p. 455), disponible en <https://www.revistadedireitocomercial.com/enquadrar-a-recuperacao-das-pme> [última consulta: 28 de octubre de 2024]; L. M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, 2ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2013, p. 177.

¹⁹ Sobre esta figura, contenida en la Lei n.º 8/2018, de 2 de março, Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, véase, entre otros, L. MENEZES LEITÃO, *A Recuperação Económica dos Devedores*, 2ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2020, pp. 11-37; C. SERRA, *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – Análise (e) Crítica*, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2018.

En ambos procedimientos, el deudor no podrá concurrir si se encuentra en estado de insolvencia actual. Para el plan de pagos, sin embargo, el deudor podrá presentarlo en estado de insolvencia inminente, siempre que sea quien se enfrente a su situación de insolvencia.

²⁰ Véase A. DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de Direito da Insolvência*, 3ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2022, p. 403.

²¹ Principio C18, para la Insolvencia de microempresas y pequeñas empresas, en el que se definen los principales objetivos y políticas para la insolvencia de este tipo de empresas de tamaño reducido.

14. Por otro lado, la Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, en su Recomendación 1, propugna por poner a disposición de las microempresas y pequeñas empresas procedimientos de insolvencia simplificados a los que estas puedan acceder con facilidad, de forma que se habilite la liquidación oportuna para aquellas microempresas y pequeñas empresas que no sean viables y la reorganización de las que sí lo sean mediante procedimientos de insolvencia simplificados

15. En este punto, con carácter intermedio, nos encontramos la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, por la que se establece el procedimiento de liquidación simplificado para las microempresas cuando se conviertan en insolventes, entendiéndose como tal cuando sea incapaz, en general, de pagar sus deudas a su vencimiento.

16. Sin duda alguna, en este punto, conviene aclarar el concepto de insolvencia que el Derecho español y el Derecho portugués prevén en sus respectivas normas concursales. En derecho español, la insolvencia actual es aquella en la que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que la insolvencia inminente es aquella en la que el deudor debe prever que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir sus obligaciones regular y puntualmente, tal y como se establece en el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal²². En el Derecho portugués, la insolvencia actual se produce cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones vencidas²³. Sin embargo, no se encuentra en el ordenamiento portugués la categorización de la insolvencia inminente²⁴, sino que se concibe como la probabilidad de encontrarse en una situación de insolvencia actual²⁵.

17. El estado de insolvencia inminente o, incluso, el estado del deudor correspondiente a una situación económica difícil²⁶, determina, en el ámbito portugués, la aplicación subjetiva, entre otros requisitos, del régimen extrajudicial de recuperación de empresas. A este respecto, reforzando la idea de que este procedimiento, preconcursal y extrajudicial, también será susceptible para los titulares de pequeñas empresas²⁷, a fin de solventar los problemas de liquidez y dar continuidad al negocio.

18. La insolvencia inminente no es lo mismo que probabilidad de insolvencia. La insolvencia está más cercana cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente que cuando la insolvencia es sólo probable²⁸. De forma similar, aunque no con la transcendencia de nuestro concepto de probabilidad de insolvencia, en relación a los planes de reestructuración, se prevé la consideración

²² Ésta es la previsión legal española en vigor desde el 26 de septiembre de 2022, como consecuencia de la publicación en el Boletín Oficial del Estado el 6 de septiembre del mismo año de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

²³ Asimismo, el artículo 3.2 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas señala, en supuestos de insolvencia actual, aquellas situaciones en las que el pasivo sea manifiestamente superior al activo, respecto de determinadas entidades

²⁴ L. MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, op. cit., p. 65; L. A. CARVALHO FERNANDES/J. LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 84-85.

²⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, 1, 12ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2019, p. 135; A. DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 4ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2022, p. 81.

²⁶ Véase artículo 3.1.b) de la Lei n.º 8/2018, de 2 de março, Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas. A este respecto, C. SERRA, “Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro”, *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, 1998, pp. 187 y siguientes.

²⁷ Con carácter voluntario, lo podrán solicitar los deudores que, estando en situación económica difícil o insolvencia inminente, sean aquellos contemplados en los párrafos a) a h) del artículo 2.1 del Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas (CIRE), con excepción de las personas físicas que no sean propietarias de una sociedad, en el sentido del artículo 5 del mismo Código.

²⁸ A. GUTIÉRREZ GILSANZ, “La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia”, *Diario La Ley*, n.º 9973, 2021, 18 pp. (p. 2).

de una situación económica difícil en el Derecho portugués. En este contexto, el artículo 17-B del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contempla que esta situación se producirá cuando una empresa no pueda cumplir con sus obligaciones a tiempo, ya sea por falta de liquidez o por falta de obtención de crédito, a fin de poder acceder al llamado *processo especial de revitalização*. Por ello, la probabilidad de insolvencia, del Derecho español, es un concepto en el ámbito concursal, mientras que la situación económica difícil, del Derecho portugués, no ha de suponer, expresamente, una situación de insolvencia probable²⁹.

19. De esta manera, siguiendo el Derecho concursal de España y Portugal, cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia probable o en una situación económica difícil, deberá acudir a los instrumentos preconcursales -el novedoso plan de reestructuración, en sustitución de los anteriores acuerdos extrajudiciales de pago y acuerdos de refinanciación, dentro del Derecho español, y el *processo especial de revitalização*, dentro del Derecho portugués-, mientras que, si se halla en una situación de insolvencia actual o inminente³⁰, en ambas legislaciones, el deudor deberá proceder a la declaración del concurso³¹. No obstante, la situación, al menos en el Derecho español, cambia ostensiblemente, en esta materia, tras la incorporación del procedimiento especial para microempresas, de carácter exclusivo.

20. El microempresario español, que se encuentre en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o incluso en insolvencia actual, deberá acogerse, de manera específica, exclusiva y excluyente, como ya hemos afirmado con anterioridad, al procedimiento especial para microempresas. Este novedoso procedimiento, siguiendo las directrices internacionales que ya había a tal efecto, engloba en su regulación un procedimiento que admite solventar la insolvencia del microempresario a través de distintas opciones y en función del estado de endeudamiento en que se encuentre.

21. Desde el punto de vista preconcursal³², y de forma similar a los planes de reestructuración³³, se habilita al microempresario para la comunicación, al juez competente, de la apertura de las negociaciones con los acreedores con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento, con independencia del estado de insolvencia, tal y como se establece en el artículo 690 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En este sentido, por un lado, esa comunicación imposibilita a cualquier acreedor para la solicitud de apertura del procedimiento especial,

²⁹ A. DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, op. cit., p. 81.

³⁰ En el derecho español, también es preceptiva la declaración del concurso de acreedores en situación de insolvencia inminente.

³¹ Entre otros, véase A. B. CAMPUZANO, “Los estados de insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 58, 2023, pp. 15-46; A. PRATA/J. MORAIS DE CARVALHO/R. SIMÕES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2014, pp. 76-77.

³² Véase E. SÁNCHEZ-RÁMADE CARRASCOSA, “La aprobación de los planes de reestructuración de acuerdo con la directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, sobre reestructuración e insolvencia y con el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, en A. DÍAZ MORENO/F. LEÓN SANZ/J. BRENES CORTÉS/S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (dirs.), *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 409-433 (p. 433), para quien, al hablar de la diferenciación del derecho preconcursal, y, en su contexto especial, para las microempresas, concluye de forma acertada indicando:

Es paradójico que lo que el Proyecto de Ley califica como “Régimen Especial” y regula en sólo tres preceptos (arts. 682 a 684) va a ser de aplicación mayoritaria, pues la realidad es que el 99% de las empresas son pymes. Por el contrario, el régimen general previsto por la Ley será de aplicación minoritaria, pues no hay tantas compañías, en términos relativos, en nuestro país que reúnan los parámetros exigidos para la aplicación del régimen general. Aunque lo anterior puede ser comprensible por razones de técnica legislativa, sería deseable que el legislador prestara mayor protagonismo y exhaustividad en su regulación al sistema que va a resultar aplicable en la mayoría de los casos.

³³ Entre otros, véase Á. ROJO, “Los problemas de la armonización de la legislación concursal española”, op. cit., p. 26, señala que *el procedimiento especial para las microempresas (regulado en el Libro III de la Ley Concursal) constituye una “réplica”, un remedo o una adaptación del concurso de acreedores y de los planes de reestructuración*; F. VALENCIA, “Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa”, *La Ley Mercantil*, nº 93, 2022, 10 pp. (p. 6), sostiene que *el contenido del plan de continuación (recogido en el artículo 697 ter) no difiere demasiado del contenido del plan de reestructuración previsto para las demás empresas (véase el artículo 633)*; J. VELA PÉREZ, “El procedimiento especial para microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 58, 2023, pp. 475-510 (p. 494), cuando dice que *el plan de continuación es el equivalente en el ámbito de microempresas de los planes de reestructuración*.

además de otros efectos³⁴, y, por otro lado, es el plazo de tres meses, improrrogables³⁵, en el que el deudor deberá alcanzar un acuerdo o, en su caso, si estuviese en insolvencia actual, solicitar la apertura del procedimiento especial en los cinco días hábiles siguientes a la finalización del plazo.

22. A partir de ahí, no siendo obligatorio que el microempresario acuda a esas negociaciones con los acreedores, el estado de insolvencia, actual, en este caso, es el que delimita que sólo se pueda recurrir al procedimiento especial de liquidación. En el resto de escenarios³⁶, también en el de insolvencia actual, podría acudir, en primer lugar, al procedimiento especial de continuación.

23. El microempresario portugués, por el contrario, no cuenta, por el momento, con una herramienta única frente a la insolvencia, pues, el Derecho de la insolvencia portugués, como ya hemos comentado con anterioridad, no prevé un procedimiento exclusivo y excluyente³⁷. Por esta razón, el estado de la insolvencia del pequeño empresario persona física portugués³⁸, a la hora de acogerse al plan de pagos³⁹, establecido en los artículos 249 y siguientes del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), sí es relevante, pues, entre otros requisitos del contenido del plan de pagos, del artículo 252, señala que deberá ser actual o inminente, en este último caso, sólo cuando sea el deudor sea quien lo solicite⁴⁰.

³⁴ El propio precepto establece otra serie de efectos, como son: no será preceptivo el nombramiento de experto en el periodo de negociaciones abierto a solicitud del deudor, la suspensión de ejecuciones no podrá afectar en ningún caso a los acreedores públicos, y mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

³⁵ Véase el artículo 690.3.3ª del Texto Refundido de la Ley Concursal, que, a diferencia de la comunicación de la apertura de negociaciones en sede preconcursal, el deudor, en ese caso, sí que podría solicitar una prórroga, por otros tres meses, para lograr un plan de reestructuración, tal y como se establece en el artículo 683.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Entre otros, véase E. MORENO SERRANO, “Institutos concursales y disolución societaria”, *La Ley Mercantil*, nº 95, 2022, 19 pp. (p. 5).

³⁶ Por un lado, tal y como se establece en el artículo 686.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal, si al menos el ochenta y cinco por ciento de los créditos correspondiesen a acreedores públicos, el procedimiento especial solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación; y, por otro lado, entre las vicisitudes del plan de continuación, también determinará la apertura del procedimiento especial de liquidación, en todo caso, que el deudor no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, siempre que su devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial, a tenor del artículo 699 quáter.

³⁷ Se muestra crítica, opinión que compartimos, E. RECAMÁN GRAÑA, “Comentario al artículo 699 quater”, en J. Pulgar (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 3ª edición, 2023, pp. 1679-1680 (p. 1680), al afirmar que *a diferencia de lo que se dispone para los supuestos de frustración regulados en el art. 699 bis 1 (in fine), el art. 699 quater no exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual para que se inicie el procedimiento de liquidación, que procederá, como ya se ha señalado, «en todo caso».* Esta misma especialidad se recoge, de manera sistemáticamente coherente, en el art. 705 destinado a la regulación de la apertura del procedimiento de liquidación. El art. 705.1 última frase impone la imperativa apertura del procedimiento especial de liquidación ante el supuesto del art. 699 quater. La idéntica expresión utilizada por el legislador no deja lugar a dudas sobre la excepcionalidad del precepto.

³⁸ No obstante, parte de la doctrina portuguesa, en razón al criterio subjetivo del plan de pagos, previsto en el artículo 249 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) sí que lo consideran como una fórmula de recuperación, específico para microempresarios, al tratarse de una versión *mitigada* del plano de la insolvencia. En concreto, J. M. BRANCO, “Plano de pagamentos: o instituto perdido”, en M. R. EPIFÂNIO/J. M. BRANCO (coords.), *Revista de Direito da Insolvência*, nº 0, 2016, pp. 231-241 (p. 233); L. MARQUES COSTA, *A insolvência de Pessoas Singulares*, op. cit., p. 174.

³⁹ Siempre que se reúnan los requisitos del artículo 249, el deudor deberá optar por el plan de pagos, pero, no es exclusivo o excluyente, como veremos, pues permite la remisión al concurso *general*. En concreto, entre otros, I. ALEXANDRE, “O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”, *Themis: Revista da Faculdade de Direito*, Edição Especial, 2005, pp. 43-80 (p. 61); A. DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, op. cit., p. 446, sí que lo considera, para las personas físicas y los titulares de pequeñas empresas, como el procedimiento a seguir.

⁴⁰ También hay pronunciamientos jurisprudenciales que delimitan el plan de pagos para el microempresario, como mecanismo de solución de la insolvencia. En concreto, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 8 de enero de 2013, processo nº 3094/11.0TBGMR-H (Relator: Filipe Carço), Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 21 de marzo de 2011, processo nº 606/03.6TYVNG-Q.P1 (Relator: Maria Adelaide Domingos), y Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de abril de 2015, processo nº 3142/12.6YXLSB-F.L1-2 (Relator: Jorge Leal).

⁴¹ Téngase en cuenta el artículo 3.4 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, por el que se limita, sólo al deudor, la declaración del concurso en situación de insolvencia inminente. Y, concretamente, en la regulación del plan de pagos, la insolvencia podrá ser declarada por un tercero, en atención al artículo 253 de la misma norma.

24. Una de las cuestiones en las que sí encontramos diferencias, entre el Derecho español y portugués, se sitúa ante la concurrencia de un deudor en las particularidades propias del concurso sin masa. En este sentido, por esta cuestión, decimos que el plan de pagos portugués no es exclusivo ni excluyente, pues los artículos 255 y 262 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), ante la imposibilidad de aprobación del plan, remite a la declaración de insolvencia, con carácter general, o como concurso sin masa, en atención a lo dispuesto en los artículos 36 o 39⁴¹.

25. Por el contrario, en el Derecho español, no hay duda. Todo microempresario, en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en estado de insolvencia actual, se someterá a las normas del procedimiento especial, tal y como se establece en el artículo 686.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Si bien encontramos la aplicación supletoria al procedimiento especial para microempresas, conforme a lo establecido en los Libros primero y segundo, esto es, el Derecho concursal y el Derecho preconcursal, sólo se adaptará *para aquellas precisiones a fin de acomodar los principios que presiden este procedimiento especial y las reglas que integran este libro tercero*, a tenor del artículo 689.

26. Por tanto, en nuestra opinión, el concurso sin masa de un microempresario no se desarrollará conforme a las normas del artículo 37 *bis* del Texto Refundido de la Ley Concursal, sino que será necesariamente tramitado conforme a las normas del procedimiento especial, en las que, entre otras, se encuentra como causa de la conclusión del propio procedimiento la comprobación de la insuficiencia de la masa activa para la satisfacción de los créditos contra la masa⁴².

⁴¹ P. DE T. DOMINGUES, “O CIRE e a recuperação das sociedades comerciais em crise”, *Estudos*, nº 1, 2021, pp. 31-53, disponible en https://abreudadvogados.com/wp-content/uploads/2021/03/artigo2_estudos-iab_n1_o-cire-e-a-recuperacao-das-sociedades-comerciais-em-crise_ptd.pdf [última consulta: 29 de octubre de 2024], en concreto, p. 33; J. A. VIEIRA, “Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas”, en R. DE ALBUQUERQUE/A. MENEZES CORDEIRO (coords.), *Estudos em Memória do professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2007, pp. 251-276 (p. 256).

⁴² C. GÓMEZ ASENSIO, “El procedimiento simplificado de liquidación de microempresas en la Propuesta de Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del Derecho de la Insolvencia”, *op. cit.*, p. 190, cuando concluye, en el mismo sentido:

Se refuerza así la influencia de uno de los principios subyacentes a esta iniciativa legislativa: la voluntad de establecer un cauce diferenciado para el tratamiento de la insolvencia no solo de las microempresas, sino de las pequeñas y medianas empresas, en general.

Desde el punto de vista jurisprudencial, entre otros, véase el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 2, de Santander, de 11 de julio de 2023, que, de un lado, señala que el procedimiento especial de microempresas es aplicable a deudores personas naturales o jurídicas *que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional*, y que además reúnan las características que señala el artículo 685, y, de otro lado, resaltándose la cuestión de la actividad, determina que dejar fuera a aquellas entidades que hubieran cesado en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional implicaría que la simple decisión del cese (que podría tomarse el día antes de la solicitud) eludiría la aplicación del procedimiento especial, que quedaría reducido a aquellos empresarios que continuasen con su actividad en marcha (que en la práctica son la minoría). Aclarado, por tanto, el umbral que delimita el obligatorio seguimiento del procedimiento especial para microempresas, desgrena uno a uno los motivos que, conforme al artículo 37 *bis*, regulador del concurso sin masa, en este caso concreto, como microempresario, no es posible la regulación supletoria, y debe acudir, necesariamente, al procedimiento especial.

En la misma línea, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 14, de Madrid, de 25 de septiembre de 2023, que señala al respecto:

*Una posible solución sería la aplicación supletoria de los artículos 37 *ter* y siguientes TRLC con las adaptaciones precisas para acomodar la regulación del libro primero a los principios y las reglas del libro tercero acudiendo a la aplicación supletoria regulada en el art. 689 TRLC. Sin embargo, el art. 689 TRLC no autoriza una aplicación automática de los preceptos del libro primero, sino que obliga a su adaptación a las reglas del libro tercero y, a la vista de la regulación de la declaración del concurso sin masa de los artículos 37 *bis* y siguientes y las reglas del libro tercero (entre otras, las relativas a la comunicación de la apertura del procedimiento a los acreedores, los plazos para solicitar el nombramiento de administrador concursal y los porcentajes de pasivo necesarios, o la enajenación de bienes a través de la plataforma especial de liquidación) esa adaptación se torna particularmente complicada o imposible en determinados extremos.*

Por ese motivo, desde un punto de vista técnico, resulta más adecuado dar respuesta a este tipo de situaciones acudiendo a la regulación del libro tercero. En estos supuestos, si la solicitud refleja que el deudor carece de bienes y derechos susceptibles de liquidación se ha de tener por efectuada la solicitud de conclusión del procedimiento especial de liquidación prevista en el art. 719.1 TRLC.

III. Las especialidades del procedimiento simplificado de liquidación de microempresas

27. El procedimiento simplificado de liquidación de microempresas, a la luz de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, además de las cuestiones ya estudiadas con anterioridad en este trabajo, presenta una serie de particularidades que conviene resaltar en su análisis, para, posteriormente, comprobar su aplicación en el Derecho español y portugués de la insolvencia.

28. A grandes rasgos, nos vamos a centrar en dos cuestiones que, sin duda, suponen un antes y un después en el Derecho concursal *tradicional*. Nos referimos a la posible gestión del procedimiento sin la intervención de la administración concursal, además de la posible tramitación telemática de todos los procesos. En este punto, sin duda, ha jugado especial relevancia la regulación internacional, que, sobre la materia, han desarrollado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Banco Mundial, que, entre otras cuestiones, *avalan* estas opciones.

29. Junto a estas dos significativas especialidades, de las que nos ocuparemos a continuación, de forma separada, el legislador comunitario también ha establecido, en este ámbito, otras previsiones que, en mayor o menor medida, cuentan ya con regulación en el Derecho de la insolvencia. En concreto, hablamos de la solicitud de apertura del procedimiento especial⁴³ y, en su caso, la decisión judicial al respecto, la conservación de las facultades de administración y disposición del deudor⁴⁴, la suspensión de las ejecuciones singulares, la determinación de los créditos y las acciones revocatorias, y la exoneración de los empresarios en un procedimiento de liquidación simplificado.

1. La labor de la administración concursal ante la insolvencia de microempresas

30. El administrador concursal, sin duda, ha jugado, hasta el momento, un papel destacado en la gestión procedimental de los concursos de acreedores. Sin embargo, las nuevas previsiones legislativas en torno a la insolvencia de los microempresarios, entre muchas novedades, sugieren que este procedimiento sea más ágil y *barato*⁴⁵, por lo que se propone que la intervención de la administración concursal no sea estrictamente necesaria.

⁴³ *Vid. infra* Apartados IV y V de este trabajo.

⁴⁴ En este contexto, en el ámbito español, por un lado, el artículo 694.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal otorga al deudor la conservación de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, *aunque solo podrá realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado*. No obstante, en el procedimiento de continuación, el veinte por ciento del pasivo podrá solicitar al juzgado la limitación de las facultades de administración y disposición del deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual (art. 703.1); también, el veinte por ciento del pasivo podrá solicitar el nombramiento de un experto en la reestructuración con funciones de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 704.1) o el cuarenta por ciento del pasivo podrá solicitar el nombramiento de un experto en la reestructuración con funciones de sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor, siempre que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual (art. 704.2), y en el procedimiento de liquidación, el veinte por ciento del pasivo total podrá solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituya al deudor en sus facultades de administración y disposición, quedando reducido al diez por ciento en caso de paralización de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 713.1).

Sobre esta cuestión, entre otros, véase L. MORENO LISO, “Comentario al artículo 694”, en E. SANJUÁN Y MUÑOZ/J. I. PEINADO GRACIA (dirs.), *Comentarios al articulado del Libro Tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, Sepín, 2023, pp. 207-218.

En relación al ámbito portugués, entre las medidas que se establecen tras la aprobación del plan de pagos, el artículo 259.1 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas prevé que no se privará al deudor de las facultades de administración y disposición de sus bienes, por remisión al artículo 39.7.a) de la misma norma. Entre otros, véase A. DE SOVERAL MARTINS, “Liquidación simplificada de microempresas insolventes”, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁵ Es unánime la posición internacional que, en este sentido, se mantiene respecto de la necesaria incorporación de un sistema de liquidación simplificado de microempresas insolventes, las cuales, en muchas ocasiones, llegan a esta circunstancia sin activos para hacer frente a los costes del procedimiento. Por ello, se plantea la urgente necesidad de esta figura, a fin de poder

31. La clave sobre la no necesaria intervención de la administración concursal en estos procedimientos radica, sin duda, en la relativa facilidad de la gestión de los procedimientos de insolvencia derivados de la actividad de las microempresas, en cuyo caso, habitualmente, la intervención de este órgano es el principal factor de coste en dichos procesos⁴⁶. Por tanto, más allá de las opiniones doctrinales en contra, basándose estrictamente en la cuestión económica⁴⁷, y no en la sencillez de los procedimientos⁴⁸, conviene recordar que el nombramiento de la administración concursal, o, como veremos más adelante, de otros especialistas o expertos independientes, no está prohibido, ni mucho menos, sino que, en estos procedimientos, se deberá solicitar por cualquiera de las partes afectadas por la insolvencia del deudor microempresario⁴⁹.

32. Por otro lado, pero no menos importante, encontramos el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, que vierte una opinión positiva, en líneas generales, sobre el procedimiento simplificado de liquidación de microempresas insolventes. No obstante, en relación a la intervención de un administrador concursal en el proceso, establece una posición, en dos aspectos, criticable. En concreto, siguiendo el tenor literal del Dictamen, *advierte que la exigencia de que sean los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de estas*

lograr una exoneración de deudas, en la que no se contempla la “necesidad” de la intervención de la administración concursal. Véase el Principio C.18, segundo punto, para la Insolvencia de microempresas y pequeñas empresas, de Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, en su versión revisada de 2021, promulgados por el Banco Mundial, y la *preocupación* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Anexo de la Guía Legislativa sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas.

⁴⁶ Argumento que se extrae de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, y que, sin duda alguna, compartimos.

⁴⁷ P. J. RUBIO VICENTE, “Aspectos controvertidos de la tramitación del procedimiento especial de liquidación de microempresas”, *op. cit.*, p. 3, argumenta al respecto:

Subsiste, sin embargo, la limitada intervención de la administración concursal únicamente en los supuestos en los que a juicio del legislador cumple una función imprescindible o cuando su coste sea asumido por las partes, persistiendo de este modo en el irrenunciable propósito de reducción de los gastos de tramitación, aun a costa de reducir las garantías y articular soluciones que pueden provocar un efecto contrario al pretendido y obstaculizar en definitiva la pretendida agilidad del procedimiento.

⁴⁸ N. MONZÓN CARCELLER, “El procedimiento especial de concurso para microempresas del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 9:

Por otro lado, difícilmente se agiliza el procedimiento cuando se incrementa notablemente la carga de trabajo del Letrado de la Administración de Justicia (en lo sucesivo, LAJ), a quien se pretende colapsar la bandeja de entrada del correo electrónico poniéndole en copia de infinidad de comunicaciones a remitir por el deudor a los acreedores. Es evidente que el LAJ no puede controlar si todas las comunicaciones que los deudores han de efectuar están o no correctamente realizadas, por lo que, si lo que se pretende es poder acreditar que ha existido tal envío por el deudor, tal finalidad se podría haber logrado poniendo en copia a alguna empresa certificadora oficial.

Contra I. TIRADO, “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 3, Extraordinario, 2021, pp. 211-253, (en concreto, pp. 227-228 y 237), considerando que no será una sobrecarga para la Administración de justicia, sino una mera labor de control, en aras de reducir los tradicionales retrasos del procedimiento, opinión que compartimos.

⁴⁹ En concreto, en la regulación del procedimiento especial para microempresas en España, nos encontramos con el artículo 713.5, que ha contemplado, finalmente, la solicitud de nombramiento de administrador concursal, por un único acreedor, cuando el deudor haya provisto información insuficiente o inadecuada o haya observado un comportamiento que genere dudas razonables sobre la conveniencia de que el deudor realice directamente las operaciones de liquidación. En este sentido, se muestra crítico por el resultado I. TIRADO, “El procedimiento especial para micropymes en el Texto Refundido: ¿una oportunidad perdida?”, *op. cit.*, pp. 256-257, cuando dice: *Con esta norma, un gremio profesional ha conseguido que el legislador español deje prácticamente desactivado el sistema modular, convirtiendo el procedimiento especial en un concurso de acreedores más. Para este viaje, no hacían falta estas alforjas.*

Este precepto da respuesta a la presión de los administradores concursales y a la opinión del BANCO DE ESPAÑA, *Informe Anual de 2021*, disponible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021.pdf [última consulta: 30 de octubre de 2024], p. 162, que, sobre la ausencia del administrador concursal en el procedimiento especial, *dejando su control en manos del deudor, podría conllevar riesgos de comportamientos oportunistas y problemas de riesgo moral, debido a la falta de supervisión por parte de un profesional independiente. En este sentido, será preciso valorar, en los próximos meses, en qué medida estos posibles efectos de la nueva normativa se materializan y con qué intensidad.*

tareas puede dar lugar a una sobrecarga de los sistemas judiciales nacionales si se les hace responsables de evaluar si una microempresa es efectivamente insolvente y de llevar a cabo los prolongados procedimientos necesarios, entre ellos la liquidación de los activos y el reparto del producto de la liquidación. Por consiguiente, el CESE recomienda recurrir a otros agentes competentes, como los administradores concursales, a fin de ayudar a reducir la carga para el sistema judicial.

33. En relación a lo anterior, en primer lugar, y teniendo en cuenta la regulación española del procedimiento especial para microempresas, resulta llamativo que justifique la intervención judicial por los *prolongados* procedimientos necesarios. No debemos olvidar que, si bien es evidente que en nuestro país hay un colapso en las instituciones jurisdiccionales, la liquidación simplificada de empresas conllevaría, como máximo, un plazo de cuatro meses. No nos parece que esa sea la razón para justificar que, en este tipo de procedimientos, se precisa de la intervención de la administración concursal.

34. En todo caso, en segundo lugar, más allá de la colaboración con los órganos judiciales por parte de *otros agentes competentes*, que, como solución, propone el Consejo Económico y Social Europeo para la liquidación simplificada de microempresas insolventes, concluimos que, en el Derecho español, en nuestra opinión, estaría más que cubierta.

35. A todas luces, como ya hemos visto, la justificación, no sólo española, sino con carácter internacional, para la ausencia del órgano de la administración concursal en la tramitación del procedimiento simplificado de microempresas insolventes, reside en los elevados costes del procedimiento y, entre otros, los relativos a la administración concursal. La creación de este especial procedimiento, en España, viene como consecuencia del *evidente fracaso* de la aplicación de las normas concursales sobre microempresarios y personas físicas que desarrollen una actividad profesional o económica. Pero, además, conviene destacar que el Derecho español no ha prohibido o imposibilitado la intervención de la administración concursal en el procedimiento especial para microempresas, sino que ha establecido que su nombramiento, a excepción de la calificación abreviada, y la retribución por ello se asuma por el solicitante, ya sea el deudor microempresario o los acreedores⁵⁰.

36. Y, además, no sólo puede comparecer un administrador concursal como colaborador del juez que tramite y analice la insolvencia del microempresario, sino que otros agentes cualificados podrían participar en el procedimiento especial para microempresas en nuestro país. De un lado, el experto en la reestructuración, figura *controvertida* desde su entrada en escena en el ámbito español⁵¹, como experto para la valoración de empresas o de establecimientos mercantiles, como medida posible a solicitar desde la apertura del procedimiento, como también en el procedimiento de continuación y en el procedimiento de liquidación. De otro lado, la mediación, a fin de conseguir un plan de continuación, bajo el consenso

⁵⁰ F. VALENCIA, “Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa”, *op. cit.*, p. 8, al hablar de la retribución de la administración concursal y la solicitud por un único acreedor, ante los graves incumplimientos por parte del deudor, establecidos en el artículo 713.5, concluye que *mucho me temo que, incluso cuando haya dudas sobre la capacidad del deudor para llevar a cabo la liquidación, no habrá muchos nombramientos de administradores concursales, lo que normalmente significará una menor recuperación para los acreedores (incluidos los acreedores públicos).*

⁵¹ Entre otros, véase E. SANJUÁN, “La figura del practitioner en los procedimientos de reestructuración preventiva: la importancia de la objetividad a la hora de extender sacrificios. Funciones”, en ASPAC (coord.), *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente. Una aspiración legítima a la luz de la Directiva 2019/1023*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 202-206, donde el autor hace un magnífico estudio de la cualificación del practitioner, en tanto en cuanto precisará formación en materia de insolvencia, mediación, asuntos de empresas y sociedades, y valoración y enajenación de activos y pasivos, de empresas y de unidades productivas.

^N. FACHAL, “El experto en la reestructuración”, *Aranzadi Digital*, nº 1, 2022, donde la autora señala:

Esta previsión responde a la reivindicación de las asociaciones de administradores concursales, que exigieron que esta disposición contemplase expresamente su idoneidad, como profesionales altamente cualificados para actuar en los marcos de reestructuración preventiva. De este modo, a los administradores concursales se les presupone la formación especializada necesaria para ser nombrados expertos en la reestructuración, mientras que otras personas naturales o jurídicas deberán justificar aquellos conocimientos -jurídicos, financieros y empresariales- y contar, adicionalmente, con experiencia en materia de reestructuraciones.

de deudor y acreedores, que, a la postre, requerirá de la homologación judicial, al igual que el convenio o los planes de reestructuración⁵².

37. Por ello, aunque es perfectamente entendible la posición que adopta, en este término, el Consejo Económico y Social Europeo, consideramos que, en el Derecho español, como reflejo de la propuesta de Directiva, no se aleja la intervención de la administración concursal en el procedimiento especialmente diseñado para microempresarios insolventes, sino que habilita otras figuras, igualmente cualificadas, para asesora, aligerar y ayudar a todas las partes del proceso: juez, deudor y acreedores.

38. En el caso portugués, el plan de pagos, especialmente diseñado para personas físicas no empresarias o titulares de empresas pequeñas, y no novedoso, pues se incorporó a su ordenamiento con anterioridad a la preocupación internacional y comunitaria sobre la insolvencia simplificada de microempresarios, establece que el deudor será quien mantenga las facultades de administración y disposición⁵³. En todo caso, si el plan de pagos no prosperase, el procedimiento se acometerá como un proceso de insolvencia habitual, por lo que ya, en ese momento, sí que será necesaria la intervención de la administración concursal.

39. En todo caso, en caso de que el plan de pagos se acepte por todos los acreedores, o se recurra al *suprimento da aprovação dos credores*, por las mayorías requeridas al efecto en el artículo 258, tal y como se establece en el artículo 259.1 del *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* de Portugal, será el juez quien homologue el plan de pagos, sin la necesidad de la intervención, previa, y en ningún momento, de la administración concursal⁵⁴. Paradójicamente, encontramos una solución, que, a pesar de la controversia generada en el ámbito español, ya estaba en vigor en Portugal, sin mayores consecuencias ni problemáticas por la falta de la intervención de la administración concursal en un proceso ágil y sencillo por la escasa complejidad de la insolvencia de personas físicas y titulares de pequeñas empresas.

2. Los medios de comunicación electrónicos

40. En líneas generales, las regulaciones, internacional y comunitaria, sobre la liquidación simplificada de microempresas plantean la necesidad de la garantía de estos procedimientos, en base a los principios de la sencillez, la rapidez y la eficacia⁵⁵. Para ello, la apuesta unánime respecto de la gestión

⁵² C. NIETO, “El experto en la reestructuración”, en A. COHEN (dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 294, donde el autor recoge que esta figura, refiriéndose al experto en la reestructuración, realmente, no es novedosa, y habla de *mediador o supervisor*:

La Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 COM (2014) 1500 final, sobre un nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, ya contemplaba, en su apartado 3 B, la posibilidad de nombrar (de forma no obligatoria) un “mediador o supervisor” por el órgano jurisdiccional, como alternativa a la apertura de un procedimiento judicial de insolvencia. La Recomendación señalaba que el “mediador” tendría la función de ayudar al deudor y a los acreedores a dirigir con éxito las negociaciones sobre el plan de reestructuración; mientras que el “supervisor” vigilaría la actividad del deudor y los acreedores y adoptaría las medidas necesarias para proteger los intereses legítimos de uno o varios acreedores o de otras partes interesada.

⁵³ L. MARQUES COSTA, *A insolvência de Pessoas Singulares*, op. cit., p. 503, al señalar que *de facto, apesar de a regra ser a de que a decretação da falência importava a retirada da administração da massa ao falido, existia a explicitada concordata que, como meio preventivo ou suspensivo da falência, permitia que a administração da empresa se mantivesse nas mãos do comerciante em dificuldades*. También, A. DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, op. cit., pp. 450-451, y C. SERRA, “A privação de administrar e dispor dos bens, a inabilitação e a administração da massa pelo devedor”, en AA.VV., *Insolvência e consequências da sua declaração*, Coleção Formação, Centro de Estudos Judiciários, 2012, pp. 10-11, disponible en www.cej.mj.pt, [última consulta: 5 de noviembre de 2024].

⁵⁴ L. M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, op. cit., pp. 211-213; L. MENEZES LEITÃO, *A Recuperação Económica dos Devedores*, op. cit., pp. 127-128.

⁵⁵ Véase el Principio C.19.4 para la Insolvencia de microempresas y pequeñas empresas, de Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, en su versión revisada de 2021, promulgados por el Banco Mundial.

procesal de la insolvencia de las microempresas radica en el empleo de los medios telemáticos y el desarrollo de los formularios estandarizados.

41. De un lado, el Banco Mundial, en sus Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, en lo concerniente a la insolvencia de pequeñas y medianas empresas, determina que los procedimientos simplificados de insolvencia deben exigir un menor número de formalidades procesales, que deberán ser más sencillas, y tramitarse en plazos más reducidos. En este sentido, abre la posibilidad para que las legislaciones de los distintos Estados permitan el uso de herramientas y datos electrónicos para simplificar los procesos. Además, siempre que esto resulte posible y practicable, deberá establecerse el uso de modalidades de presentación en línea y formularios estandarizados.

42. De otro lado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su Guía Legislativa sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, en sintonía con el Banco Mundial, plantea el desarrollo de cualesquiera medidas para que la asistencia y el apoyo ofrecidos para el uso de un régimen de insolvencia simplificado estuvieran disponibles y fuera fácil acceder a ellos. En concreto, además de esquemas y formularios estandarizados, ahonda en el desarrollo de un marco que prevea el empleo de medios electrónicos cuando la tecnología de la información y las comunicaciones disponibles en cada Estado lo permita y de conformidad con otras normativas aplicables en cada legislación.

43. En términos de aplicación de estas propuestas de un régimen de insolvencia simplificado para la insolvencia de microempresas, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, ha planteado diversas medidas para la digitalización y la sencillez de los procedimientos de liquidación de microempresas. En concreto, el artículo 40 parte de la prioridad en la comunicación electrónica, entre las diversas partes del procedimiento, en los procedimientos de liquidación simplificados. Más allá de esas comunicaciones mediante soporte digital, también se establece que los Estados miembros deben desarrollar una o varias plataformas de subastas electrónicas a efectos de la venta de los activos de la masa del concurso en el marco de los procedimientos de liquidación simplificados, *ex* artículo 50 de la Propuesta de Directiva.

44. La Unión Europea, en aras de una mejora en la tramitación de la insolvencia de las microempresas, como parte fundamental del tejido empresarial de su territorio, plantea asimismo un sistema de interconexión de los sistemas nacionales de subasta electrónica, interconectados a través del Portal Europeo de e-Justicia⁵⁶, que actuará como punto central de acceso electrónico al sistema⁵⁷. Y, además, el compromiso de la creación, el mantenimiento y el desarrollo futuro de este sistema de interconexión de los sistemas de subasta electrónica nacionales de cada Estado miembro se financiarán con cargo al presupuesto general de la Unión.

45. La regulación española del procedimiento especial para microempresas ha seguido las sugerencias y recomendaciones internacionales en todas estas cuestiones. En aras de una mayor seguridad para la tramitación ágil y sencilla de la insolvencia de microempresas, se han establecido numerosos formularios estandarizados para las diversas fases del procedimiento, desde la solicitud de apertura, hasta la consecución de la insolvencia del microempresario, tanto por la vía de la continuación como por la vía de la liquidación. Y, por qué no decirlo, la medida *estrella* del procedimiento especial gira en torno al desarrollo

⁵⁶ Entre otros, véase P. CIFREDO ORTIZ/F. J. MORENO BUENDÍA, “El procedimiento especial para microempresas desde una perspectiva digital”, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷ Para ello, el artículo 51 de la Propuesta de Directiva prevé que el sistema contendrá, en todas las lenguas oficiales de la Unión, información sobre todos los procesos de subasta anunciados en las plataformas de subastas electrónicas nacionales, permitirá la búsqueda entre estos procesos de subasta y proporcionará hipervínculos que conduzcan a las páginas de los sistemas nacionales en los que puedan presentarse directamente ofertas.

de la plataforma electrónica⁵⁸ para la gestión de la insolvencia y venta de activos del deudor microempresario⁵⁹. Con un inicio convulso⁶⁰, en España se sigue trabajando para la mejora en el desarrollo de este procedimiento, a fin de lograr una verdadera alternativa a la tradicional gestión del concurso de acreedores⁶¹.

46. En el ámbito portugués, en el plan de pagos para personas físicas y titulares de empresas pequeñas, sin embargo, es una cuestión que, por el momento, se encuentra en fase incipiente de regulación⁶². En todo caso, en el contenido del plan de pagos⁶³, que, obligatoriamente deberá reunir, se establece que tanto el plan como sus anexos se presentarán en dos ejemplares, ya sea en formato papel o en formato digital⁶⁴. Además, recientemente, se ha aprobado que toda comunicación, a modo de notificación, que se haga a los acreedores, se hará, preferentemente, en formato electrónico⁶⁵.

47. Al margen de la regulación propia del plan de pagos en el Derecho de la insolvencia portugués, para personas físicas y titulares de pequeñas empresas, en este último caso, el artículo 162 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de aplicación a toda clase de procedimientos de insolvencia y acreedores, determina que la venta de una empresa se hará en su conjunto, para lo cual, a tenor del artículo 164, se prevé que la enajenación de los bienes se desarrollará preferentemente mediante venta por subasta electrónica⁶⁶.

⁵⁸ En líneas generales, el concurso de acreedores en España prioriza el uso de medios electrónicos en las fases del procedimiento. Véase el artículo 552 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que señala que *la publicidad de la declaración de concurso, la publicidad de aquellas otras resoluciones exigida por esta ley y las notificaciones y comunicaciones que procedan se realizará por medios electrónicos* (tenor literal del precepto tras la reforma concursal de 2022). Sobre esta materia, véase I. RAMOS VILLAR, “Comentario al artículo 552”, en A. B. VEIGA COPO (dir.), *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 1157-1159.

⁵⁹ Se muestra optimista N. MONZÓN CARCELLER, “El procedimiento especial de concurso para microempresas del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁰ Entre otros, P. J. RUBIO VICENTE, “Aspectos controvertidos de la tramitación del procedimiento especial de liquidación de microempresas”, *op. cit.*, pp. 3-4, al decir que *la incertidumbre en cuanto a la instauración de los medios técnicos necesarios se ha reducido de forma sustancial, al contemplarse ahora la puesta en marcha de la plataforma y la aprobación de las condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico para la cumplimentación de los formularios normalizados antes de la entrada en vigor de este Libro III, prevista con carácter general para el 1 de enero de 2023. No obstante, persisten las dudas razonables que puede ofrecer el cumplimiento efectivo de estos mandados por parte del Ministerio de Justicia y sobre todo su ulterior aplicación práctica o funcionalidad ante las carencias materiales y tecnológicas de nuestros juzgados y la inercia en el uso exclusivo de documentos en papel, lo que puede resultar un obstáculo insalvable para el éxito de este procedimiento si su entrada en vigor no se acompaña de los medios tecnológicos necesarios y de una modificación efectiva en sus prácticas*; R. RIVAS URBINA, “Enajenación de la Unidad productiva y pre-pack en el proyectado Procedimiento especial para Microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 56, 2022, pp. 121-146.

⁶¹ R. AGUILAR MOYA/V. FERNÁNDEZ ROLDÁN/M. LÓPEZ NARVÁEZ/M. MAGDALENA CÁMARA/D. SÁNCHEZ DE LA CRUZ/M. SÁNCHEZ URGELLES/C. VENTURA NOUCHE, “Los principales aprendizajes prácticos que nos deja el primer año de vigencia de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 10445, 13 de febrero de 2024, disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAFWNMQ7CMBAEf-PaXCikqitifuAeJbk1OmHdIQcQ-T1JkYItR5pZFeGU47buQtR34YO2qBtTp-D6e6BzMBTKn_DZBUYOEOK6ow47xfEhdhqbztTVvu61IT7n9QkuY10QMLk_k5uR_wH2UMovn4AAAA=WKE [última consulta: 5 de noviembre de 2024].

⁶² C. SERRA, “Nova reestruturação de empresas: perspectivas e coordenadas em tema de Micro e Pequenas Empresas (para depois da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro)”, *op. cit.*, p. 105, para la regulación de un procedimiento accesible para la insolvencia de microempresas y pequeñas empresas, propone, entre otras cuestiones, *formulários online para apresentação de documentos, plataformas electrónicas de publicitação e de venda de bens, etc.*

⁶³ Véase artículo 252 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

⁶⁴ El plan de pagos presentado será de obligatoria notificación a los acreedores. En este contexto, nos encontramos con el artículo 256 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, donde también se habla de la posible presentación de documentos en formato digitalizado.

⁶⁵ Téngase en cuenta el Decreto-Lei 87/2024, de 7 de noviembre, por el que se regula la citación y notificación por vía electrónica de las personas físicas y jurídicas, determinando que, por regla general, la notificación a las personas jurídicas se hará por vía electrónica. Precisamente, el Preámbulo de la norma se encarga de establecer esta reforma, entre otras razones, por la importancia del tejido empresarial en Portugal, a través de las pequeñas y medianas empresas.

⁶⁶ Y, además, con carácter general, véase Portaria nº 280/2013, de 26 de agosto, para la tramitação eletrónica dos processos judiciais, que, entre otros aspectos del ordenamiento y del funcionamiento procesal en Portugal, habilita el uso de instrumentos digitales en el ámbito de la insolvencia.

⁶⁶ Esta opción sería perfectamente válida para la venta de un establecimiento mercantil de una pequeña empresa, prevista

IV. La reorganización en el Derecho español y en el Derecho portugués: el plan de continuación y el plan de pagos

48. A pesar de que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, se ciñe, en el contexto de las microempresas, a la pretensión de la consolidación de un sistema de liquidación simplificado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su Guía Legislativa sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, y el Banco Mundial, en los Principios para regímenes efectivos de insolvencia y de derechos de acreedores y deudores, sí que se han interesado acerca del establecimiento de un sistema de reorganización, simplificado, para las microempresas, que, en cierta medida, permita la continuación del negocio. Por un lado, en el entorno portugués, al no tratarse de un procedimiento exclusivo y excluyente, el recurso a este sistema de recuperación impide determinados efectos establecidos en el plano de insolvencia, mientras que, en el caso español, como sabemos, la solicitud de apertura del procedimiento especial es el vehículo ágil y simplificado para la tramitación de la insolvencia de un microempresario, al que, supletoriamente, sí cabría la regulación del concurso de acreedores, pero sólo para las adaptaciones estrictamente necesarias⁶⁷.

49. Precisamente, en este punto, es donde encontramos un régimen, con bastantes similitudes, en el Derecho de la insolvencia portugués y español. Nos referimos al plan de pagos y al plan de continuación, respectivamente, para los que, como ya hemos visto, los problemas financieros de los microempresarios sean solventados, condicionados al estado de insolvencia y a la limitación como titular de un pequeño negocio. Por ello, a partir de este momento, nos vamos a ocupar en las cuestiones delimitadoras de ambos sistemas, de forma paralela⁶⁸.

50. La reorganización de un microempresario, a través de un plan de pagos, en el Derecho español y portugués, permite que, bien el deudor, o bien otros legitimados, puedan, además de declarar la insolvencia, presentar una propuesta de plan de pagos, para su valoración y aprobación posterior. Matizamos esta idea, en el plan de pagos portugués, pues, en efecto, cualquier acreedor, entre otros legitimados, puede instar la declaración de la insolvencia del deudor, tal y como se recoge, con carácter general, en el artículo 20 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, además del artículo 253 de la misma norma, con carácter particular, para la insolvencia de personas físicas y titulares de pequeñas empresas. Respecto del Derecho español, la solicitud de apertura del procedimiento especial para microempresas, por parte del acreedor, implica, consecuentemente, que el deudor se encuentra en estado de insolvencia, que, podrá desembocar en un plan de continuación con plan de pagos⁶⁹.

51. No obstante, ante la solicitud de la declaración de la insolvencia de un deudor microempresario, nos encontramos, ya sí, con una diferencia en la regulación del plan de pagos entre el Derecho español y portugués. En el plan de pagos portugués, se establece la previsión única, por parte del deudor, de la potestad de presentarlo junto con la solicitud de la declaración de la insolvencia, tal y como se desprende del artículo 251 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o como contestación a la declaración de insolvencia por parte de un acreedor, opción factible y anteriormente analizada. Para ello, nos remitimos al plazo de diez días, de que dispone el deudor para presentar un plan de pagos alternativo al escrito de declaración de insolvencia⁷⁰.

en el plan de pagos, para la salvaguarda del negocio. Se hace eco de esta cuestión A. DE SOVERAL MARTINS, “Liquidação simplificada de micro-empresas insolventes”, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁷ Véase artículos 250 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas y 689 del Texto Refundido de la Ley Concursal. L. MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁸ Nos referiremos, en todo momento, a la regulación del plan de pagos, prevista en los artículos 249 y siguientes del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, así como los artículos 697 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁶⁹ Véase artículos 691 *ter* y 693.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁷⁰ El plazo de diez días se entiende por días naturales pues el Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, en otros momentos, precisa para plazos los días útiles –hábiles-. Esta cuestión se desliza del artículo 253, por remisión al artículo

52. En términos similares, encontramos la presentación del plan de pagos⁷¹ en el Derecho español, pues tanto el microempresario como los acreedores podrán presentarlo con la solicitud o en el plazo máximo de diez días *hábiles*, aquí sí, desde la declaración de apertura del procedimiento especial. Encontramos, sin duda, cierto paralelismo con el convenio en el procedimiento concursal y con los planes de reestructuración, aunque, en el procedimiento especial, reina la celeridad como consecuencia de los plazos abreviados que encontramos a lo largo de toda su regulación⁷².

53. El contenido del plan de pagos, en ambos ordenamientos, presenta en los artículos 252 y 697 *ter* del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas y del Texto Refundido de la Ley Concursal, respectivamente, el reflejo de un contenido *mínimo*, bajo la cumplimentación de diversos formularios estandarizados⁷³. Nuevamente, en este punto, recuperando la *polémica* en cuanto a la ausencia de un administrador concursal, tanto en el plan de pagos portugués, como en el plan de continuación español, su contenido deberá someterse, en primer lugar, a la votación de los acreedores y, en segundo lugar, a la homologación por parte del juez, por lo que, en nuestra opinión, no presenta controversia alguna esta medida para acelerar la tramitación de un plan de pagos a fin de lograr la recuperación económica de un microempresario.

30, plazo general de oposición a la declaración de insolvencia por cualquier legitimado, como sería, en este caso, el acreedor. Sobre esta cuestión, L. M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, *op. cit.*, p. 195.

No lo dice expresamente el legislador, pero la presentación extemporánea conllevaría directamente a la declaración de insolvencia. L. MENEZES LEITÃO, *A Recuperação Económica dos Devedores*, *op. cit.*, p. 119.

⁷¹ El propio precepto nos habla de la presentación del plan de continuación como casusa determinante para la apertura del procedimiento de liquidación; no obstante, en este sentido, nos debemos remitir al artículo 686.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal que, ante la concurrencia del ochenta y cinco por ciento de los créditos correspondientes a acreedores públicos, el procedimiento especial será necesariamente de liquidación, por lo que, por tanto, en este caso, no será necesaria la presentación del plan de continuación. Junto con esto, otra circunstancia que determinará la apertura del procedimiento especial de liquidación es que el deudor no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, siempre que su devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial, tal y como se establece en el artículo 699 *quater* del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁷² E. RECAMÁN GRAÑA, “Comentario al artículo 697”, en J. PULGAR (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 3ª edición, 2023, pp. 1621-1626 (p. 1621); C. GÓMEZ ASENSIO, “La efectividad del plan de continuación para microempresas”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 8, 2022, pp. 139-155 (p. 149); C. NIETO DELGADO, “Procedimiento especial de microempresas: sobrevino el desastre anunciado”, *op. cit.*, p. 149, donde el autor hace un exhaustivo estudio acerca de la similitud del plan de continuación y de los planes de reestructuración y señala:

Partiendo de lo dicho anteriormente, el Legislador español, sin decirlo expresamente, parece querer transmitir subliminalmente la idea de que el plan de continuación equivale a un plan de reestructuración. Los paralelismos entre el plan de continuación y el plan de reestructuración no pueden considerarse fruto de la casualidad y resultan muy evidentes. Tal idea además se refuerza si se advierte: que para la aprobación del plan de continuación, se acude a un sistema análogo al de los planes de reestructuración, de división de los acreedores en categorías y “arrastrés” (intra-clase y transversal), concurriendo determinadas mayorías en el seno de cada clase (dentro de los umbrales marcados por la Directiva) y la unanimidad de las clases (o bien una mayoría de estas últimas, sumada exactamente a las mismas circunstancias que se dan en el caso de los planes de reestructuración); que el plan de continuación, al igual que el plan de reestructuración, es objeto de homologación, con posibilidad de impugnación ante la Audiencia Provincial; que en caso de impugnación del plan de continuación, interviene un experto en materia de reestructuración estableciendo el valor de la empresa en funcionamiento y aplicándose el “test del interés superior de los acreedores”, tal y como viene exigido en la Directiva para los planes de reestructuración y en el Libro II que la incorpora.

A pesar de ello, en las pp. 150-151, el autor considera que, en todo caso, hay diferencias llamativas, por contravenir el espíritu del Derecho de la unión Europea, más concretamente, el de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/ 132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

⁷³ Sorprende, en este punto, que, en el contexto del plan de pagos en el Derecho portugués, el artículo 254 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas determina, con carácter imperativo y obligatorio, la solicitud de la exoneración de las deudas, para que, si finalmente el plan de pagos no resulte aprobado, pueda el deudor obtener esta posibilidad. Sobre esta cuestión, L. CARVALHO FERNANDES/J. LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 935.

Por el contrario, en el Derecho español, se podrá solicitar la exoneración, con posterioridad al cumplimiento del plan de pagos, o, incluso, llegado el momento de la liquidación del microempresario, sea directa o posterior al intento de continuación con plan de pagos.

54. La tramitación previa del plan de pagos, hasta su aprobación y posterior homologación, bajo nuestra consideración, resulta llamativamente más abreviada en el Derecho de la insolvencia portugués, respecto del novedoso plan de continuación en el procedimiento especial para microempresas del Derecho español. Presentado el plan de pagos por el deudor, el juez deberá decretar la apertura del procedimiento de insolvencia general⁷⁴, cuando estime la imposibilidad de la aprobación del plan de pagos, a tenor del artículo 255 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. En cualquier caso, no obstante, recibida la copia del plan, por cada acreedor, después de los cinco días que tiene el deudor para su presentación en el juzgado, cuentan todos con un plazo de diez días, naturales e improrrogables, para comprobar el contenido y la cuantía del crédito⁷⁵, pues, en caso de no realizar alegaciones, se entenderán adheridos al plan de pagos, y, también, exento del pago de aquellas cantidades no previstas. Sin duda alguna, esta medida resulta beneficiosa para el deudor, no tan solo para la agilidad en la tramitación de un plan de pagos, sino para la continuación del negocio del titular de la pequeña empresa con la ya *concedida* exoneración.

55. Por otro lado, en relación a la tramitación del plan de pagos en España, ya sea una propuesta presentada por el deudor o por los acreedores, por un socio personalmente responsable de las deudas de la sociedad, o por el experto en la reestructuración, si éste último se hubiese nombrado⁷⁶, dispondrán de un plazo de quince días hábiles⁷⁷ para realizar alegaciones, aportando la documentación justificativa que consideren oportuno, tal y como se establece en el artículo 697.2 *quinquies* del Texto Refundido de la Ley Concursal. Estas alegaciones versarán sobre cualquier parte del contenido del plan de continuación, incluidas las referidas a la cuantía, características y naturaleza de los créditos afectados por el plan, según se determinan en la lista de créditos incluida por el deudor en su solicitud o en un momento posterior, tras la apertura del procedimiento a petición de un acreedor o de un socio personalmente responsable de las deudas de la sociedad. Al igual que sucede en el plan de pagos portugués, la no presentación de alegaciones por parte de un acreedor en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o con la clase a que ha sido asignado, se entenderá como aceptación tácita e impedirá la impugnación posterior, *ex* artículo 697.4 *quinquies*. Y, además, continúa el precepto en su apartado siguiente, otorgando la posibilidad a que cualquier acreedor que tenga un crédito contra el deudor y que no se encuentre en la lista de acreedores incluida en o tras la solicitud de apertura del procedimiento especial, o en la propuesta de plan de continuación, podrá solicitar la inclusión del mismo dentro de los veinte días hábiles siguientes a la apertura del procedimiento especial de continuación, mediante la correspondiente presentación electrónica del formulario normalizado.

56. En este momento, superados los trámites de valoración del contenido del plan de pagos, por los acreedores y el deudor, se somete a la aprobación. En el caso portugués, se simplifica la aprobación, con el trámite anterior de la aceptación, obligatoriamente por todos los acreedores; no obstante, se entenderá aprobado cuando se acepte, como mínimo, por dos tercios de los créditos establecidos; además, el juez, a petición del deudor o de los acreedores, podrá sugerir la aprobación de los oponentes, según las con-

⁷⁴ J. A. VIEIRA, “Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas”, *op. cit.*, p. 254.

⁷⁵ También resulta llamativo que el deudor pueda aceptar parcialmente la cantidad propuesta por los acreedores, a tenor del artículo 256.4.a) del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. En este sentido, se otorga, en primer lugar, al deudor, un plazo de cinco días para estudiar las consideraciones derivadas de las *alegaciones* presentadas por los acreedores, y, a la postre, los acreedores podrán adherirse o no, pues, en esta circunstancia, si no se dice nada, se entiende que mantendrían su oposición, tal y como se establece en el artículo 256.6.

⁷⁶ Esa potestad la tiene el deudor y no el juez, tal y como se desprende del Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20/09/2018, processo nº 22690/17.5T8SNT-A.L1-2 (relator: António Moreira).

⁷⁷ El plazo para la presentación de alegaciones por parte del experto en reestructuración será también de quince días hábiles, pero el plazo se computará desde su nombramiento efectivo.

⁷⁷ J. ANTON GUIJARRO, “Comentario a los artículos 697 *quinquies* y *sexies*”, en E. SANJUÁN Y MUÑOZ/J. I. PEINADO GRACIA (dirs.), *Comentarios al articulado del Libro Tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, Sepín, 2023, pp. 281-287, (p. 284), cuando señala, opinión que compartimos, que *olvida, sin embargo, la ley regular la comunicación del plan de continuación al deudor cuando haya sido presentada por los acreedores –laguna sobre la que advierte el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley- por lo que en tal caso el plazo de que dispone el deudor deberá ser computado a partir del momento en que se tenga constancia de que llegó a su conocimiento.*

diciones del artículo 258.1 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁷⁸. Por el contrario, en el plan de continuación, el plan de pagos se entenderá aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos del concurso de acreedores, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, a tenor de lo previsto en el artículo 698.10 del Texto Refundido de la Ley Concursal⁷⁹.

57. Considerándose aprobado el plan de pagos, atendiendo a las mayorías necesarias que se establecen en el Derecho de la insolvencia portugués y español, se procederá, en ambos casos, a la homologación judicial del plan, que determinará, sin duda, su viabilidad, y marcará el inicio de su cumplimiento. Por un lado, en el contexto del plan de pagos portugués, la aprobación del plan de pagos adquiere firmeza, salvo recurso⁸⁰, con la sentencia judicial, y, además, se procederá a la declaración de insolvencia del deudor⁸¹. Por otro lado, en el plan de pagos español, aprobado por los acreedores, se someterá a la homologación judicial, tal y como se prevé en el artículo 698 *bis* del Texto Refundido de la Ley Concursal. La principal diferencia, entre los dos ordenamientos, estriba en la posible homologación tácita del plan de continuación; en este sentido, de forma directa, se otorga la legitimación, respecto del deudor o de los acreedores titulares de créditos afectados por el plan, para solicitar que el juez se pronuncie sobre la homologación del plan dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la certificación del resultado favorable a la aprobación en el procedimiento escrito⁸².

58. Para la homologación tácita, ante la eventual pasividad del deudor o de los acreedores afectados por el plan de continuación⁸³, encontramos dos restricciones que harán, a la postre, la necesaria

⁷⁸ En este sentido, en primer lugar, que el plan no suponga para los oponentes una desventaja económica mayor que, si las circunstancias del deudor siguen siendo idénticas, a través de la continuación del procedimiento de insolvencia, con la liquidación de la masa de la insolvencia y exoneración de los pasivos restantes, si así lo ha solicitado el deudor en condiciones de ser concedido; en segundo lugar, que el plan no suponga para los oponentes un trato discriminatorio injustificado; y, por último, que no se planteen dudas legítimas sobre la veracidad o exhaustividad de la relación de créditos presentada por el deudor, con repercusiones en la adecuación del tratamiento dado a los mismos. Sobre estas cuestiones, véanse los Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03/12/2015, processo nº 1314/15.0T8STR-A.E1 (relator: Sílvio Sousa) y Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22/02/2018, processo nº 1236/17.0T8STB-A.E2 (relator: Elisabete Valente). En este último caso, se considera discriminatorio el trato de favor al acreedor hipotecario, respecto del resto de acreedores comunes, a los que, por el contrario, si se establecen quitas en las cuantías de los créditos a satisfacer con el plan de pagos.

⁷⁹ E. SANJUÁN Y MUÑOZ, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis. El procedimiento especial para microempresas y su régimen transitorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 254, cuando el autor, añade, que, en ambos casos, el deudor y los socios personalmente responsables por las deudas sociales también deberán dar su aprobación y, también, si el plan contuviera medidas que afecten a los derechos políticos y económicos de los socios de las sociedad deudora, se requerirá igualmente el acuerdo de éstos.

⁸⁰ En este sentido, véase artículo 259 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, en el que, por otro lado, para aquellos acreedores que no estuvieran incluidos en el plan de pagos, podrán solicitar la ineficacia del plan de pagos, de modo que, en caso estimatorio, procederá a la suspensión del plan de pagos.

⁸¹ Por otro lado, el artículo 261 de la misma norma limita, verdaderamente, la reclamación de los acreedores recogidos en el plan de pagos a través de otros procedimientos de insolvencia. En este sentido, tajante, opinión que compartimos, se manifiesta L. MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, op. cit., p. 320.

⁸² I. TIRADO, “El procedimiento especial para micropymes en el Texto Refundido: ¿una oportunidad perdida?”, op. cit., véase nota a pie 41, p. 268, donde el autor matiza, en este punto, de forma acertada, la solicitud de homologación judicial:

Nótese, qué el anteproyecto no está dando al deudor o a los acreedores afectados la posibilidad de pedir la homologación, sino un pronunciamiento sobre la homologación; es decir, se le pide al juez que entre a analizar la aprobación y el contenido del plan y se pronuncie sobre si debe ser homologado. En realidad, esta iniciativa no la tomarán quienes estén de acuerdo con el plan, sino quienes no lo estén.

⁸³ Continúa argumentando el Preámbulo de esta Ley la necesidad de la homologación tácita ante la aprobación como consecuencia de la ausencia de voto en los siguientes términos:

Ahora bien, esta es la regla general del procedimiento especial de continuación, pero existe también una excepción para el caso en que se haya considerado la ausencia de voto como voto a favor del plan. En este supuesto la homologación judicial se antoja necesaria. No parece adecuado que un plan de continuación se apruebe por una minoría de acreedores ante el desinterés de la mayoría sin que el juez entre a realizar un control adicional sobre el fondo.

F. VALENCIA, “Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa”, op. cit., p. 6, donde la autora señala lo siguiente:

homologación judicial del plan de continuación. Por un lado, no será posible la homologación tácita del plan de continuación cuando la aprobación del propio plan se haya conseguido con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto. Así se establece en el artículo 698.3 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal, y nos remite, en cuanto a la ausencia de voto, al contenido del precepto de la aprobación del plan de continuación. Por otro lado, la segunda restricción existente ante la homologación tácita del plan de continuación se encuentra, inexplicablemente, cuando en el plan se incluyan créditos de los acreedores públicos. El plan de continuación, en cuanto a su aprobación, ya cuenta con unas reglas propias en su tratamiento respecto de otras clases de créditos y, en todo caso, si el deudor no se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, el plan de continuación no será factible y supondrá la apertura del procedimiento especial de liquidación, siempre que su devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial, a tenor de lo establecido en el artículo 699 *quater* del Texto Refundido de la Ley Concursal.

59. Como comentábamos con anterioridad, aprobado el plan de pagos, en muy pocas circunstancias, nos encontramos con la posibilidad de éxito de una vía alternativa en los dos ordenamientos. En el contexto del plan de pagos para titulares de pequeñas empresas, en caso de incumplimiento del plan de pagos, cuando los créditos de los acreedores sean superiores a las cantidades previstas en el plan, o cuando se consideren créditos que no deben ser exonerados, el artículo 261 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas determina la posibilidad de cualquier acreedor, previsto en el plan no cumplido, de iniciar otro proceso de insolvencia⁸⁴. De forma similar, el artículo 699 *bis* del Texto Refundido de la Ley Concursal, bajo el título de frustración del plan de continuación, considera que la falta de aprobación del plan de continuación, el rechazo de la homologación por el juez, la estimación de la impugnación de la homologación o el incumplimiento del plan de continuación, nos llevará a la apertura del procedimiento especial de liquidación, siempre y cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual.

60. Finalmente, si el plan de pagos no consigue ser aprobado, o la homologación judicial se revoca tras el recurso presentado, se procederá a la declaración de insolvencia del deudor, en los términos habituales, a tenor del artículo 262 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Sin duda alguna, aquí encontramos el *talón de Aquiles* del ordenamiento portugués, pues si bien ofrece una alternativa de resolución ágil y eficaz de las deudas de un microempresario, gracias al plan de pagos, le condena al procedimiento habitual del concurso. Mientras que, como veremos a continuación, el Derecho de la insolvencia español, más allá del procedimiento de continuación, sí contempla, también, un procedimiento especial de liquidación simplificado.

V. El procedimiento especial de liquidación de microempresas en el Derecho español

61. Las recomendaciones internacionales y propuestas legislativas en el entorno comunitario sugieren el establecimiento de un procedimiento simplificado de liquidación de microempresas para lograr, en la medida de lo posible, la recuperación del negocio afectado y, fundamentalmente, permitir el desarrollo del emprendimiento empresarial. En este contexto, el Derecho portugués, hasta la fecha, no ha previsto un procedimiento separado y distinto para la liquidación de microempresas, ya que, como

Esta regla para el plan de continuación de nuevo forma parte de las Recomendaciones y se dirige a evitar que la pasividad de los acreedores lleve al fracaso de los procesos de reestructuración de las microempresas. Pero puede producirse un abuso o uso fraudulento del procedimiento especial por la omisión de acreedores, de notificaciones o de comunicaciones errónea. Se exige, en todo caso, la homologación expresa del plan de continuación cuando se incluyan créditos de acreedores públicos o cuando la aprobación del plan haya sido por los votos favorables ausentes (art. 698bis.3). Por otro lado, parece que se favorece el plan de continuación porque no hay obligación de homologarlo (salvo en esos dos supuestos) para obligar a los acreedores disidentes (al contrario de lo que ocurre en el plan de reestructuración), es decir, se admite la homologación tácita.

⁸⁴ En esos casos, la carga de la prueba recae sobre el acreedor. Sobre esta cuestión, L. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 6ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2015, pp. 328-329.

consecuencia del fracaso o del incumplimiento del plan de pagos, tal y como se establece en el artículo 262 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁸⁵, el microempresario se someterá al procedimiento tradicional de concurso de acreedores⁸⁶. La duda aquí, manifestada por la doctrina, deriva en la posible apertura del plano de insolvencia, general, o, directamente, por la vía de la liquidación⁸⁷.

62. Sin embargo, el procedimiento especial para microempresas, establecido en España en 2023 en el Libro III del Texto Refundido de la Ley Concursal, permite, como ya hemos mantenido a lo largo de este trabajo, que el microempresario solviente sus problemas de insolvencia a través de un procedimiento especial de continuación o de un procedimiento especial de liquidación⁸⁸. En este contexto, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé, en relación al procedimiento de liquidación de microempresas, señala que *en el caso de las microempresas, sin embargo, no existe una fase común, ni un informe de la administración concursal, sino que todo se desarrolla, por economía procesal, en una misma fase. Este plan, en el libro tercero, se diseña de manera flexible e informal, evitándose, de este modo, los problemas de retrasos e incumplimientos que eran propios de la práctica en el concurso de acreedores antes de la reforma*⁸⁹.

63. Como decíamos, el novedoso procedimiento prevé, como solución alternativa al plan de continuación⁹⁰, la liquidación de la microempresa. Al igual que sucede en el procedimiento concursal, el deudor podrá solicitar directamente⁹¹ el procedimiento especial de liquidación, sin la necesidad de acudir a la aprobación de un plan de continuación. En el caso del deudor, estará legitimado para solicitar la apertura del procedimiento especial de liquidación en estado de insolvencia actual, de insolvencia inminente o probabilidad de insolvencia, tal y como se establece en el artículo 691.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal. No obstante, en los casos en los que el deudor solicitase la apertura del procedimiento especial de liquidación sin la transmisión de la empresa en funcionamiento, sólo será posible ante la existencia de insolvencia actual o inminente, por lo que no sería factible si se encontrase en estado de probabilidad de insolvencia, a tenor del artículo 686.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

64. Además, el artículo 705.1, inciso primero, del Texto Refundido de la Ley Concursal, prevé la posibilidad de la apertura del procedimiento especial de liquidación cuando se haya solicitado por un acreedor. En este sentido, aunque no se dice nada, se entiende implícitamente que también tendrán

⁸⁵ También por la falta de aprobación del plan de pagos por los acreedores, estudiados los requisitos para ello en el apartado IV, así como por la falta de homologación del plan de pagos por parte del juez.

⁸⁶ Dada la dimensión del procedimiento del concurso de acreedores en el entorno portugués, en este momento no abordamos su estudio, remitiéndonos a la normativa y a la doctrina portuguesa, que, a buen seguro, en este último caso, analizan con visión crítica este aspecto.

⁸⁷ Recoge un magnífico estudio de las diversas posiciones doctrinales al efecto L. MARQUES COSTA, *A insolvência de Pessoas Singulares*, op. cit., pp. 495 y1 siguientes.

Es comprensible, pues, si bien, durante el plan de pagos, se establece la inadmisibilidad del plan de insolvencia, prevista en el artículo 250 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, como ya hemos comentado, el artículo 262 procede a la reanudación de los procedimientos generales.

⁸⁸ Los artículos 705 a 720 del Texto Refundido de la Ley Concursal se ocupan del análisis del procedimiento especial de liquidación en el contexto del procedimiento especial para microempresas. En concreto, se abordan la tramitación del procedimiento especial de liquidación, las medidas que pueden solicitarse en el procedimiento especial de liquidación, la solicitud de la exoneración del pasivo insatisfecho siempre que el deudor fuera persona física, la calificación abreviada y la conclusión del procedimiento especial de liquidación.

⁸⁹ M. FLORES SEGURA, “El procedimiento de insolvencia especial para microempresas: una visión general”, *Diario La Ley*, 14 de noviembre de 2022, 27 pp, (p. 17), donde la autora señala lo siguiente:

El procedimiento especial de liquidación está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no haya resultado exitoso.

⁹⁰ No será una alternativa cuando no se haya aprobado un plan de continuación, no se haya homologado el plan aprobado o, tras su homologación, haya sido incumplido por el deudor, esto es, ante las vicisitudes del plan de continuación.

⁹¹ También se acudirá directamente al procedimiento especial de liquidación cuando el deudor no se encuentre al corriente de pago de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, siempre que su devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial, tal y como se establece en el artículo 699 *quater* del Texto Refundido de la Ley Concursal.

legitimidad los socios responsables de las deudas sociales para solicitar la apertura del procedimiento especial de liquidación⁹². En este caso, sólo existirá posibilidad de la solicitud de apertura del procedimiento especial de microempresas, en fase de liquidación, si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual. Por tanto, la duda surge, ya que no se ha resuelto por el legislador, respecto de la concurrencia de estas circunstancias y que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia inminente.

65. Una *hipotética* solución ante este problema, esto es, la ausencia del estado de insolvencia actual del deudor que permita el acceso al procedimiento especial de liquidación, podría encontrarse en el artículo 693.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En este caso, los acreedores cuyos créditos representen un veinticinco por ciento del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión de un procedimiento de continuación en uno de liquidación cuando, objetivamente, no exista la posibilidad de continuación de la actividad en el corto y medio plazo. Sin embargo, no es del todo clara esta solución, ya que, en el apartado siguiente del artículo, se establece que el deudor podrá oponerse a la conversión del procedimiento de continuación en un procedimiento de liquidación, cuando no se encuentre en estado de insolvencia actual.

66. En este momento, como en el supuesto del plan de continuación, también se otorga audiencia a los acreedores para la verificación de sus créditos. Este plazo, breve, determinará el comienzo de las operaciones de liquidación, que, sin posibilidad de prórroga, se ejecutarán en un plazo de tres o cuatro meses⁹³. Como ya hemos comentado, el administrador concursal no es un sujeto imprescindible en este procedimiento, por lo que la liquidación la podrá efectuar el propio deudor. De esta manera, sin duda alguna, la ejecución de las operaciones de liquidación por parte del deudor acarreará cierta agilidad en el propio procedimiento, con un consecuente ahorro de costes y siempre que la complejidad de la liquidación permita que no se precise de un experto en la materia⁹⁴.

67. El artículo 707.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal determina el plazo de veinte días hábiles para la presentación de un plan de liquidación, ya sea por el deudor o por el administrador concursal, desde el momento de la apertura *voluntaria* del procedimiento especial de liquidación. En nuestra opinión, la obligación de la presentación del plan de liquidación también se encuentra en los supuestos en los que la solicitud de la apertura del procedimiento especial se realice por parte de los acreedores, por lo que la inclusión de la palabra *voluntaria* en este precepto nos conduce a un error de interpretación evidente. Tras la apertura del procedimiento especial de liquidación, será necesario que se tramite un plan de liquidación, conforme al contenido previsto, en aras de garantizar la satisfacción de los acreedores con la enajenación de los activos que reúna el deudor. Precisamente, en relación a lo anterior, y derivado de la importancia que reúne esta cuestión dentro del procedimiento especial de

⁹² E. RECAMÁN GRAÑA, “Comentario al artículo 705”, en J. PULGAR (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 3ª edición, 2023, pp. 1699-1704 (p. 1701); E. SANJUÁN Y MUÑOZ, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis. El procedimiento especial para microempresas y su régimen transitorio*, op. cit., p. 354.

⁹³ En cualquier caso, la legislación establece la posibilidad de la liquidación de activos más allá de este plazo, para conseguir el mejor fin de la insolvencia del microempresario (art. 708).

⁹⁴ E. RECAMÁN GRAÑA, “Comentario al artículo 707”, en J. PULGAR (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 3ª edición, 2023, pp. 1708-1715 (p. 1710).

Contra véase A. PÉREZ-BUSTOS MANZANEQUE, *La liquidación concursal tras la reforma de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127, donde la autora, se muestra profundamente crítica con la posibilidad de la ejecución de las operaciones de liquidación por parte del deudor, opinión que, en nuestro caso no se comparte, entendiéndose que, en cualquier momento, se podría solicitar el nombramiento de un administrador concursal:

Ya venimos destacando la perplejidad que nos genera el papel protagonista del deudor en la nueva regulación del concurso y la confianza ciega que en él parece depositar el legislador. En este caso se le confiere la posibilidad de autoproclamarse liquidador. Con tristeza auguramos el caos que supondrá el ejercicio de esta opción pues cualquiera que tenga un mínimo de conocimiento de la actividad jurisdiccional mercantil sabrá de los frecuentes desencuentros en esta fase entre deudores y administradores concursales precisamente porque éstos últimos desempeñan su labor con objetividad. ¿Realmente el deudor está preparado para liquidar sus propios bienes?, de hecho, ¿le interesa liquidarlos o le interesa dejarlos “morir”? La casuística es muy amplia y es evidente que habrá de todo pero la valoración que se hace de esta nueva facultad es muy negativa.

liquidación, se entiende que el plazo para presentar el plan de liquidación es improrrogable e idéntico en todas las circunstancias: la apertura del procedimiento especial de liquidación va a determinar, en cualquier caso, la obligación respecto del deudor o de la administración concursal para la presentación del plan de liquidación⁹⁵.

68. Presentado el plan de liquidación, se someterá a valoración por las partes afectadas por el procedimiento especial, otorgándose un plazo de diez días para formular alegaciones y observaciones al contenido. Además, una vez aprobado el plan de liquidación⁹⁶, el artículo 707 *bis* del Texto Refundido de la Ley Concursal establece la posibilidad de la modificación del plan de liquidación, si lo estiman conveniente para la mayor y más rápida satisfacción de los acreedores. En paralelo, se establece en el artículo 709 de la misma norma que, mensualmente, el deudor presente⁹⁷ los informes de la liquidación, comunicándose en formulario estandarizado a los acreedores y al letrado de la Administración de justicia.

69. En el caso en que sea necesario, se habilita por parte del legislador la calificación abreviada del procedimiento especial de microempresas⁹⁸, que, como efecto inmediato, establecería el necesario nombramiento de la administración concursal. La solicitud se realizará en formato normalizado, y podrá incluir una memoria explicativa de los motivos que se consideran para la calificación culpable del procedimiento especial de liquidación, aportando aquellos documentos probatorios que se estimen relevantes

⁹⁵ F. VALENCIA, “Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa”, *op. cit.*, p. 7, donde la autora justifica la trascendencia de un plan de liquidación en el procedimiento especial para microempresas

Puede llamar la atención que en el procedimiento especial se prevea que exista un plan de liquidación cuando el mismo se elimina en el procedimiento ordinario del Libro I. La existencia de un plan de liquidación se recoge en las Recomendaciones y tiene especial sentido cuando se piensa que los acreedores dejarán que el deudor de buena fe sea quien liquide sus activos, por lo que es razonable que explique cuál es su plan para que los acreedores puedan presentar objeciones y el juez resolverlas.

Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, se detalla el porqué de la importancia del plan de liquidación en este procedimiento:

En el caso del procedimiento especial para micropymes el plan de liquidación supone la pieza central en el proceso de liquidación. La razón de la diferencia radica en la existencia, en el concurso de acreedores, de un informe de la administración concursal en el que se fijan los derechos de las partes y se contienen los elementos esenciales del procedimiento. En el caso de las microempresas, sin embargo, no existe una fase común, ni un informe de la administración concursal, sino que todo se desarrolla, por economía procesal, en una misma fase. Este plan, en el libro tercero, se diseña de manera flexible e informal, evitándose, de este modo, los problemas de retrasos e incumplimientos que eran propios de la práctica en el concurso de acreedores antes de la reforma.

⁹⁶ Una de las medidas *estrella* del plan de liquidación, a tenor del artículo 710 del Texto Refundido de la Ley Concursal, versa sobre la transmisión de la empresa en funcionamiento, a través de un sistema de venta directa o de subasta, en función de los requisitos previstos para cada caso. En este contexto, además de todos los avances digitales y de los formularios desarrollados para este procedimiento especial, se contempla la plataforma de liquidación de empresas.

Junto con ello, los artículos 711 a 715 del Texto Refundido de la Ley Concursal aborda diversas cuestiones y medidas que pueden solicitarse en el procedimiento especial de liquidación, como son el cobro de los créditos frente a terceros, la suspensión de las ejecuciones, el nombramiento de la administración concursal, el experto para la valoración de una empresa o del establecimiento mercantil, y la exoneración del pasivo insatisfecho.

⁹⁷ El deudor o, en su caso, el administrador concursal. A diferencia de lo que sucede con el régimen general, en este punto, no se precisa las consecuencias del incumplimiento de la elaboración del informe mensual de liquidación, como de la comunicación electrónica obligatoria. No obstante, en nuestra opinión, en el caso de que el informe mensual de liquidación se debiera presentar por la administración concursal, se entiende que el incumplimiento de este deber podrá determinar la separación de la administración concursal y la exigencia de la responsabilidad si ese incumplimiento hubiera causado daño a los acreedores, tal y como se establece, en ese caso, respecto del informe trimestral de la liquidación, a tenor del artículo 424.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁹⁸ M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, “La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº 8, 2022, pp. 157-83 (p. 174):

Para los microempresarios, la reforma concursal mantiene y refuerza el tradicional principio que restringe la calificación a los concursos que finalizan por convenio y la reserva exclusivamente para la liquidación. Esencialmente por dos razones: la primera, porque esta última solución del concurso supone, generalmente, la opción más desmoralizadora, ante la imposibilidad de haber podido llegar a un acuerdo con los acreedores, bien porque el concursado haya incumplido el plan de continuación (art. 699 bis TRLC) o bien por la simple voluntad del deudor o de algún acreedor de tramitar la liquidación (art. 705 TRLC). La segunda razón, y más importante, porque la liquidación constituye la opción más “dañina” del procedimiento, pues en caso de sociedad concursada, tras la realización del patrimonio, los acreedores carecerán de posibilidad alguna para cobrar la parte impagada de sus créditos.

para esta cuestión⁹⁹. Esta memoria debería ir en clara sintonía con el informe, razonado y documentado, sobre los hechos para la calificación del procedimiento especial de la liquidación, previsto en el artículo 717 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Sin embargo, el informe de la calificación no siempre será obligatorio. Por tanto, no se entiende que la solicitud que se va a realizar para la apertura de la calificación del procedimiento especial de liquidación deba incluir una memoria para fundar la calificación como culpable, para, a continuación, no exigir en todos los casos la presentación del informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del procedimiento especial de liquidación, con propuesta de resolución¹⁰⁰. Finalmente, se establece la obligación de la presentación del informe final de la liquidación¹⁰¹, que, supone el documento que marca el inicio de la tramitación de la conclusión del procedimiento especial de la liquidación.

70. Sin duda alguna, más allá del funcionamiento, *mejorable*, de la plataforma de liquidación, este procedimiento simplificado de liquidación, a priori, solventa los problemas que, para un deudor, de cuantía *controlada*, no encontraba, a través del procedimiento de liquidación en el concurso de acreedores, una solución ágil, rápida y sencilla para sus problemas de liquidez.

VI. Principales conclusiones

71. Las microempresas, a nivel internacional, sin duda, pero, especialmente, en el entorno español y portugués, cobran una especial relevancia como motor de la economía. Es evidente que la viabilidad de sus negocios plantea un quebradero de cabeza por parte de los organismos internacionales, de la Unión Europea y de los Estados miembros, de forma que, en base a recomendaciones, propuestas y principios, se establecen medidas legislativas a fin de lograr que estos negocios se enfrenten a sistemas rápidos y menos costosos para la resolución de sus problemas financieros.

72. La Unión Europea propone a sus Estados que establezcan sistemas de liquidación simplificados para las microempresas. De un lado, el ordenamiento español, pionero en este punto, no sólo se atreve con la liquidación, sino que sugiere, con carácter previo, y siempre que sea posible, un procedimiento de continuación para los microempresarios. No exento de críticas, aunque con una valoración, por nuestra parte, en términos generales, bastante positiva, pues se solventan muchas de las cuestiones de lentitud en la resolución de los concursos de acreedores; este *freno* es el que ha acabado por destruir a muchos negocios en nuestro país.

73. Con anterioridad, por el contrario, el Derecho de la insolvencia portugués cuenta con un plan de pagos para los titulares de pequeñas empresas. En este sistema, sin más críticas, no se precisa de un

⁹⁹ El artículo 718 del Texto Refundido de la Ley Concursal remite al concurso de acreedores para las causas de calificación en este caso, del procedimiento especial para microempresas, estableciendo, en nuestra opinión, de forma reiterativa, que la provisión de información o documentación gravemente inexacta o falsa de acuerdo con el artículo 688, esto es, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

Sobre esta reiteración, por otro lado, necesaria, véase A. SALA REIXACHS/J. VILA FLORENSA, “Las presunciones iuris et de iure del concurso culpable”, en A. SALA REIXACHS (coord.), *La calificación del concurso en el Texto Refundido de la Ley Concursal*, Barcelona, Aferre, pp. 41-58 (p. 51).

¹⁰⁰ E. RECAMÁN GRAÑA, “Comentario al artículo 716”, en J. PULGAR (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 3ª edición, 2023, pp. 1746-1749 (p. 1748), para quien *la finalidad de la memoria no es la de fundamentar de manera exhaustiva la propuesta de calificación, sino la de proporcionar motivación suficiente para la (mera) apertura de la calificación. Así, aunque a priori no parece que nada impidiera presentar el informe de calificación con la memoria, el fin de ésta última se limita a presentar indicios suficientes que pudieran fundamentar la calificación como culpable (una suerte de fumus commissi delicti, aplicado al supuesto de la calificación).*

¹⁰¹ En el plazo de diez días hábiles siguientes a la conclusión de la liquidación de la masa activa y del pago a los acreedores, y en todo caso transcurridos tres meses desde su comienzo o cuatro meses si se concedió prórroga por el juez, que se ampliará hasta quince días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, siempre que estuviera en tramitación la calificación, o una acción rescisoria o de responsabilidad.

administrador concursal para su tramitación. Por este motivo, además de los formularios normalizados, además de otras cuestiones refrendadas en este estudio, concluimos que existe la posibilidad, real y efectiva, de un sistema ágil, dinámico y barato para permitir que un microempresario, ante problemas financieros, pueda proponer un calendario de pagos para aplazar y, en ocasiones, eximir del cumplimiento de las deudas ya contraídas. Sin embargo, la remisión al concurso general, cuando el plan de pagos no se consiga, lastra las opciones de una liquidación simple en Portugal.

74. La buena noticia, sin duda alguna, es que en ambos regímenes, con las diferencias de cada regulación, permiten la solicitud de exoneración de deudas para el microempresario. Se valora positivamente, en este punto, que con la presentación del plan de pagos por parte del deudor, Portugal reconoce, casi de inmediato, la exoneración de las deudas. En España, como sabemos, pero no se ha tratado en este trabajo, ha habido una mejora en la regulación de este sistema, *superado ya como beneficio*, para permitir a los deudores que no continúen con la carga de cumplir con deudas a futuro. Los emprendedores, normalmente en la categoría de microempresarios, son el motor de muchos negocios y, por buen camino, vamos en la línea de conseguir que, llegado el fracaso, se atrevan, nuevamente, a iniciar una actividad.

El hidrógeno en el marco de la Unión Europea: avances y obstáculos

Hydrogen in the European Union's framework: progress and obstacles

GUILLERMO MOYA BARBA
Doctorando en Derecho
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID: 0000-0003-0311-2684

Recibido: 28.11.2024 / Aceptado: 09.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9344

Resumen: El hidrógeno ha estado presente en la política medioambiental y energética de la Unión Europea de una forma cada vez más frecuente desde inicios del siglo XXI. Sus amplias propiedades lo hacen un material idóneo para la descarbonización de ciertos sectores y el avance hacia una Unión más sostenible y climáticamente neutra. Sin embargo, la escasa innovación tecnológica de los primeros momentos, unido a la existencia de otras fuentes de energía más rentables desde el punto de vista económico e industrial, retrasaron gravemente el desarrollo de una industria tecnológica del hidrógeno en el territorio de la Unión. No obstante, acontecimientos recientes como la crisis del Covid-19 o la invasión rusa de Ucrania pusieron de manifiesto la necesidad de una Unión energéticamente autosuficiente mediante la diversificación de sus fuentes de energía, dando paso así hacia una Unión más comprometida con el medioambiente. En los últimos años se han registrado notables avances en el seno de la Unión, siendo el objetivo de este trabajo el análisis de estas políticas, así como de las ventajas, obstáculos e incoherencias que éstas representan.

Palabras clave: Hidrógeno, Unión Europea, descarbonización, medioambiente.

Abstract: Hydrogen has been increasingly present in EU environmental and energy policy since the beginning of the 21st century. Its wide-ranging properties make it an ideal material for the decarbonisation of certain sectors and progress towards a more sustainable and climate-neutral Union. However, the lack of technological innovation in the early days, coupled with the existence of other more economically and industrially profitable energy sources, seriously delayed the development of a hydrogen technology industry in the EU. However, recent events such as the Covid-19 crisis or the Russian invasion of Ukraine have highlighted the need for a Union that is energetically self-sufficient through the diversification of its energy sources, thus moving towards a more environmentally committed Union. In recent years there have been significant developments within the Union, and the aim of this paper is to analyse these policies, as well as the advantages, obstacles and inconsistencies they represent.

Keywords: Hydrogen, European Union, decarbonisation, environment.

Sumario: I. Introducción. II. El hidrógeno en el marco legislativo de la Unión Europea. III. La regulación del mercado del hidrógeno en la Unión Europea: el Reglamento (UE) 2024/1789 y la Directiva (UE) 2024/1788. IV. El hidrógeno en el régimen de comercio de derechos de emisión. V. Obstáculos para la implantación de una economía basada en el hidrógeno y respuestas recientes de la Unión. 1. La huella de carbono no computada en la producción de hidrógeno renovable. 2. La

fragilidad en la cadena de suministro de determinados materiales para la fabricación de los electroli-
zadores. 3. La insuficiencia de infraestructura para la distribución del hidrógeno. A) Los problemas
asociados al transporte, almacenamiento y distribución del hidrógeno. B) Los puntos de repostaje.
El Reglamento (UE) 2023/1804. C) El hidrógeno en la lista de los Proyectos de Interés Común. 4.
La Ley de Reducción de la Inflación estadounidense. VI. Breve referencia al Tribunal de Justicia de
la Unión Europea. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

1. El hidrógeno ha estado presente en la política medioambiental y energética de la Unión Euro-
pea ya desde inicios del siglo XXI. Esto es debido a que este elemento tiene múltiples usos que pueden
servir a los objetivos de la Unión para avanzar hacia una economía y una sociedad más sostenible y cli-
máticamente neutra. El hidrógeno puede servir tanto como combustible alternativo, materia prima, vec-
tor o portador energético, o almacenador de energía; además, el hidrógeno verde, aquél cuya producción
proviene de fuentes renovables y no emite dióxido de carbono (CO₂) en su producción, es considerado
como la mejor opción para la consecución de los objetivos medioambientales. Concretamente, la Unión
aboga actualmente por una reducción del 55% de las emisiones para 2030 con respecto a los niveles de
1990 (conocido como “Objetivo 55”).

2. Pese a sus múltiples ventajas y aplicaciones, la ausencia de una tecnología adecuada que
permitiera abaratar los costes de utilizar el hidrógeno en comparación a las fuentes de energía fósiles y
otras con menor contenido en carbono, ha obstaculizado el desarrollo de una política energética basada
en este material. No obstante, en los últimos años, en parte debido a sucesos como la crisis sanitaria
del Covid-19 o la invasión rusa de Ucrania, los planes de la Unión para el hidrógeno se revitalizaron,
y la velocidad con la que han surgido nuevas iniciativas para el desarrollo de una economía basada en
el hidrógeno ha sido vertiginosa. Sin embargo, la implantación de una economía del hidrógeno se en-
cuentra obstaculizada por varios factores, que pueden retrasar los planes que la Unión tiene para 2030 y
2050. La huella de carbono en la fabricación de los materiales necesarios para la transición energética,
la fragilidad de las cadenas de suministro de materiales o cuestiones relacionadas con las propiedades
del hidrógeno son algunos de estos factores.

3. El presente trabajo ofrece un examen de la evolución del hidrógeno en el seno de la Unión
Europea desde principios del siglo XXI, siendo el objetivo analizar los avances y obstáculos presentes
en la evolución del hidrógeno en el marco comunitario. A través de su lectura, se podrá observar cómo
este vector energético ha llegado a ocupar una importancia fundamental en los principales instrumentos
que la Unión ha emitido en aras de alcanzar sus objetivos climáticos y medioambientales.

4. Este texto se divide en cinco apartados. En primer lugar, se traerá a colación las diferentes
medidas que la Unión ha realizado en materia de hidrógeno desde comienzos del siglo XXI, desde una
perspectiva histórica, comparando las expectativas de aquellos años con la situación actual. En segundo
lugar, se analizará la estructura y organización del nuevo mercado de hidrógeno que la Unión pretende
impulsar mediante la aprobación de dos actos legislativos (la Directiva (UE) 2024/1788 y el Regla-
mento (UE) 2024/1789). En el tercer apartado, se examinará el lugar que ocupa el hidrógeno dentro del
régimen de comercio de derechos de emisión. En cuarto lugar, se presentarán aquellos obstáculos que,
a día de hoy, subyacen en los objetivos de la Unión a la hora de implantar una economía basada en el hi-
drógeno, señalando además las incoherencias presentes en las políticas comunitarias, como por ejemplo
la imposición de objetivos improbables debido a la escasez del material necesario para ello. El quinto
apartado tendrá por objeto examinar brevemente el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
(TJUE) a la hora de resolver determinadas cuestiones sobre materias relacionadas con el hidrógeno, en
especial el régimen de comercio de derechos de emisión; en este sentido, examinaremos la jurisprudencia
emanada del caso *Evonik Degussa*. Por último, se finalizará con unas conclusiones

II. El hidrógeno en el marco legislativo de la Unión Europea

5. Como primer punto de partida para examinar el marco legislativo de la Unión respecto del hidrógeno, debemos examinar sus instrumentos fundacionales y observar qué precisiones competenciales establecen. El artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) incorpora en su lista de competencias compartidas entre la Unión y los Estados Miembros los ámbitos relativos a medioambiente (letra e) y energía (letra i). Esta atribución competencial compartida implica que, de acuerdo con el artículo 2.2 TFUE, ambos están legitimados para legislar sobre estos ámbitos; sin embargo, los Estados Miembros solo podrán ejercer su competencia en tanto la Unión “haya decidido dejar de ejercer la suya”. En segundo lugar, el TFUE reserva dos títulos independientes para estos dos ámbitos competenciales: el XX (medioambiente) y el XXI (energía). Para diferenciar correctamente ambos ámbitos, podemos fijarnos en los objetivos fijados para cada uno de ellos

- Objetivos de la política medioambiental de la Unión (art 191 TFUE): conservar, proteger y mejorar la calidad del medioambiente; proteger la salud de las personas; utilización responsable de los recursos naturales; y fomento de las medidas de protección del medioambiente, en especial las tendentes a combatir el cambio climático.
- Objetivos de la política energética de la Unión (art 194 TFUE): garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; el abastecimiento energético de la Unión; fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y fomentar la interconexión energética.

6. Es innegable la íntima relación que tienen estos dos ámbitos, dejando claro por qué ambos están incluidos en el mismo bloque competencial del artículo 4 TFUE. El hidrógeno se integra en ambos, por lo tanto, se podría decir que la política comunitaria del hidrógeno es una competencia compartida, la cual es ejercida por la Unión Europea y deja “congelada” la competencia nacional en tanto la Unión no deje de ejercer la suya. No obstante, ¿desde cuándo lleva siendo el hidrógeno objeto de preocupación para la Unión dentro de su política energética?

7. Ya en 2001 la propia Comisión Europea expresaba su interés acerca de la utilización del hidrógeno como combustible alternativo, al conllevar su utilización una opción más complicada que requería importantes inversiones en instalaciones de producción y sistemas de distribución, cuya consecución requeriría de una estrategia “a gran escala” y a largo plazo. El hidrógeno quedaba relegado, así, a un segundo plano por detrás del gas natural, y otras fuentes de energía capaces de producir electricidad con bajo contenido en carbono, como la energía nuclear, los biocarburantes o las energías renovables.

8. El hidrógeno, como bien apuntaba la Comisión, no puede concebirse como una fuente de energía desde el punto estrictamente químico, sino como un vector o portador de energía, pues para su producción se requiere electricidad. Por tanto, para que su utilización como combustible alternativo pueda ser segura desde el punto de vista ambiental, su producción debe realizarse a partir de fuentes de energía renovables (hidrógeno verde), gas natural (hidrógeno gris) o biomasa (hidrógeno marrón). Actualmente la mayoría del hidrógeno se sigue produciendo a partir de fuentes fósiles, siendo las únicas soluciones de emisión cero de CO₂ la biomasa y las fuentes renovables. En concreto, el hidrógeno producido a partir de biomasa o biohidrógeno, fue objeto de especial inclusión en la Directiva 2002/30/CE relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, adoptada en mayo de 2003. Este instrumento, así como otros posteriores, ponen de manifiesto cómo la utilización de biocarburantes suponía un paso intermedio en la utilización del hidrógeno como combustible, para lo cual se requería de una mayor inversión y, por tanto, de planes a largo plazo. Algo parecido sucedería con la energía nuclear, sobre la cual la Agencia de la Energía Nuclear (AEN) aseguraba que era una opción que debía mantenerse abierta, y que ello fomentaría el desarrollo ulterior de aplicaciones no eléctricas, como el hidrógeno.

9. En 2001, la Comisión presentaba la siguiente tabla en relación al uso en los próximos años de combustibles alternativos:

año	biocarburante	gas natural (%)	hidrogeno (%)	total (%)
2005	2			2
2010	6	2		8
2015	(7)	5	2	14
2020	(8)	10	5	(23)

Tabla 1. Escenario optimista de algunos combustibles alternativos. Fuente: Comisión de las Comunidades Europeas, 2001.

10. A día de hoy, poco más del 5% de turismos y furgonetas en el territorio de la Unión utilizan combustibles alternativos, y en el transporte aéreo, más del 99% de los combustibles de aviación que se utilizan son de origen fósil, al igual que ocurre con el transporte marítimo. El sector del transporte es responsable aproximadamente del 25% de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión Europea.

11. Pero el hidrógeno no solo ha sido contemplado como una herramienta útil para promover la sostenibilidad en el sector del transporte; una economía basada en el hidrógeno también entraba dentro de los planes de la Unión Europea en 2003. Las propiedades del hidrógeno pueden hacerlo el material perfecto para descarbonizar no solo el sector del transporte, sino también otros como el de la electricidad, la industria o la construcción.

12. Para promover una economía basada en el hidrógeno y la cooperación conjunta, la Comisión decidió crear entre 2003 y 2004 la Asociación Internacional para una Economía de Hidrógeno (IPHE), una plataforma tecnológica con el objeto de elaborar una hoja de ruta sobre la utilización de este combustible en el futuro¹. La creación de esta plataforma tecnológica conjunta ponía de manifiesto la necesidad de una estrecha colaboración multinivel, reuniendo a empresas, a la comunidad investigadora y a la sociedad civil. El hidrógeno partió como uno de los principales temas sobre los que se debían realizar iniciativas tecnológicas conjuntas². En este sentido, en 2008 se creó la Empresa Común Pilas de Combustible e Hidrógeno³, una asociación público-privada que trabajaría conjuntamente con la Comisión Europea, la industria y el mundo académico y de la investigación⁴ para la financiación de

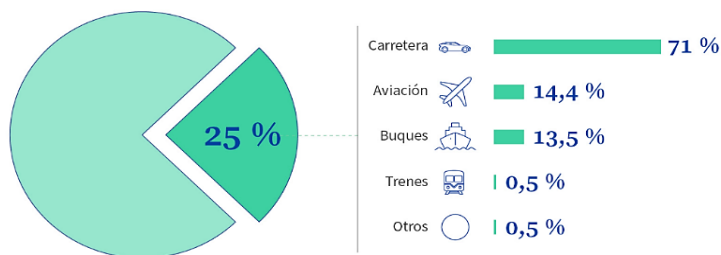


Gráfico 1. Contribución del sector del transporte a la emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea. Fuente: Consejo de la Unión Europea (2023).

¹ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión: Una Iniciativa Europea de Crecimiento: Invertir en redes y conocimiento para estimular el crecimiento y el empleo - Informe intermedio al Consejo Europeo (COM(2003) 579 final), 2003, p. 10

² Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE (14870/1/06 REV 1), 2006, p. 6.

³ Reglamento (CE) nº 521/2008 del Consejo, de 30 de mayo de 2008, por el que se crea la Empresa Común Pilas de Combustible e Hidrógeno.

⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión - Documento que acompaña a la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se constituye la Empresa Común Pilas de Combustible e Hidrógeno - Resumen de la evaluación de impacto (SEC(2007) 1273), 2007.

proyectos y tecnologías sobre la utilización futura de las pilas de combustible (pudiendo funcionar éstas con hidrógeno además de gas natural y etanol). Esta empresa fue sucedida por la Empresa Común para un Hidrógeno Limpio en base al Reglamento (UE) 2021/2085 del Consejo⁵.

13. La utilización de pilas de combustible alimentadas por hidrógeno fue uno de los temas de mayor foco por parte de la Comisión, donde en sus comunicaciones realizaba escuetos análisis sobre su evolución. Esta tecnología era concebida como fundamental para el avance hacia una economía del hidrógeno, por cuanto pueden alcanzar eficiencias elevadas y presentar una gran variedad de aplicaciones, tanto móviles como estacionarias⁶. En estos análisis, si bien la Comisión no perdía de vista el objetivo de una economía basada en el hidrógeno, fundamentalmente en el sector del transporte, también reconocía las dificultades y los obstáculos para su consecución, como la necesidad de abaratamiento de los vehículos propulsados por pilas de combustible de hidrógeno, la solución de problemas técnicos como el almacenamiento del hidrógeno, la ausencia de una red de infraestructuras de reabastecimiento, la necesidad de subvenciones por parte de los gobiernos, o los obstáculos en la cadena de suministro de ciertos materiales necesarios para su producción⁷, obstáculos que hoy en día siguen siendo patentes.

14. Años más tarde surgieron diversas alternativas fuera del contexto de la Unión Europea, pero con una fuerte interrelación con las actividades y objetivos de ésta en materia de hidrógeno. Durante el Foro Económico Mundial de Davos de 2017, trece líderes empresariales decidieron crear el Consejo Internacional del Hidrógeno para unir a los mayores stakeholders interesados en la inversión en hidrógeno⁸. Actualmente reúne a más de 141 empresas entre sus filas. En septiembre de 2018 la Comisión Europea, junto con más de una veintena de países (muchos pertenecientes a la Unión) y decenas de empresas y organizaciones firmaron la Declaración de Linz, conocida como “Iniciativa del Hidrógeno”⁹. En esta declaración, las partes acuerdan fomentar las sinergias y la cooperación público-privada en aras de promover el desarrollo y la integración de fuentes de energía renovables en el mercado energético interno, destacando el gran potencial que posee el hidrógeno renovable como almacenador, portador energético y materia prima para la descarbonización de ciertos sectores.

15. Los paulatinos avances, a lo que se unió la crisis del coronavirus en 2020, resultaron en lo que sería uno de los instrumentos más importantes adoptados en el seno de la Unión en materia de hidrógeno y de lucha contra el cambio climático, pese que se trata de un instrumento no vinculante: la Comunicación de la Comisión Europea “Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra”, de 8 de julio de 2020¹⁰. Esta comunicación se erige como una hoja de ruta para la integración del hidrógeno verde en el mercado energético europeo a través de un objetivo específico: la instalación de 6GW de electrolizadores de hidrógeno verde en 2024 y 40GW en 2030 (además de otros 40GW en países vecinos exportadores hacia la UE), y poniendo en foco también en la captura de carbono durante los procesos de producción de hidrógeno. Sin embargo, este objetivo específico sería insuficiente según lo que en 2022 se conocería como el Plan REPowerEU¹¹, que estima que se necesitarán, al menos, 120GW para producir 10 millones de toneladas de hidrógeno que prevé la Estrategia de 2020. Por su parte, el

⁵ Reglamento (UE) 2021/2085 del Consejo, de 19 de noviembre de 2021, por el que se establecen n las empresas comunes en el marco de Horizonte Europa y se derogan los Reglamentos (CE) n.º 219/2007, (UE) n.º 557/2014, (UE) n.º 558/2014, (UE) n.º 559/2014, (UE) n.º 560/2014, (UE) n.º 561/2014 y (UE) n.º 642/2014.

⁶ J.A. CABRERA; G. AZKARATE. “Hidrógeno y pilas de combustible: estudio de prospectiva. Fundación OPTI, 2006, p. 80; A GONZÁLEZ GARCÍA CONDE. “Producción, almacenamiento y distribución de hidrógeno”. España, 2010, p. 1.

⁷ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo - Estrategia europea sobre vehículos limpios y energéticamente eficientes (COM(2010)186 final), 2010, p.

⁸ Hydrogen Council. Acerca del Consejo. Disponible en <https://hydrogencouncil.com/es/members/>

⁹ The Hydrogen Initiative, 17 y 18 de septiembre de 2018.

¹⁰ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra (COM(2020) 301 final), 2020

¹¹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Plan REPowerEU (COM(2022) 230 final), 2022

Plan REPowerEU prevé también la construcción de tres corredores principales de hidrógeno para su importación hacia la Unión Europea (aproximadamente unos 10 millones de toneladas de hidrógeno): el corredor del Mediterráneo, el corredor del Mar del Norte, y el corredor de Ucrania.

16. Otro de los mayores hitos durante la pandemia del coronavirus fue la aprobación del Reglamento (UE) 2021/1119, conocido como la “Ley Europea del Clima”¹², la cual incluyó expresamente el objetivo de reducción de emisiones en un 55% para 2030 con respecto los niveles de 1990 (al tiempo que se recordaba que en 2019 estas emisiones se habían reducido en un 24%). Un mes más tarde, en julio del mismo año, la Comisión promulgó el Objetivo 55¹³, un paquete de propuestas legislativas dispuesto a lograr la meta de la reducción del 55% de la Ley del Clima. El contenido del paquete se divide en el refuerzo o actualización de algunos actos legislativos ya existentes y propuesta de cinco nuevos. Entre las normas sometidas a actualización se encuentran las relativas al régimen de comercio de derechos de emisión y la directiva sobre fuentes de energías renovables, dando paso a la Directiva (UE) 2023/959 sobre el régimen para el comercio de derechos de emisión (Directiva RCDE)¹⁴ y a la Directiva (UE) 2023/2413¹⁵, respectivamente. Entre las propuestas de nuevos actos legislativos se encuentran la relativa a una nueva infraestructura para combustibles alternativos, regulada actualmente por el Reglamento (UE) 2023/1084, y la relativa a combustibles más limpios y sostenibles para los sectores de aviación y transporte, que hoy en día se regulan en los Reglamentos Planes RefuelEU Aviation y RefuelEU Maritime (véase *infra*).

17. Este paquete de medidas del “Objetivo 55” se vio altamente influenciado por la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022, adquiriendo una importancia especial la cuestión de la “autonomía energética”, lo que llevó a la Comisión y los Estados Miembros a crear, en 2022, una plataforma energética para la compra común voluntaria de gas, GNL e hidrógeno, para asegurar el suministro de energía europeo a precios asequibles¹⁶. Sin embargo, en la práctica esta compra conjunta solo se ha dado en el caso del gas, sin que se hubiera extendido al hidrógeno. Esta ampliación es, sin embargo, cuestionada por determinadas entidades que ponen en duda la eficacia de la plataforma conjunta y califican su extensión al hidrógeno como “prematureo”¹⁷.

18. En relación a ello, en septiembre de 2022, la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, anunció la creación del Banco Europeo del Hidrógeno. El objetivo de crear esta institución es, según la Comisión, “desbloquear las inversiones privadas en las cadenas de valor del hidrógeno en la UE y en terceros países al conectar el suministro de hidrógeno renovable con la demanda emergente de los compradores europeos”. Es una iniciativa intrínsecamente unida al Plan REPower EU y que tiene como fin la creación de un mercado de hidrógeno renovable. Para ello, se anunciaron subastas para proyectos relacionados con el hidrógeno verde, que han concluido en abril de 2024 con la concesión de hasta casi 720

¹² Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 (“Legislación europea sobre el clima”) (DOUE L 243, de 9 de julio de 2021).

¹³ Comisión Europea. Comunicación de 14 de julio de 2021, ‘Objetivo 55’: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM (2021) 550 final, 2021

¹⁴ Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión y la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión.

¹⁵ Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo.

¹⁶ Comisión Europea. Plataforma de Energía de la UE: la Comisión pone en marcha la primera convocatoria para que las empresas compren gas conjuntamente. Comunicado de Prensa, 2023.

¹⁷ En concreto, la Asociación Internacional de Productores de Petróleo y Gas en Europa, la Federación Europea de Comerciantes de Energía, la Asociación Europea de Intercambios de Energía y la Unión Internacional del Gas enviaron una carta a la Comisión que cuestionaba la eficacia de la plataforma conjunta SwissInfo. “Bruselas insiste en replicar compra conjunta de gas en otras materias primas estratégicas”, 2023. Disponible en <https://www.swissinfo.ch/spa/bruselas-insiste-en-replicar-compra-conjunta-de-gas-en-otras-materias-primas-estrat%C3%A9gicas/48866484>

millones de euros a siete proyectos de hidrógeno renovable en Europa, con unos fondos que provienen del régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión. Esta fuente de financiación quedó comprendida en la reforma de la Directiva RCDE ya mencionada, que en su artículo 10.3.f) establece que los ingresos generados por las subastas de derechos de emisión podrán ser utilizados por los Estados Miembros para invertir en proyectos que ayuden significativamente a la descarbonización del sector del transporte, entre ellos los relacionados con el hidrógeno y el amoníaco verdes. De los siete proyectos seleccionados en abril de 2024 por la Comisión, tres de ellos tienen lugar en España, dos en Portugal, uno en Finlandia y el último en Noruega. En total, se espera que tengan una capacidad de producción de hasta 1500 MW. De la gestión de estos proyectos es responsable, en conjunción con los propios Estados, la Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente (CINEA), creada en febrero de 2021.

19. Por último, los Planes RefuelEU Aviation¹⁸ (Reglamento (UE) 2023/2405) y RefuelEU Maritime¹⁹ (Reglamento (UE) 2023/1805) son dos reglamentos que tienen como objetivo aumentar la utilización de combustibles sostenibles en las aeronaves y los buques a fin de reducir su huella ambiental. El hidrógeno se prevé en estos sectores como un escenario prometedor pero lejano.

20. En el siguiente apartado trataremos el tema de la aprobación, en mayo de 2024, por el Parlamento y el Consejo de un Reglamento y una Directiva con el objetivo de regular el mercado del hidrógeno en la Unión.

III. La regulación del mercado del hidrógeno en la Unión Europea: el Reglamento (UE) 2024/1789 y la Directiva (UE) 2024/1788

21. En mayo de 2024, el Parlamento y el Consejo adoptaron el Reglamento (UE) 2024/1789²⁰ y la Directiva (UE) 2024/1788²¹ sobre normas comunes para los mercados interiores de gas renovable, gas natural e hidrógeno. Este conjunto normativo pretende estructurar y organizar el futuro mercado interno de hidrógeno, bajo los auspicios del Banco Europeo del Hidrógeno. El plazo de transposición de la Directiva es el 5 de agosto de 2026. Se pretende garantizar la conexión de las infraestructuras para gases renovables e hidrógeno a las redes de gas existentes, permitiendo al mismo tiempo descuentos en las tarifas transfronterizas. Algunos de los aspectos clave de este nuevo mercado son los siguientes

- a) *Autoridades reguladoras*: Cada Estado Miembro deberá designar una autoridad reguladora a escala nacional (art 76.1 Directiva), debiendo garantizar al mismo tiempo su independencia, imparcialidad y transparencia. Los objetivos de la autoridad reguladora están establecidos en el artículo 77, pudiendo destacar los siguientes:
- Promover, en cooperación con las demás autoridades reguladoras de otros Estados Miembros, mercados interiores del gas natural, renovable e hidrógeno que sean competitivos, seguros y sostenibles medioambientalmente;
 - Desarrollar mercados transfronterizos regionales;
 - Eliminar las restricciones al comercio de gas natural e hidrógeno entre los Estados Miembros;

¹⁸ Reglamento (UE) 2023/2405 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la garantía de unas condiciones de competencia equitativas para un transporte aéreo sostenible (ReFuelEU Aviation).

¹⁹ Reglamento (UE) 2023/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE.

²⁰ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1227/2011, (UE) 2017/1938, (UE) 2019/942 y (UE) 2022/869 y la Decisión (UE) 2017/684 y se deroga el Reglamento (CE) n.º 715/2009 (versión refundida).

²¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas comunes para los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno, por la que se modifica la Directiva (UE) 2023/1791 y se deroga la Directiva 2009/73/CE (versión refundida).

- Facilitar la conexión y el acceso a la red de nuevas capacidades de producción y el acceso a nuevos agentes del mercado del gas y el hidrógeno procedentes de fuentes renovables;
- Asegurar que se den los incentivos adecuados a los gestores y usuarios del sistema;
- Contribuir a garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores.

La autoridad reguladora tendrá, entre otras, las siguientes obligaciones²²:

- a. Establecer o aprobar las tarifas de transporte o distribución;
- b. Aprobar los escenarios conjuntos para los planes decenales de desarrollo de la red;
- c. Establecer o aprobar las tarifas de acceso a la red de hidrógeno;
- d. Asegurar el cumplimiento por los gestores de redes de transporte y de distribución y cualquier otro participante en el mercado de sus obligaciones respecto de cualquier acto jurídico aplicable de la Unión;
- e. Realizar el seguimiento de la calidad del gas y del hidrógeno, incluyendo los avances relacionados con la mezcla y la separación de hidrógeno en el sistema de gas natural;
- f. Controlar los planes de inversión de los gestores de redes de transporte de hidrógeno e incluir recomendaciones y evaluaciones;
- g. Controlar el grado y la efectividad de apertura del mercado y de competencia;
- h. Contribuir a garantizar el cumplimiento de las medidas de protección de los consumidores.

Por último, se señalan también las competencias de la autoridad reguladora en el artículo 77.4:

- a. Promulgar decisiones vinculantes para las empresas de hidrógeno y de gas natural;
 - b. Efectuar investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados y disponer cualquier medida necesaria para promover la competencia efectiva y asegurada un funcionamiento adecuado;
 - c. Recabar cualquier información de las empresas de gas natural e hidrógeno;
 - d. Imponer sanciones a las empresas de gas natural y de hidrógeno, o proponer un tribunal competente que imponga estas sanciones. Podrá imponer o proponer la imposición de sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios anual del gestor;
 - e. Fijar o aprobar, con la suficiente antelación, las metodologías utilizadas para calcular o establecer las condiciones para la conexión y el acceso a las redes de hidrógeno nacionales, incluyendo las tarifas para las redes y almacenamiento o terminales de hidrógeno;
 - f. Supervisar la gestión de la congestión de las redes de transporte de hidrógeno nacionales.
- b) *Seguridad jurídica; mecanismo único de resolución de diferencias con los gestores de redes de transporte y almacenamiento*: Se introduce un mecanismo de resolución de diferencias para los casos en que surjan desacuerdos contra los gestores de redes de transporte o de almacenamiento en relación con sus obligaciones con arreglo a la Directiva. El plazo máximo para que la autoridad emita una decisión es de dos meses a la recepción de la reclamación, prorrogables por otro periodo de dos meses si se solicita información adicional y por otro periodo adicional con el consentimiento del reclamante. Dicha decisión tendrá carácter vinculante (art 79 Directiva).
- c) *2049 como año límite de los contratos de larga duración de suministro de gas fósil*: La duración de los contratos de suministro de gas fósil sin emisiones abatidas no debe ir más allá del 31 de diciembre de 2049. En este sentido, No se celebrará ningún contrato a largo plazo para el suministro de gas fósil sin emisiones abatidas cuya fecha de expiración sea posterior al 31 de diciembre de 2049 (arts 31 y 78.1.s Directiva).

²² Sin embargo, en virtud del artículo 77.2, cuando un Estado Miembro así lo disponga, las obligaciones de control podrán desempeñarlas otros organismos distintos de la autoridad reguladora, debiendo informar de sus actuaciones a la autoridad reguladora con la mayor brevedad.

- d) *Porcentaje mínimo de hidrógeno en las mezclas con gas:* Los gestores de transporte están obligados a aceptar gas con un contenido de hidrógeno de hasta el 2%, siendo posible celebrar acuerdos voluntarios con porcentajes más elevados (art 21 Reglamento).
- e) *Mecanismo para apoyar el desarrollo del mercado del hidrógeno:* Podrán participar en el mecanismo para apoyar el desarrollo del mercado del hidrógeno todas las empresas de hidrógeno y empresas consumidoras del mismo establecidas en la Unión (art 53 Reglamento). Sin embargo, mediante un acto de ejecución de la Comisión, ésta podrá excluir temporalmente de su recogida las ofertas de suministros de hidrógeno procedentes de Rusia o Bielorrusia “cuando sea necesario para proteger los intereses esenciales de seguridad o la seguridad del suministro de la Unión o de un Estado Miembro”, siempre que ello no perjudique el buen funcionamiento del mercado interior ni menoscabe la seguridad del suministro (art 54 Reglamento).
- f) *Calidad del suministro:* La calidad del hidrógeno será objeto de seguimiento por parte de los gestores de redes de transporte que, cuando se vean obligados a restringir los flujos transfronterizos por deficiencias en la calidad del hidrógeno, deberán informar de ello a las autoridades reguladoras (art 21.3 Reglamento).
- g) *Aprobación de planes decenales nacionales por los gestores de redes de transporte:* Tanto la Red Europea de Gestores de Redes de Hidrógeno como de Gas (REGRH y REGRT) deben presentar cada dos años un plan decenal de desarrollo de sus respectivas redes (o bien un plan conjunto), basado en la oferta y demanda existentes, tras consultar con los interesados pertinentes, entre los que se encuentran los gestores de redes de distribución de electricidad o calefacción urbana. Entre otras cosas, los planes decenales incluirán aspectos tales como las infraestructuras que es necesario construir, modernizar o readaptar, y las inversiones realizadas y futuras. El desarrollo del plan decenal será supervisado y evaluado por la autoridad reguladora (art 55 Directiva).
- f) *Plan de desarrollo de la red a escala de la Unión para el hidrógeno:* De forma paralela a los planes nacionales decenales y basándose en ellos, se creará un plan de desarrollo de la red de hidrógeno a escala comunitaria (art 60 Reglamento). La REGRH deberá elaborar dicho plan para 2028, siendo competencia de la REGRT su elaboración para 2026 (art 61.1 y 2 Reglamento). Ambas redes de transporte (junto con la de electricidad) deberán cooperar en la elaboración de sus respectivos planes de desarrollo a escala comunitaria (art 61.3 Reglamento).
- g) *Sistema de certificación del hidrógeno:* Este conjunto normativo incorpora una serie de preceptos relativos al sistema de certificación para combustibles hipocarbónicos (art 9 Directiva), que complementa el sistema de garantías de origen ya establecido por la Directiva (UE) 2018/2001 sobre fuentes de energía renovable (modificada por la Directiva (UE) 2023/1413)²³. El objetivo es mantener un control efectivo de la huella total de las emisiones de gases de efecto invernadero de los distintos gases, siendo esto un instrumento útil para que los consumidores tengan la mayor información posible acerca del producto. Este objetivo es coherente con lo expuesto en el artículo 169 TFUE relativo a la protección de los consumidores y el cual establece el “derecho a la información” de los mismos. La información relativa al origen geográfico y el tipo de materia prima de los combustibles hipocarbónicos se pondrán a disposición de los consumidores en los sitios web de los operadores económicos y de las autoridades correspondientes, debiendo ser actualizados anualmente (art 9.4

²³ El artículo 19.2 de la Directiva 2023/2413 establece que los Estados miembros velarán por que se expida una garantía de origen cuando así lo solicite un productor de energía procedente de fuentes renovables, incluidos combustibles renovables gaseosos de origen no biológico como el hidrógeno” (...) “Los Estados miembros podrán disponer que se expidan garantías de origen para la energía procedente de fuentes no renovables”. Estas garantías de origen deberán especificar, de acuerdo con el apartado 7: la fuente energética a partir de la que se ha producido la energía y las fechas de inicio y término de su producción, las características de la instalación donde se ha producido, si la instalación o la energía se ha beneficiado de ayudas a la inversión o cualquier otro tipo de sistemas de apoyo, etc. En el caso de suministro de gases, incluido el hidrógeno, el apartado 8 exige al suministrador la prueba de la cuota de energía procedente de fuentes renovables. Por último, el apartado 9 recoge la obligación de un Estado Miembro de reconocer las garantías de origen expedidas por otros Estados Miembros, salvo duda de su exactitud o veracidad, y en el caso de las expedidas por un tercer país éstas no se reconocerán, en tanto la Unión no haya celebrado con él un acuerdo para el reconocimiento mutuo y solo cuando haya importaciones o exportaciones directas de energía (apartado 11).

Directiva). En el subapartado *La huella de carbono no computada en la producción de hidrógeno renovable*, desarrollaremos este punto más en profundidad.

22. Entre los principios que regulan este mercado destaca el *principio de solidaridad* (energética, en este caso), de acuerdo con el artículo 194.1 TFUE. Conforme a esta noción, en caso de emergencia por deterioro grave del suministro en un determinado Estado Miembro²⁴, se deben tomar las medidas de solidaridad adecuadas para garantizar el suministro. Indica asimismo que los Estados Miembros deben aprobar acuerdos bilaterales de carácter técnico, jurídico y financiero que sean insertados en sus respectivos planes de emergencia en caso de deterioro grave del suministro, con el fin de aplicar adecuadamente las medidas del mecanismo de solidaridad. Ahora bien, estos escenarios también dan lugar a un derecho de compensación por parte del Estado Miembro que presta esta ayuda hacia el Estado que la solicita. Para el cálculo de la compensación debida serán las autoridades reguladoras, junto con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), las encargadas de ello²⁵.

23. Cabe señalar que no se prevé en este bloque normativo la puesta en marcha de un mecanismo de compra conjunta de hidrógeno. De hecho, el artículo 52 del Reglamento prevé que cuando la Comisión evalúe el funcionamiento del mecanismo de apoyo para el desarrollo del mercado del hidrógeno, se podrá acompañar una propuesta legislativa para crear un mecanismo de compra conjunta de hidrógeno.

24. Sobre el marco normativo que acabamos de explicar, el 3 de junio de 2024 se hizo oficial el anuncio de la puesta en marcha de un mecanismo piloto para impulsar el mercado de hidrógeno en la Unión, esperando que pueda iniciar su funcionamiento a mediados de 2025²⁶.

25. Otros instrumentos legislativos creados recientemente, como la Ley sobre la industria de cero emisiones netas²⁷, pueden ayudar a acelerar el desarrollo de este mercado del hidrógeno. En concreto, este acto legislativo recoge unos plazos de concesión de permisos más cortos y procedimientos más simplificados a aquellos proyectos estratégicos relacionados con el apoyo a tecnologías de cero emisiones netas, como es el caso de las tecnologías de hidrógeno (entre las que se incluye a los electrolizadores y las pilas de combustible)²⁸. Este instrumento expresa su compromiso con el objetivo de alcanzar los 100GW de hidrógeno en 2030 a través de la instalación de electrolizadores²⁹.

26. Este mercado, altamente enfocado en los consumidores, también estará complementado por la legislación europea relativa a la protección del consumidor, lo que incluye asimismo la legislación relativa a la competencia desleal, o la relativa al derecho contractual en materia de consumo. El TFUE establece en su artículo 12 (en conexión con el artículo 169) que se deberán tener en cuenta las “exigencias de la protección de los consumidores” a la hora de definir y ejecutar las políticas comunitarias, y el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) recoge que la Unión garantizará un nivel elevado de protección a los consumidores. Especial atención en este sentido merece la Directiva (UE) 2024/825³⁰, conocida como Directiva contra el *Greenwashing*³¹ (blanqueamiento

²⁴ Considerando 106 del Reglamento.

²⁵ Considerando 107 del Reglamento.

²⁶ Comisión Europea (2024). La Comisión inicia los trabajos sobre un nuevo mecanismo piloto para impulsar el mercado del hidrógeno. Comunicado de prensa.

²⁷ Reglamento (UE) 2024/1735, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724.

²⁸ Artículo 4.1.e) Reglamento (UE) 2024/1735.

²⁹ Considerando 16 del Reglamento (UE) 2024/1735.

³⁰ Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información.

³¹ Definida como “todas aquellas prácticas mediante las cuales las empresas sugieren o crean de alguna otra manera la impresión —falsa, inexacta o no contrastada— de que un bien o servicio tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente,

ecológico). Este instrumento introduce modificaciones en las Directivas 2005/29/CE³² (Directiva sobre prácticas comerciales desleales) y 2011/83/UE³³ (Directiva sobre los derechos de los consumidores). El objetivo de estas reformas es ofrecer, de acuerdo con los textos constitutivos de la Unión, un nivel elevado de protección a los consumidores respecto de aquellas prácticas comerciales que puedan inducir al engaño o a error, obstaculizando así las tomas de decisiones de los consumidores respecto del consumo sostenible³⁴ (San Martín Calvo, 2024: 386).

27. Es imprescindible asegurar el origen del hidrógeno para que pueda ser correctamente calificado como “renovable”, y la protección a los consumidores contra la publicidad engañosa y el blanqueo ecológico resulta una tarea imprescindible. Para ello, las negociaciones acerca de la posible aprobación de la “Directiva sobre alegaciones medioambientales” cobra especial relevancia, por cuanto podría detallar específicamente las obligaciones de los empresarios acerca del manejo de sus alegaciones publicitarias medioambientales.

IV. El hidrógeno en el régimen de comercio de derechos de emisión

28. Al tiempo que hacemos un análisis del desarrollo del mercado de hidrógeno y resaltamos la importancia de este vector energético para alcanzar el objetivo de una Unión climáticamente neutra, es preciso ocuparnos también de su inclusión dentro del régimen de comercio de derechos de emisión, más concretamente en la Directiva (UE) 2003/87/CE (modificada por la Directiva (UE) 2023/959) o Directiva RCDE.

29. Como es sabido, el objeto de la Directiva RCDE es la creación de un régimen de comercio de derechos de emisión³⁵ en el interior de la Unión Europea con el objetivo de fomentar una reducción progresiva de las emisiones de gases de efecto invernadero. De acuerdo con su artículo 2.1, sus normas afectarán a las actividades enumeradas en sus anexos I y III, y a los gases de efecto invernadero de su anexo II. La Directiva divide las actividades en dos grandes categorías: las relativas al transporte aéreo y marítimo³⁶ (dentro de este bloque se distingue entre ambos tipos de transporte) y las instalaciones fijas³⁷. Entre las actividades incluidas en el bloque de “instalaciones fijas” se encuentra la producción de hidrógeno con una capacidad de producción superior a 5 toneladas/día.

30. Veamos a continuación la inclusión del hidrógeno en cada uno de estos bloques:

o de que es menos dañino para el medio ambiente que los bienes o servicios competidores” (Suanzes Díez y Calvo Carmona, 2023: 213). Esta práctica es objeto de alta preocupación por parte de la Comisión Europea y a la Organización Europea de Consumidores, que han llegado incluso a advertir a una veintena de aerolíneas por publicidad ecológica potencialmente engañosa. Comisión Europea (2024). La Comisión y las autoridades nacionales de protección de los consumidores inician medidas contra veinte compañías aéreas por prácticas engañosas de blanqueo ecológico. Comunicado de prensa.

³² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

³³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

³⁴ M. SAN MARTÍN CALVO. “Consumo sostenible y transición ecológica. La acción normativa de la Unión Europea contra el greenwashing”, *Revista de Estudios Europeos* 84, 2024, p. 386.

³⁵ La propia Directiva define “derecho de emisión” como “el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva” (art 3.a).

³⁶ Capítulo II. Artículo 3 bis – Artículo 3 octies (transporte aéreo); Artículo 3 octies bis – Artículo 3 octies octies (transporte marítimo).

³⁷ Capítulo III. Artículo 3 nonies – Artículo 11.

- Transporte aéreo: De conformidad con los apartados 5 y 6 del artículo 3. quater de la Directiva RCDE, la Comisión debe determinar la cantidad total de los derechos de emisión asignados a los operadores aéreos para 2024 (27.563.529 según la Decisión (UE) 2024/1797³⁸), así como la cantidad de derechos asignados de forma gratuita que habría habido en 2024 (23.429.000, lo que sería un 85% del total). De esta asignación total, se deberá reservar un máximo de 20 millones para el uso de combustibles sostenibles y otros no derivados de combustibles fósiles, que un reglamento posterior incluya en el cómputo para alcanzar el porcentaje mínimo de combustible sostenible que deba contener el combustible de aviación. Estos derechos de emisión reservados serán asignados por los Estados Miembros para cubrir, total o parcialmente, la diferencia de precio entre el uso del queroseno fósil y el combustible alternativo al que se hacía referencia. En el caso de uso de hidrógeno, los derechos de emisión asignados siguiendo esta metodología comprenderán el 70% de la diferencia del precio restante entre el uso del queroseno fósil y el hidrógeno.
- Instalaciones fijas: Dentro de su correspondiente capítulo, la Directiva regula el procedimiento de subastas de los derechos de emisión en su artículo 10. En su apartado 3, dispone que los ingresos obtenidos de las subastas deberán destinarse a uno o varios fines concretos, entre los que se especifica la inversión en formas de transporte que contribuyan a la descarbonización del sector y acelerar su transición, así como medidas para la descarbonización del sector marítimo a través de combustibles alternativos, como el hidrógeno renovable (letra f). Además, en su artículo 10 quinquies (relativo al Fondo de Modernización³⁹), establece que se utilizará la mayor parte de los ingresos obtenidos a partir de lo recogido en el artículo 10.1 párrafos tercero y cuarto⁴⁰, a apoyar, entre otras cosas, las inversiones en generación y uso de electricidad a partir de fuentes renovables, entre las que se incluye el hidrógeno.

31. Por último, cabe señalar que la Directiva contempla un procedimiento para el seguimiento y notificación de las emisiones en ambos bloques (artículo 14.1). Si bien delega su regulación a los actos de ejecución aprobados por la Comisión, este instrumento contempla los principios y las bases por los que deberán regirse dichos procedimientos. Una de las pautas a seguir por los procedimientos que calculen las emisiones de CO₂ de las actividades de la aviación (bajo la fórmula consumo de combustible por factor de emisión), es que las emisiones que estén originadas por combustibles renovables de origen no biológico que utilicen hidrógeno renovable, se certificarán “de cero emisiones”. Esta medida deberá aplicarse en tanto no se adopten los actos de ejecución a los que hace referencia el artículo 14.1.

V. Obstáculos para la implantación de una economía basada en el hidrógeno y respuestas recientes de la Unión

32. En el presente apartado trataremos algunos de los obstáculos más significativos que se presentan para que la Unión alcance el objetivo de una economía basada en el hidrógeno. Estos obstáculos son: i) la huella de carbono no computada en la producción de hidrógeno renovable; ii) la fragilidad en

³⁸ Decisión (UE) 2024/1797 de la Comisión, de 27 de junio de 2024, por la que se modifica la Decisión (UE) 2023/2440 en lo que respecta al ajuste de la cantidad de derechos de emisión y a la transferencia de derechos de emisión al Fondo de Innovación.

³⁹ Fondo creado para apoyar a las inversiones que pretendan modernizar los sistemas energéticos y mejorar la eficiencia energética (art 10 quinquies.1).

⁴⁰ El artículo 10.1 párrafo tercero reserva un porcentaje del 2% de la cantidad total de derechos de emisión entre 2021 y 2030 para que sean subastados y financiar el denominado “Fondo de Modernización”. Este párrafo establece que los Estados Miembros beneficiarios serán aquellos con un PIB per cápita por debajo del 60% de la media de la UE en 2013. De los ingresos obtenidos, el 80% se destinará al apoyo de inversiones, entre otras cosas, en generación y uso de electricidad a partir de fuentes renovables, incluyendo el hidrógeno renovable.

Por otro lado, el párrafo cuarto del artículo 10.1 reserva un porcentaje del 2,5% de la cantidad total de derechos de emisión entre 2024 y 2030 con la misma finalidad. En este caso, los Estados Miembros beneficiarios serán aquellos con un PIB per cápita por debajo del 75% de la media de la Unión entre 2016 y 2018. De los ingresos obtenidos, el 90% se destinará al apoyo de inversiones, entre otras cosas, en generación y uso de electricidad a partir de fuentes renovables, incluyendo el hidrógeno renovable.

la cadena de suministro de determinados materiales para la fabricación de los electrolizadores; iii) la insuficiencia de infraestructura para la distribución de hidrógeno; y iv) la aprobación de la Ley de Reducción de la Inflación por el Congreso de los Estados Unidos. Al tiempo que se presentan y analizan estos obstáculos, se examinarán las distintas respuestas que se han dado en el marco de la Unión, así como por sus Estados Miembros.

1. La huella de carbono no computada en la producción de hidrógeno renovable

33. Un aspecto que no ha sido tradicionalmente tenido en cuenta por la Unión ha sido el relativo a la huella de carbono que deja la fabricación de la maquinaria necesaria para la producción de fuentes de energía renovable, como los paneles fotovoltaicos o las turbinas eólicas⁴¹. Así, en ninguno de sus instrumentos se hacía mención a la necesidad de que los procesos de fabricación de los materiales necesarios para la transición energética sean también procesos limpios y con bajas o nulas emisiones de gases de efecto invernadero.

34. En la fabricación de los paneles fotovoltaicos se utiliza silicio, para lo cual se utilizan hornos a altas temperaturas que emiten dióxido de carbono (CO₂), tal como se desprende del informe “Silicon-Chemistry Carbon Balance”⁴² y de fabricantes de silicio⁴³. Esto también es aplicable a la industria de los electrolizadores. Nel ASA, uno de los principales fabricantes de electrolizadores en Europa, plasmó en su informe anual de 2023 que durante dicho año había emitido un total de 32.000 toneladas de CO₂⁴⁴; ITM Power, empresa británica, ha emitido un total de 80.000 toneladas de CO₂⁴⁵.

35. La Unión, consciente de que una economía basada en el hidrógeno no será una economía de emisiones cero completa, en tanto la fabricación de los materiales necesarios para la transición energética sea una actividad contaminante, parece haber dado un giro en su rumbo con la aprobación de la nueva Directiva a la que hacíamos mención anteriormente. Como ya mencionamos, el artículo 9 de la Directiva incorpora un sistema de certificación para los combustibles hipocarbónicos que complementa al sistema de la Directiva (UE) 2018/2001. Estas normas se aplicarán tanto a las importaciones como a la producción nacional (artículo 9.4 Directiva).

36. Concretamente, el “hidrógeno hipocarbónico” (con bajas emisiones de carbono) se define como un combustible que genera una reducción del 70% de las emisiones de gases de efecto invernadero en comparación con el combustible fósil de referencia para los combustibles renovables de origen no biológico que figura en la metodología que prevé el artículo 29 bis.3 de la Directiva (UE) 2018/2001 (art 2.11 Directiva). Este artículo 29 bis.3 prevé que la Comisión, mediante la adopción de actos delegados, complete la Directiva especificando la metodología señalada. Estos actos se aprobaron en febrero de 2023; el primero tiene como objeto determinar los criterios utilizados para considerar al hidrógeno como “renovable”⁴⁶ (criterio del 70%) y la metodología exacta para evaluar dichas emisiones⁴⁷, respectivamente.

⁴¹ J.M. CHOMÓN PÉREZ. *La era de las tierras raras. La cruzada geopolítica por los metales estratégicos*. Tecnos, 2023, p. 125.

⁴² B. BRANDT, et.al. “Silicon-Chemistry Carbon Balance. An Assessment of Greenhouse Gas Emissions and Reductions”. Silicones Europe, 2012.

⁴³ Por ejemplo, en la fábrica de silicio de Sabón (Galicia), se emitieron más de 129 toneladas de CO₂ durante el año 2021. Ferroglobe. “Estado de Información no financiera de Grupo Ferroatlántica”, S.A.U. Ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2021, p. 23.

⁴⁴ Nel ASA. Annual Report 2023, p.42.

⁴⁵ ITM Power PLC. Annual Report 2023, p. 37.

⁴⁶ El primer instrumento tiene por objeto los procesos de producción de hidrógeno mediante el uso de electricidad (electrólisis), y se encarga de determinar cuándo la electricidad obtenida para tal proceso se puede considerar como renovable. Reglamento Delegado (UE) 2023/1184 de la Comisión, de 10 de febrero de 2023, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo estableciendo una metodología común de la Unión en la que se definen normas detalladas para la producción de combustibles renovables de origen no biológico.

⁴⁷ Reglamento Delegado (UE) 2023/1185 de la Comisión, de 10 de febrero de 2023, que completa la Directiva (UE)

37. De acuerdo con el artículo 9.5 de la misma, la Comisión deberá adoptar actos delegados con objeto de especificar la metodología utilizada para analizar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada del uso de combustibles hipocarbónicos. Establece que esta metodología deberá ser coherente con la ya aprobada a través de dos actos delegados presentados en febrero de 2023 en relación con la Directiva 2023/2413. Los operadores económicos deberán demostrar a los Estados Miembros que cumplen con los requisitos establecidos en dicha metodología y con el objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada del uso de combustibles hipocarbónicos de, al menos, el 70% (art 9.2 Directiva). De forma adicional, el apartado 3 del artículo 9 dispone que los operadores económicos deberán establecer, por exigencia de los Estados Miembros, un mecanismo de auditoría que verifique y prevenga la falsedad en los procedimientos utilizados para alcanzar los objetivos del apartado anterior (haber seguido correctamente la metodología y haber llegado al umbral del 70% de reducción en la emisión de gases de efecto invernadero).

La fragilidad en la cadena de suministro de determinados materiales para la fabricación de los electrolizadores

38. Otro de los aspectos que no han gozado de la atención necesaria por parte de la Unión a la hora de establecer sus objetivos energéticos ha sido el de la fragilidad en la cadena de suministro de ciertos materiales estratégicos. En concreto, hablamos de ciertas tierras raras utilizadas para la fabricación de los electrolizadores. Esta fragilidad, al tiempo que pone en peligro la propia viabilidad de una economía basada en el hidrógeno, abre el camino a nuevas dependencias no deseadas.

39. Dos factores son esenciales para entender esta cuestión: los precios de los electrolizadores y los materiales necesarios para su construcción, abaratamiento y eficiencia. Estos dos factores nos llevan a la siguiente conclusión: los electrolizadores fabricados en China son entre 2 y 5 veces más baratos que los europeos (Collins, 2023), y la utilización de tierras raras y metales preciosos es fundamental para una mayor eficiencia y abaratamiento⁴⁸.

40. China, al controlar prácticamente la cadena de suministro de estos materiales estratégicos, se encuentra en una posición de ventaja respecto de Europa, cuya relación de dependencia se hace patente para su transición energética. Junto a ella, Sudáfrica se posiciona como principal actor en la cadena de suministro de los materiales necesarios para los electrolizadores. Es decir, pretendemos cambiar la relación de dependencia de combustibles fósiles con Rusia por una relación de dependencia de materiales estratégicos con otros países, como China o Sudáfrica, cuya obtención puede poner en duda, además, el respeto hacia los derechos humanos del que hace galardón la propia Unión.

41. Si el objetivo de la Unión es la autosuficiencia energética, tal como se desprende del Plan REPowerEU, es vital el aseguramiento de las cadenas de suministro de materiales críticos, como los que se usan en los electrolizadores⁴⁹. En concreto, el iridio, el platino y el paladio son materiales esenciales para los electrolizadores de membrana polimérica (PEM), los cuales resultan los más eficientes desde el punto de vista del proceso industrial. Todos ellos están recogidos en la más reciente lista de materias primas crítica de la Unión, perteneciendo al grupo de metales del platino⁵⁰. El iridio es uno de los elementos más escasos en la naturaleza, siendo su producción anual únicamente de 7 toneladas al año; su

2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo un umbral mínimo para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero aplicable a los combustibles de carbono reciclado y especificando una metodología para evaluar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada de los carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico y de los combustibles de carbono reciclado.

⁴⁸ M. SNOUSSI-MIMOUNI y S. AVÉROUS. “La elevada demanda de minerales energéticos esenciales ejerce presión sobre las cadenas de suministro”. Organización Mundial del Comercio, 2024. Disponible en https://www.wto.org/spanish/blogs_s/data_blog_s/blog_dta_10jan24_s.htm

⁴⁹ The Breakthrough Institute. Are There Enough Critical Minerals for Hydrogen Electrolyzers? 2024. Disponible en <https://thebreakthrough.org/issues/energy/are-there-enough-critical-minerals-for-hydrogen-electrolyzers>

⁵⁰ Comisión Europea. Study on the Critical Raw Materials for the EU, 2023, p. 2.

suministro está prácticamente monopolizado por Sudáfrica (93.5%), que lo obtiene como subproducto en la extracción de platino y paladio⁵¹. El proveedor global de datos sobre transición energética, Wood Mackenzie, califica al iridio como “freno” del auge del hidrógeno verde por estas mismas razones: la creciente demanda superará a la escasa oferta de este material⁵². Por su parte, los principales proveedores de paladio y platino son Rusia (40.4%) y Sudáfrica (71%) respectivamente, aunque Sudáfrica también cuenta con una importante participación en el suministro del paladio (36.1%)⁵³.

42. Para garantizar la cadena de suministros de estos materiales, sería recomendable que la Unión revitalizara en su propio territorio una producción minera responsable, evitando así la externalización de la minería a los países en desarrollo y, por ende, la externalización de la contaminación intrínseca a ella. Además, es importante que la Unión siga financiando proyectos de investigación e innovación tecnológica en el sector de los electrolizadores. Interesantes propuestas como los electrolizadores de óxido sólido (SOEL) o los electrolizadores membrana de intercambio aniónico (AEM) podrían ser útiles a este respecto. Estos últimos, además, no necesitarían materiales preciosos para su funcionamiento, pero su eficiencia actual es muy baja (por debajo del 50%⁵⁴).

43. Para lograr el aseguramiento de las cadenas de suministro de estos minerales críticos, la Unión ha promulgado diferentes iniciativas, como el Proyecto EURARE en 2013 y la Alianza Europea de las Materias Primas (*European Raw Materials Alliance* o ERMA) en 2020. Debido al escaso éxito de ambas iniciativas⁵⁵, en marzo de 2024 aprobó la Ley de Materias Primas Fundamentales (CRMA). Este instrumento tiene por objeto el fomento de la producción doméstica de materiales estratégicos para 2030, así como garantizar una cadena de suministros segura y diversificada. Sin embargo, para alcanzar sus objetivos los Estados Miembros deberán crear un marco propicio para la inversión privada, sobre todo en lo referente a la extracción minera. Deberían crearse políticas que garantizaran un minado sostenible y respetuoso con el medioambiente, al tiempo que se simplificaran los procedimientos para la concesión de las correspondientes licencias. Al mismo tiempo, se deberían rentabilizar las minas ya existentes mediante la extracción, como subproductos, de las tierras raras necesarias, siendo necesario en estos casos la inversión para la apertura de fábricas de refinado y las tecnologías necesarias. No obstante, estas políticas deberán convivir con movimientos ecologistas que critiquen la viabilidad y el respeto por el medioambiente de la apertura de minas.

3. La insuficiencia de infraestructura para la distribución del hidrógeno

44. A día de hoy todavía no existe la suficiente infraestructura para una producción y distribución óptima de hidrógeno, al menos a gran escala⁵⁶. Muchos de los problemas están relacionados con las propias características del hidrógeno que hacen que sus costes de producción, almacenamiento y distribución sean más costosos en comparación con otros elementos, por lo que distintas alternativas han surgido a este respecto, como su distribución en forma de amoníaco o metanol.

⁵¹ E. CROOKS. “Why iridium could put a damper on the green hydrogen boom”. Wood Mackenzie, 2022. Disponible en <https://h2businessnews.com/por-que-el-iridio-podria-frenar-el-boom-del-hidrogeno-verde-segun-wood-mackenzie/>

⁵² E. CROOKS., op.cit. “Why iridium could put a damper on the green hydrogen boom”.

⁵³ Los principales suministradores de iridio identificados son Sudáfrica (93.5%), Zimbabue (4.9%), Canadá (1.4%) y Rusia (0.1%). Los principales suministradores paladio identificados son Rusia (40.4%), Sudáfrica (36.1%), Canadá (10%), los Estados Unidos (6.6%), Zimbabue (5.7%), China (0.6%), Finlandia (0.4%), Australia (0.2%) y Serbia y Uzbekistán (ambos con menos del 0.1%). En cuanto al platino, los mayores suministradores son Sudáfrica (70.8%), Rusia (12.1%), Zimbabue (8%), Canadá (4.5%), los Estados Unidos (2.2%), China (1.4%), Finlandia (0.7%), Colombia (0.3%), Australia (0.1%) y Polonia (menos del 0.1%). Comisión Europea. Study on the Critical Raw Materials for the EU, 2023, pp. 83, 89.

⁵⁴ A. ALBISTUR AHECHU. “Diseño y evaluación de electrolizadores basado en membrana de intercambio aniónico (AEM)”. Universidad Pública de Navarra, 2022, p. 22.

⁵⁵ J.M. CHOMÓN PÉREZ. *La era de las tierras raras. La cruzada geopolítica por los metales estratégicos*. Tecnos, 2023, p. 108.

⁵⁶ J. LÓPEZ ANTORANZ. “El hidrógeno verde en la Unión Europea: una vía necesaria para la transición energética”. Revista Española de Desarrollo y Cooperación nº 48, 2021, p. 19.

45. Otra cuestión relacionada con la ausencia de una infraestructura óptima tiene que ver con la implantación de puntos de repostaje de hidrógeno. El sector del transporte y la utilización del hidrógeno como combustible ha sido una de las grandes preocupaciones de la Unión Europea, y la construcción de puntos de repostaje de hidrógeno abiertos al público es esencial para una correcta y eficiente utilización de este combustible.

46. La Unión ha pretendido paliar estas cuestiones a través de la concesión de subvenciones. Así, desde su primera publicación en 2013, se han incluido proyectos relacionados con el hidrógeno en la lista de Proyectos de Interés Común (PCI), los cuales serán susceptibles de financiación gracias al Mecanismo Conectar Europa.

A) Los problemas asociados al transporte, almacenamiento y distribución del hidrógeno

47. El transporte de hidrógeno puede tomar distintas formas, ya sea por hidroducto (aprovechando la infraestructura de gaseoductos mediante su readaptación al hidrógeno), o en barco en forma de amoníaco (NH_3), metanol (CH_3OH), hidrógeno líquido, o como parte de un portador orgánico⁵⁷. Su transporte, en contraposición a su producción, resulta una de las etapas más gravosas económicamente en la industria del hidrógeno. Debido a su escasa densidad energética volumétrica (o por unidad de volumen), su almacenamiento se convierte en un problema en su transporte y las demás aplicaciones que pudiera tener este material. Aunque en términos de densidad energética (KJ/kg), el hidrógeno es capaz de almacenar el triple de energía por unidad de masa, al ser menos denso almacena poca energía por unidad de volumen, lo que se traduce en que se requiere de más volumen para producir la misma cantidad de energía, lo que lo hace menos atractivo que los demás combustibles⁵⁸. Además, el coste asociado a la temperatura de almacenamiento necesaria del hidrógeno es mucho más costoso. Mientras que el hidrógeno líquido debe ser almacenado a temperaturas de -253°C , el amoníaco se puede almacenar a -33°C , y el metanol a temperatura ambiente. En el caso del hidrógeno gas, las presiones requeridas para su almacenamiento también resultan elevadas, pues se requieren presiones desde los 200 hasta los 700 bares, mientras que los cilindros de almacenamiento de gas natural requieren presiones inferiores, desde los 200 hasta los 250 o 300 bares.

48. Todos estos factores inciden en la cadena de suministro del hidrógeno, por cuanto resulta más rentable el transporte de este material en forma de amoníaco o metanol en barco hasta el punto de destino, donde deberá ser convertido de nuevo al hidrógeno. El amoníaco verde o proveniente de energías renovables es el que más rentabilidad tiene para transportar el hidrógeno, puesto que, a diferencia del metanol, aquél no libera CO_2 al transformarse en hidrógeno. Esto requerirá la confección de infraestructuras especializadas en este tipo de procesos químicos y tener en cuenta los costes adicionales de la producción de amoníaco y su posterior reversión al hidrógeno. En la práctica este ha sido el camino a seguir por varias empresas, como la holandesa Gasunie, que en el marco de sus acuerdos del hidrógeno con España para la creación de un corredor marítimo Rotterdam-Algeciras, ha decidido construir una terminal de importación en el puerto de Rotterdam para almacenar el amoníaco verde exportado desde España para su transformación en hidrógeno y distribución hacia el resto de Países Bajos y el resto de Europa (Gasunie, s.f.).

B) Los puntos de repostaje. El Reglamento (UE) 2023/1804

49. La Unión ha tratado de solucionar la cuestión de la infraestructura para el transporte y distribución de hidrógeno mediante distintas acciones, como el Reglamento (UE) 2023/1804, o la inclusión

⁵⁷ G. ESCRIBANO e I. URBASOS. “La geopolítica del hidrógeno renovable en España: implicaciones internacionales y reconfiguración regional”. *Panorama social*, nº 36, 2022, p. 81.

⁵⁸ J.I.L. HURTADO, y B.Y.M. SORIA. “El hidrógeno y la energía”. Asociación Nacional de Ingenieros del ICAI, 2007, p. 26.

de los proyectos relacionados con el hidrógeno en la lista de Proyectos de Interés Común (PCI) de noviembre de 2023. Este Reglamento viene a sustituir a la Directiva 2014/94/UE⁵⁹, que pretendía impulsar la construcción de infraestructuras y, en concreto, puntos de repostaje para vehículos impulsados por hidrógeno; sin embargo, tal como se detalla en la exposición de motivos del Reglamento, a día de hoy son pocos los Estados Miembros que cuentan con estos puntos de recarga y, por tanto, “no es posible que los vehículos impulsados por hidrógeno circulen por toda la Unión”⁶⁰. La Directiva contenía únicamente unas pautas generales y pocas especificaciones, dejando al arbitrio de los Estados la forma de implementación para alcanzar los objetivos de este instrumento. Únicamente hacía alusiones específicas a los requisitos técnicos de los puntos de repostaje (referencia a criterios ISO). Así, la Directiva solo hacía mención a la implantación de un número “adecuado” de puntos de repostaje de hidrógeno (a más tardar el 31 de diciembre de 2025), sin más especificaciones.

50. Por el contrario, el Reglamento (instrumento jurídico totalmente distinto a la Directiva, con efecto directo e inmediato y sin necesidad de transposición) es más exhaustivo. Establece como principal objetivo la implantación en territorio nacional de un número “mínimo” de estaciones de repostaje de hidrógeno para el 31 de diciembre de 2030. El Reglamento establece determinados requisitos técnicos mínimos, como la capacidad acumulativa de las estaciones de repostaje, la necesidad de al menos un dispensador de 700 bares, además de que estén situadas a una distancia máxima de 200 kilómetros entre ellas a lo largo de la Red Transeuropea de Transporte. Ofrece también detalles acerca de la forma del pago del consumidor (aceptando pagos electrónicos), el precio a aplicar por el operador (debe ser razonable, fácil y claramente comprensible, transparente y no discriminatorio). Adicionalmente, cada Estado deberá presentar para el 31 de diciembre de 2027, y cada dos años desde entonces, un informe sobre la situación nacional de la ejecución del Reglamento. Un aspecto que el Reglamento no contempla y que, por tanto, deja al libre arbitrio de los Estados, es la forma de producción de hidrógeno. Se comprende que cada Estado tendrá la posibilidad de producir hidrógeno conforme a sus propias capacidades.

51. Además, el Reglamento no establece explícitamente que el hidrógeno deba ser renovable (esto es, producido a partir de fuentes de energía renovables). En su artículo 2 incluye el hidrógeno en la categoría de “combustibles alternativos de emisión cero”, los cuales define como aquellos que sustituyen a los combustibles fósiles en la energía utilizada en el transporte y que pueden contribuir a la descarbonización de éste. Sin embargo, no aclara que el hidrógeno producido deba ser renovable, pudiéndose optar por otras formas de producción más o menos contaminantes.

C) El hidrógeno en la lista de los Proyectos de Interés Común

52. Dos meses tras la aprobación del Reglamento, la Comisión publicó su lista de proyectos incluidos en la Iniciativa de Proyectos de Interés Común, donde por primera vez (desde que en 2013 se publicara la primera lista) se incluían proyectos relacionados con el hidrógeno; en total, la lista incluye 65 proyectos de estas características (lo que supone el 39% de todos los proyectos aprobados), 17 de los cuales están destinados a la construcción de electrolizadores en seis Estados (Portugal, España, Francia, Países Bajos, Alemania y Dinamarca).

53. Estos proyectos financian a través del Mecanismo “Conectar Europa”, un fondo europeo para impulsar las infraestructuras en los sectores de la energía, transporte y digital. El nuevo programa para el periodo 2021-2027 establece un presupuesto total de 5.800 millones de euros para el sector de la energía. En adición a los PCI, incluye una nueva sección para apoyar los proyectos transfronterizos so-

⁵⁹ Directiva 2014/94/UE el Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2023/1804 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE, p. 7.

bre energía renovable⁶¹. El Banco Europeo de Inversiones (órgano financiero comunitario de la Unión) también juega un papel importante en los proyectos transfronterizos de infraestructuras y, en concreto, en el hidrógeno a través del Fondo para el Hidrógeno Verde (Green Hydrogen Fund), establecido en 2021. Sin embargo, esta iniciativa está pensada para financiar proyectos fuera del marco comunitario, hacia economías emergentes o en desarrollo, teniendo como regiones elegibles las siguientes: América y El Caribe, Asia Pacífico, Asia Central, Europa Oriental, África subsahariana, África del Norte y los Balcanes Occidentales⁶².

54. Esta lista de PCI pretende fomentar la interconexión energética entre los distintos Estados Miembros en aras de la construcción de la llamada “European Hydrogen Backbone”, con vistas para su finalización en el año 2040. Se trataría de una red de interconexión energética terrestre y marítima que podría conectar no solo a los Estados Miembros entre sí, sino también a terceros Estados como Noruega, Marruecos, Túnez o Turquía para favorecer la importación de hidrógeno a la Unión (de lo cual la Unión estimó necesarias unos 10 millones de toneladas procedentes de terceros países).

55. Esta nueva estructura estará basada en “corredores de hidrógeno”, redes transfronterizas para el transporte de hidrógeno, que configurará nuevas alianzas en el marco energético y obligará a los Estados a llegar a acuerdos políticos. Existen distintos proyectos de corredores incluidos en esta lista, como el corredor Portugal-España-Francia-Alemania, el corredor Italia-Austria-Alemania, o el corredor Ucrania-Eslovaquia-Chequia-Austria-Alemania. Esta reconfiguración permir irá a determinados países posicionarse como líderes en la producción de hidrógeno verde gracias a sus propias características, creando incluso islas energéticas como en el caso de la Península Ibérica. Los países del sur (Portugal, España e Italia) se posicionan en este respecto tanto como productores de hidrógeno como puerta de entrada de las importaciones provenientes de terceros países, especialmente del Norte de África. Otros países del norte, como el caso de Países Bajos, intentan jugar un papel importante como puerta de entrada de hidrógeno al resto de Europa Central, supliendo así su limitada capacidad de producción con una gran capacidad de distribución.

4. La Ley de Reducción de la Inflación estadounidense

56. En agosto de 2022 el Congreso de los Estados Unidos aprobó lo que sería hasta la fecha un paquete de medidas sin precedentes para la lucha contra el cambio climático: la Ley de Reducción de la Inflación⁶³ (*Inflation Reduction Act* o IRA). Este paquete de medidas destinará alrededor de 400.000 millones de dólares para reducir el coste de producir energías renovables a través de la concesión de grandes subsidios y préstamos a la industria de los coches eléctricos, la fabricación de tecnologías limpias, y las energías renovables⁶⁴. Esta Ley tiene un carácter proteccionista por cuanto se centra en el impulso de la industria nacional y la protección de las cadenas de suministro nacionales⁶⁵, como contramedida a la posición que China ostenta en esta área gracias a políticas de índole similar. El gigante asiático, por su parte, ya ha iniciado un procedimiento judicial ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) por entender que las medidas de la IRA en relación a los subsidios concedidos a los vehículos eléctricos, perjudican a la industria china, calificándolos de “discriminatorios”⁶⁶. Misma crítica ha surgido dentro

⁶¹ Comisión Europea. Funding for projects of common interest. Disponible en https://energy.ec.europa.eu/topics/infrastructure/projects-common-interest/funding-projects-common-interest_en

⁶² Banco Europeo de Inversiones. Green Hydrogen Fund. Disponible en <https://www.eib.org/en/products/mandates-partnerships/donor-partnerships/trust-funds/green-hydrogen-fund#:~:text=The%20Green%20Hydrogen%20Fund%20is,green%20hydrogen%20and%20its%20derivatives>

⁶³ H.R.5376 - Inflation Reduction Act of 2022. 117th Congress (2021-2022).

⁶⁴ D. KLEIMANN, et.al. “How Europe should answer the US Inflation Reduction Act. Bruegel Policy Contribution”, No. 04/2023, 2023, p. 6.

⁶⁵ J. BORDOFF. “La histórica Ley sobre el Clima de Estados Unidos”. Fondo Monetario Internacional, Finanzas & Desarrollo, 2022, p. 35.

⁶⁶ Office of the United States Trade Representative. Statement from Ambassador Katherine Tai on the People’s Republic of China’s Request for WTO Consultations Regarding the Inflation Reduction Act. Executive Office of the President, 2024

del seno de la Unión Europea, que si bien no ha iniciado un procedimiento judicial alguno frente a la OMC (pese a las amenazas surgidas en el seno de Francia y Alemania), ha pretendido responder con la promulgación del Plan Industrial del Pacto Verde y la CRMA, apoyándose también en los subsidios climáticos reforzados por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia⁶⁷.

57. La IRA dedica la Sección 45V establece una serie de incentivos fiscales para los productores de hidrógeno que varían con respecto a los kilogramos de CO₂ emitido por los kilogramos de hidrógeno producidos. Estos incentivos varían de un 6 a un 30% de los gastos de capital, o de 0,60 a 3 dólares por cada kilogramo de hidrógeno producido, a opción del productor⁶⁸. Al mismo tiempo, la IRA establece incentivos fiscales por la captura de CO₂ en la producción de hidrógeno, lo que hace del mercado estadounidense un mercado atractivo para las inversiones extranjeras y, por tanto, para el traslado de las inversiones de otros mercados, como el europeo.

58. Ante esta situación se plantea la siguiente duda: ¿cómo ha respondido la Unión a la política proteccionista de la IRA? Con la implementación del Plan Industrial para el Pacto Verde, los programas comunitarios de ayudas a las energías renovables superan a los estadounidenses de la IRA⁶⁹. Un mes después, en marzo de 2023, la Comisión Europea adoptó el Marco Temporal de Crisis y Transición (MTCT). Este MTCT prorroga el marco temporal de crisis adoptado en marzo de 2022 para respaldar la economía en el contexto de la invasión de Ucrania, y establece una serie de medidas para fomentar los proyectos relacionados con el hidrógeno: simplificación de las condiciones, ampliación de las posibilidades de la prestación del apoyo, y límites máximos más elevados, así como nuevas medidas para financiar la fabricación de equipos industriales, como los electrolizadores⁷⁰.

59. La respuesta comunitaria hacia las subvenciones proteccionistas estadounidenses dista mucho de la respuesta dada a las subvenciones chinas hacia los vehículos eléctricos, dado que en este caso la Comisión (a iniciativa de la delegación francesa) abrió a finales de 2023 una investigación anti-subvenciones relativa a la importación de vehículos eléctricos procedentes de China. Así, la geopolítica parece jugar un papel importante a la hora de tomar una u otra decisión acerca de las políticas proteccionistas extranjeras; sin embargo, todo parece conducir a lo que, en palabras del coronel Juan Manuel Chomón Pérez, sería la “carrera de las subvenciones verdes”⁷¹ y, consecuentemente, hacia la lapidación de la globalización y de sus instituciones internacionales, como en este caso la OMC, que se ha convertido en el campo de batalla político de China y Estados Unidos.

VI. Breve referencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

60. Como hemos podido observar, nos encontramos en un momento incipiente de la creación del mercado de hidrógeno. Cabe esperar que, a medida que se vaya desarrollando puedan ir surgiendo controversias entre los operadores económicos y los Estados Miembros, en aspectos especialmente relacionados con el régimen de comercio de derechos de emisión. Para la resolución de las distintas controversias que pudieran surgir en torno a la interpretación de la legislación comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se erige como el foro adecuado; a su vez, complementa al mecanismo de resolución de diferencias que representan las autoridades reguladoras nacionales (véase *supra*), en ese caso en relación a las obligaciones de los gestores de red de transporte y almacenamiento.

⁶⁷ J.M. CHOMÓN PÉREZ. *La era de las tierras raras. La cruzada geopolítica por los metales estratégicos*. Tecnos, 2023, p. 171.

⁶⁸ A. KRUPNICK, y A. BERGMAN. “Incentives for Clean Hydrogen Production in the Inflation Reduction Act. Resources for the Future”, Report 22-13, 2022.

⁶⁹ C. LANDAIS, et.al. “The Inflation Reduction Act: How should the EU react? Conseil d’analyse économique”, German Council of Economic Experts, Joint Statement, 2023, p. 6.

⁷⁰ Comisión Europea. (2023). Ayudas estatales: la Comisión adopta un marco temporal de crisis y transición para seguir apoyando la transición hacia una economía con cero emisiones netas. Comunicado de prensa.

⁷¹ M. CHOMÓN PÉREZ. *La era de las tierras raras. La cruzada geopolítica por los metales estratégicos*. Tecnos, 2023, p. 171.

61. De hecho, en este estadio de insipiente del mercado del hidrógeno ya comienzan a surgir las diferencias y los tribunales comienzan a acudir al TJUE para que éste les asista en sus decisiones a través de la elevación de cuestiones prejudiciales. A continuación, expondremos brevemente a modo de ejemplo el caso *Evonik Degussa*⁷².

62. Este caso se basa en la denegación de una solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión por la República Federal de Alemania a la empresa *Evonik Degussa* en relación a una actividad en la que desarrolla el separado de hidrógeno de un flujo gaseoso del que el hidrógeno es ya un componente. En este caso, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín emitió una cuestión prejudicial al órgano jurisdiccional comunitario para aclarar si dicha actividad se podía comprender dentro de las actividades relativas a la producción de hidrógeno, las cuales gozan de una asignación de derechos de emisión. Sin embargo, la Corte decidió que la actividad ya mencionada no podía entenderse bajo el concepto anterior, y por tanto no era aplicable una asignación de derechos de emisión.

63. Las cuestiones que el tribunal de Berlín elevó al TJUE tienen, incluso a día de hoy, cierta significancia. Si bien se refieren a la interpretación de disposiciones contenidas en la Decisión 2011/278⁷³, que ya no está en vigor, estas mismas disposiciones se contienen en la que se puede entender su instrumento sucesor, el Reglamento Delegado (UE) 2019/331⁷⁴, que se encarga de recoger las normas transitorias para la asignación gratuita de derechos de emisión (de acuerdo con el mandato del artículo 10 bis de la Directiva RCDE). Así, en el Anexo I, punto 2 del mismo, se recoge la definición de lo que se entiende por “hidrógeno” a efectos del régimen de comercio de derechos de emisión y las asignaciones gratuitas de estos derechos. Dentro de esta definición se detalla el proceso de producción de hidrógeno y de emisiones cubiertos por la referencia a este producto. En el caso en cuestión, el tribunal nacional elevó la cuestión de que, si la definición contenida debía “interpretarse en el sentido de que un proceso que no permite generar hidrógeno mediante síntesis química, sino únicamente aislar el hidrógeno ya contenido en una mezcla gaseosa, queda dentro de los límites del sistema de referencia del producto para el hidrógeno”. En aquel momento, la Directiva RCDE definía la producción de hidrógeno como su “reformado u oxidación parcial”; es decir, la propia directiva definía el proceso químico por el cual debía producirse el hidrógeno para que la actividad fuera apta en relación a la asignación gratuita de derechos de emisión. Sin embargo, en la actualidad la Directiva RCDE ha eliminado tal referencia a dicho proceso químico, dejando solo el término “producción de hidrógeno”.

64. Aunque se haya producido este cambio de la Directiva RCDE en su redacción anterior a 2018 con la redacción actual, no se ha producido tal cambio entre la Decisión 2011/278 y el Reglamento Delegado (UE) 2019/331. En el documento actual aparece reflejado en la definición de procesos y emisiones cubiertos en relación al producto del hidrógeno “todos los elementos de proceso pertinentes ligados directa o indirectamente a la producción de hidrógeno y a la separación de hidrógeno y monóxido de carbono”. El TJUE, haciendo uso de una interpretación literal del precepto, entiende que (debido al uso de la conjunción “y”) para que un proceso se entienda incluido bajo este concepto debe contener elementos tanto de “producción” como de “separación” del hidrógeno obtenido del monóxido de carbono. En el caso de la actividad que realizaba la empresa alemana *Evonik Degussa*, ésta se entiende únicamente como un proceso de “separación” del hidrógeno y, por tanto, no era susceptible de la asignación gratuita de derechos de emisión.

⁷² STJUE 17 mayo 2018 (Sala Sexta), *Evonik Degussa GmbH contra Bundesrepublik Deutschland*, C-229/17, ECLI:EU:C:2018:323.

⁷³ Decisión de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (no está en vigor).

⁷⁴ Reglamento Delegado (UE) 2019/331 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2018, por el que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

65. Cabe observar que la supresión del precepto antes mencionado en la Directiva RCDE relativo a la definición de “producción de hidrógeno” podría generar nuevas diferencias que requiriera del tribunal comunitario una nueva actuación. Más allá de esto, cabe concluir que el desarrollo del mercado de hidrógeno traerá consigo que los operadores económicos encuentren ciertos preceptos abiertos a interpretación, sobre todo en cuestiones tan sensibles e importantes económicamente como la asignación gratuita de derechos de emisión, y que ello precise la actuación del TJUE.

Conclusión

66. El hidrógeno presenta múltiples posibilidades de aplicación a la hora de descarbonizar la economía europea, pero en la actualidad los costes comparativos con otras fuentes de energías fósiles o con un menor contenido en carbono siguen restando rentabilidad al hidrógeno. Esta falta de rentabilidad ha llevado a la Unión a promulgar diversos instrumentos para subvencionar, mediante distintos paquetes, la innovación tecnológica y el progreso del hidrógeno en los Estados Miembros. Estas ayudas no solo permiten que los Estados progresen en su marco nacional, sino también fomentar la cooperación regional en la realización de proyectos conjuntos sobre el hidrógeno. La construcción de corredores de hidrógeno transfronterizos es el mejor ejemplo, donde las fuerzas público-privadas se unen para crear cadenas de suministro del hidrógeno, desde su producción hasta su distribución.

67. El objetivo de la Unión es conseguir crear un mercado interno de hidrógeno que permita a los Estados Miembros realizar la transición energética de los combustibles fósiles a los combustibles renovables e hipocarbónicos de forma sostenible y que no perjudique a los consumidores. El mercado interno de hidrógeno se encuentra en su momento más incipiente, en una etapa en la que se están creando las estructuras y organismos que deberán regular y supervisar su funcionamiento (autoridades reguladoras), fomentando el uso del hidrógeno mediante incentivos (descuentos) y la imposición de fechas límite para los combustibles fósiles y, fundamentalmente, mediante la complementariedad que supone el régimen de comercio de derechos de emisión. Dentro de este marco normativo, a medida que el mercado de hidrógeno se desarrolle, irán surgiendo múltiples controversias entre los operadores económicos y los Estados Miembros, algunas de las cuales estarán relacionadas con la interpretación de distintas partes de este mismo marco. En estos casos, el TJUE se erige como el foco de unificación de las distintas interpretaciones que vayan surgiendo; el ejemplo del caso *Evonik Degussa* hace entrever que las diferencias que puedan surgir podrán deberse a la interpretación de aspectos técnicos, tales como son los procesos químicos utilizados para la obtención de hidrógeno, lo que requerirá, al mismo tiempo, un tribunal más especializado en estos ámbitos.

68. Pese a las ambiciones de la Unión por alcanzar el escenario de una economía basada en el hidrógeno, hay diversos factores que pueden obstaculizar su consecución. En primer lugar, a la hora de legislar sobre energías renovables, la Unión no tiene en cuenta la huella de carbono emitida en la fabricación de los materiales necesarios para la industria del hidrógeno, como por ejemplo los electrificadores, las turbinas eólicas o los paneles fotovoltaicos. En segundo lugar, si bien la Unión desea reducir su dependencia rusa respecto de la importación de combustibles fósiles, especialmente el gas natural, la consecuencia de la transición energética podría resultar en nuevas dependencias con ciertos actores, como China o Sudáfrica, al controlar éstos la cadena de suministro de ciertos materiales estratégicos. En tercer lugar, no existe a día de hoy la infraestructura suficiente para una distribución óptima de hidrógeno a través del continente europeo. Esto se ha intentado paliar con subvenciones y ayudas a proyectos nacionales y transfronterizos relativos a la creación de nuevas infraestructuras o a la readaptación de las ya existentes, como fábricas o gaseoductos. En la lista de PCI se han incluido por primera vez proyectos relacionados con el hidrógeno, suponiendo el 39% de los proyectos aprobados y que podrán ser financiados. Por último, preocupa los efectos que la IRA estadounidense pueda tener respecto de las inversiones sobre el hidrógeno en suelo europeo. La Unión ha tratado de responder con el Plan Industrial para el Pacto Verde, lo cual supone que se doblarán las ayudas a la industria de las renovables en comparación con las ayudas que la IRA establece para el mismo sector.

69. La Unión Europea debe seguir legislando y fomentando la creación de un mercado propicio para la inversión pública y privada. Esto es esencial para asegurar las cadenas de suministro de materiales necesarios para la transición energética y no caer en dependencias indeseadas. La crisis de la globalización también encuentra su manifestación en el plano energético, tomando la forma de medidas proteccionistas que, en última instancia, no solo dilapidan las instituciones internacionales creadas en la segunda mitad del siglo XX, como la OMC, sino que supone una reorganización completa de las alianzas, con incidencia a nivel internacional, regional e incluso nacional. Que la Unión logre una autosuficiencia energética tal que no la haga caer en nuevas dependencias está en manos de los gobiernos europeos, y una hoja de ruta es clave para lograr estos objetivos. Una voluntad política firme y un mercado propicio para la inversión público-privada podrían ser dos de los elementos más esenciales en este camino.

La desestimación temprana en el arbitraje comercial internacional y su adopción por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Early dismissal in international commercial arbitration and its adoption by the United Nations Commission on International Trade Law

FERNANDO ORRANTIA DWORAK

*Abogado por la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México
y Juris Doctor por la Escuela de Derecho de la Universidad de Minnesota*

Recibido: 14.12.2024 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9345

Resumen: La desestimación temprana es un mecanismo procesal que permite a una de las partes solicitar al tribunal arbitral la resolución de una o varias cuestiones que sean manifiestamente carentes de fundamento, en una etapa inicial o temprana del procedimiento, para terminar el procedimiento o reducir el número de cuestiones a resolver en el laudo final. La desestimación temprana apareció primeramente en el arbitraje de inversiones y posteriormente fue adoptada por las principales instituciones del arbitraje comercial internacional. La incorporación de este instrumento procesal a las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional apunta hacia su consolidación en el arbitraje comercial internacional.

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional, desestimación temprana, Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Abstract: Early dismissal is a procedural mechanism that allows a party to request the arbitral tribunal to decide one or more issues that are manifestly unfounded, at an initial or early stage of the proceedings, in order to terminate the proceedings or reduce the number of issues to be resolved in the final award. Early dismissal first appeared in investment arbitration and was later adopted by the main institutions of international commercial arbitration. The incorporation of this procedural instrument into the Notes on Organizing Arbitral Proceedings of the United Nations Commission on International Trade Law points towards its consolidation in international commercial arbitration.

Keywords: International comercial arbitration, early dismissal, Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations Commission on International Trade Law.

Sumario: I. Introducción. II. La desestimación temprana en el arbitraje de inversión. III. La adopción de la desestimación temprana en el arbitraje comercial internacional. 1. La situación antes de 2016. 2. La continua adopción de la desestimación temprana a partir de 2016. IV. La incorporación de la desestimación temprana a la normativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1. El inicio de las deliberaciones en la CNUDMI. 2. El primer proyecto de texto orientativo sobre la desestimación temprana. 3. La incorporación de la desestimación temprana a las Notas sobre la organización del proceso arbitral de la CNUDMI. 4. Relevancia de la inclusión de la desestimación temprana en las Notas de la CNUDMI.

I. Introducción

1. En las últimas dos décadas, las principales instituciones del arbitraje comercial internacional han enfrentado exigencias de distintos sectores de la práctica arbitral para inyectar mayor eficiencia al proceso arbitral.¹ Las respuestas de las instituciones arbitrales ha sido variada, promoviendo soluciones integrales mediante la formulación de procedimientos abreviados (*expedited procedure*),² como también adoptando mecanismos específicos, siendo uno de esos instrumentos la desestimación temprana (*early disposition*), que es un mecanismo procesal que permite a una de las partes solicitar al tribunal arbitral la resolución de una o varias cuestiones que sean manifiestamente carentes de fundamento, en una etapa inicial o temprana del procedimiento, para terminar el procedimiento o reducir el número de cuestiones a resolver en el laudo final. La desestimación temprana apareció primero en el arbitraje de inversiones, trasladándose posteriormente al arbitraje comercial internacional. La reciente acogida de este instrumento por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional apunta hacia su consolidación en el arbitraje comercial internacional.

II. La desestimación temprana en el arbitraje de inversión.

2. La desestimación temprana aparece primero en el arbitraje de inversiones, cuando el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) en el año 2006 modificó sus reglas de arbitraje para facultar al tribunal arbitral para, a instancia de parte, en vía de excepción y en una etapa inicial del proceso, desestimar una reclamación por manifiesta falta de mérito jurídico.³ La motivación para que el CIADI incluyera esta facultad en sus reglas de arbitraje fue la falta de un filtro previo para evitar el trámite de demandas manifiestamente carentes de sustento fáctico o jurídico, a diferencia de las cuestiones jurisdiccionales que son objeto de un examen *in limine litis*, previo a su admisión, por el Secretariado del CIADI.⁴ Este instrumento es ahora una figura regularmente empleada en los arbitrajes del CIADI, pues de acuerdo con las estadísticas publicadas por dicha institución, esta excepción ha sido planteada en el 10% de los casos concluidos mediante laudo final⁵ y de éstos, el 1% lo han sido por haberse desestimado las reclamaciones por manifiesta falta de mérito.⁶ Un análisis realizado en el año 2019, observó que en los procedimientos de arbitraje de inversión del CIADI en los cuales una de las partes solicitó la desestimación temprana, su duración fue efectivamente menor comparada con aquellos en los cuales la medida no fue solicitada, incluso en aquellos en que la solicitud de desestimación temprana fue negada o resuelta en contra del promovente, proponiendo los autores del análisis que la mera interposición de la solicitud de desestimación temprana promueve la eficiencia procesal al encauzar la atención del tribunal arbitral a las cuestiones sustantivas de la disputa en la etapa inicial del procedimiento.⁷

¹ Una detallada documentación de la exigencia de eficiencia en el arbitraje comercial puede consultarse en L. A. MISTELIS, “Efficiency . What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy”, *Queen Mary School of Law Research Paper*, n° 313/2019, 15 de abril de 2019.

² P. ej., el *expedited procedure* incluido en las reglas de arbitraje de 2010 del *Singapore International Arbitration Centre*, las reglas de arbitraje abreviado adoptadas por la Cámara de Comercio Internacional en 2017 y las *expedited rules* del *International Centre for Dispute Resolution* vigentes a partir del 1 de marzo de 2021.

³ CIADI, *Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del CIADI*, 2006, art. 41(5). La disposición permanece en el art. 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022. Ambos documentos se encuentran disponibles en el sitio web del CIADI: <icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/reglas-y-reglamentos-del-ciadi>.

⁴ ICSID, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*, octubre de 2004, párrs. 9-10, disponible en: <icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications>.

⁵ Los casos administrados por el CIADI en los cuales esta excepción ha sido planteada, están relacionados en: <icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit> y el número de procedimientos concluidos puede consultarse en la base de datos del CIADI disponible en: <icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

⁶ CIADI, *Carga de Casos del CIADI - Estadísticas Edición 2024-2*, p. 13, disponible en: <icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>.

⁷ B. T. HOWES, A. STOWELL, W. CHOI, “The impact of summary disposition on international arbitration: A quantitative analysis of ICSID’s rule 41(5) on its tenth anniversary”, *Dispute Resolution international*, vol. 13, n° 1, mayo de 2019, pp. 21-34.

III. La adopción de la desestimación temprana en el arbitraje comercial internacional.

1. La situación antes de 2016

3. Con anterioridad a que la desestimación temprana fuese adoptada por las principales instituciones del arbitraje comercial internacional, existían mecanismos que permitían al tribunal arbitral, actuando *ex officio*, identificar cuestiones cuya resolución dispusiera de la controversia. Las reglas de arbitraje internacional de 2003 del *International Centre for Dispute Resolution* (“ICDR”) incluyeron en su art. 16.3 la facultad del tribunal arbitral para ordenar a las partes a limitar sus escritos a las cuestiones cuya decisión resultase en la resolución total o parcial de la controversia.⁸ En 2010, la *International Bar Association* (“IBA”) en sus Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, incluyó la recomendación para que los árbitros identifiquen ante las partes, tan pronto como lo considere pertinente, cualquier cuestión relevante para el caso y sustancial para su resolución, para la cual pueda resultar apropiado un pronunciamiento previo.⁹ En 2010, Gary Born y Kenneth Beale explicaban que si bien se observaba que en los procedimientos de arbitraje comercial los tribunales arbitrales ya concluían con frecuencia que contaban con la facultad para desestimar reclamaciones en una etapa temprana, diversos factores pesaban en contra de la aceptación generalizada de este mecanismo, siendo uno tales factores la ausencia de disposición expresa en los reglamentos de las instituciones del arbitraje comercial, razón por la cual los promotores de la desestimación temprana consideraban necesario que dichas instituciones modificasen sus reglamentos para incorporar esta figura.¹⁰

2. La continua adopción de la desestimación temprana a partir de 2016.

4. Es en 2016 cuando la desestimación temprana fue acogida por dos instituciones del arbitraje comercial internacional, al incluirse en las reglas de arbitraje del *Singapore International Arbitration Centre* (“SIAC”)¹¹ y del JAMS.¹² El SIAC siguió el modelo del CIADI en cuanto a que la facultad del tribunal arbitral para que una reclamación sea objeto de desestimación temprana (*early dismissal*) debe ejercerse a instancia de parte en vía de excepción, respecto de reclamaciones o defensas de manifiesta falta de mérito jurídico (*manifestly without legal merit*) o que manifiestamente se encuentren fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral, pero, a diferencia del CIADI, las reglas del SIAC establecieron un procedimiento de dos etapas, por el cual el tribunal arbitral debe primero decidir, discrecionalmente, si admite o rechaza la solicitud de desestimación temprana, para después, en caso de admitirla, resolver sobre el fondo de la solicitud. Las reglas de arbitraje internacional del JAMS de 2016 incluyeron la posibilidad de que una parte solicite autorización al tribunal arbitral para presentar una moción de disposición sumaria (*motion for summary disposition*), sujeto a que las demás partes tengan oportunidad de manifestarse respecto de dicha solicitud.¹³

5. En 2017, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) adoptó la figura de la desestimación temprana, no mediante una enmienda a su reglamento de arbitraje, sino incluyéndola en la revisión

⁸ ICDR, *International Dispute Resolution Procedures*, 2003, art. 16.3, disponible en: <icdr.org/es/rules_forms_fees>

⁹ International Bar Association, *Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, 2010, art. 2(3), disponible en: <ibanet.org/resources>. Esta disposición se mantiene en la versión de 2020 de este documento.

¹⁰ G. BORN, K. BEALE, “Party autonomy and default rules: Reframing the debate over summary disposition in international arbitration”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21/2, 2010, pp. 21-22, 28-31.

¹¹ SIAC, *Arbitration Rules*, 1 de agosto de 2016, regla 29, disponible en: <siac.org.sg/siac-rules-2016>.

¹² JAMS, *Reglas de arbitraje internacional de JAMS en vigor a partir del 1 de septiembre de 2016*, art. 26, disponible en: <jamsadr.com/rules-archive/>.

¹³ En 2021, las reglas de arbitraje internacional del JAMS fueron modificadas y respecto de la moción de disposición sumaria, contenida en el art. 25 de dichas reglas, se identificó el criterio para resolver una solicitud para presentar una moción de disposición sumaria, indicando que el tribunal arbitral autorizará la presentación de dicha moción solo si el solicitante demuestra que la moción tiene probabilidad de éxito (*likely to succeed*) y resolver todas las controversias o algunas cuestiones específicas. También se incluyó la facultad del tribunal arbitral para ejercer *ex officio* su facultad de desestimación temprana. JAMS, *International Arbitration Rules & Procedures Effective June 1, 2021*, disponible en: <jamsadr.com/rules-archive/>.

al documento denominado “Nota a las partes y tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI” (la “Nota de la CCI”), que es una guía dirigida a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la manera de conducir el arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI y las prácticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. La Nota de la CCI asumió como premisa que las facultades discrecionales que el reglamento de arbitraje la CCI le otorga al tribunal arbitral incluyen resolver sobre una solicitud para la decisión expedita de demandas o contestaciones sobre la base de que estas carecen manifiestamente de fundamento o que se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral, solicitud que debe formularse lo antes posible tras la presentación de las demandas o contestaciones pertinentes. La Nota de la CCI indicó que el tribunal arbitral tiene discreción plena para admitir la solicitud, considerando las circunstancias que considere pertinentes, tales como la fase en que se encuentra el procedimiento y la necesidad de asegurar eficiencia en cuanto a tiempo y costos, y en caso de que el tribunal arbitral admita la solicitud, concederá a la otra parte una debida oportunidad para contestar la solicitud antes de resolver sobre la solicitud.¹⁴

6. En 2018, el *Hong Kong International Arbitration Centre* (“HKIAC”) adoptó una nueva versión de sus reglas de arbitraje, que incluyeron un procedimiento por el que se faculta al tribunal arbitral a considerar la solicitud de una parte para disponer de cuestiones jurídicas o fácticas mediante una resolución temprana (*early determination*), cuando se alegue que tales cuestiones son manifiestamente carentes de fundamento (*manifestly without merit*) o que manifiestamente se encuentren fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral o que aun cuando tales cuestiones fuesen correctas, resultaría imposible resolver a favor de las partes que alega tales cuestiones, debiendo la solicitud presentarse lo antes posible después de que se aleguen las cuestiones impugnadas, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, misma que se resolverá conforme a un procedimiento de dos etapas, resolviéndose primeramente la admisión de la solicitud y en una segunda etapa el fondo de la solicitud que sea admitida.¹⁵

7. El Club Español del Arbitraje (“CEA”)¹⁶ emitió en 2019 su Código de Buenas Prácticas Arbitrales que incluye un modelo reglamento arbitral en el que se prevé la potestad del tribunal arbitral para resolver, como cuestión previa y mediante laudo, las pretensiones o excepciones que de forma manifiesta sean jurídicamente infundadas, adoptando para ello las medidas procedimentales que consideren apropiadas.¹⁷ Siguiendo este reglamento modelo, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (“CIAM”) adoptó su primer reglamento de arbitraje en 2020 que incluyó la resolución previa tal y como está prevista en el reglamento arbitral modelo del CEA.¹⁸

8. El reglamento de arbitraje adoptado en 2020 por la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) incluyó un procedimiento para que el tribunal arbitral, a instancia de parte o de oficio, emita una determinación temprana de que una demanda, contestación, reconvencción, demanda cruzada, contestación a la demanda reconvenccional o contestación a la demanda cruzada, está manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral, es inadmisibles o manifiestamente carente de fundamento, después de haber dado a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse al respecto.¹⁹ La LCIA en 2023

¹⁴ CCI, *Nota a las partes y tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI*, 30 de octubre de 2017, párrs. 59-64. La figura de la decisión expedita se ha mantenido en las versiones posteriores de este documento, incluyendo la más reciente del 1 de octubre de 2021, disponible en: <iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>.

¹⁵ HKIAC, *Administered Arbitration Rules*, 2018, art. 43, disposición que permanece en el art. 43 de las reglas emitidas en 2024. Ambas reglas están disponibles en: <www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/>.

¹⁶ Denominado ahora “Club Español e Iberoamericano del Arbitraje”.

¹⁷ CEA, *Código de Buenas Prácticas Arbitrales*, 2019, Anexo A, Reglamento Arbitral Modelo del CEA, art. 26, párrs. (1) y (2)(c), disponible en: <clubarbitraje.com/grupos/mediacion/publicaciones/>.

¹⁸ CIAM, *Reglamento de Arbitraje*, 2020, art. 24(2)(g). El reglamento de arbitraje adoptado por el CIAM en 2024 mantiene esta figura en su art. 27(2)(f). Ambos reglamentos están disponibles en: <ciam-ciar.com/>.

¹⁹ LCIA, *Reglamento de Arbitraje*, 2020, art. 22.1(viii), disponible en: <lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx>.

publicó una nueva versión de su “nota orientativa”, dirigida a las partes y a los árbitros, que incluye diversas aclaraciones e indicaciones para la aplicación del procedimiento de determinación temprana.²⁰

9. En 2021, el ICDR modificó su reglamento de arbitraje internacional, adoptando un procedimiento para la decisión anticipada de asuntos presentados en una demanda o reconvencción, con anticipación a la audiencia principal, que se inicia a solicitud de parte, debiendo el tribunal arbitral admitir la solicitud si considera que la solicitud tiene una posibilidad razonable de éxito o bien, eliminará o limitará uno o más aspectos de la disputa, y que sea probable que la solicitud resulte en una mayor eficiencia y economía, debiendo oír a las partes respecto de la admisión de la solicitud y sobre su estimación, estando obligado el tribunal arbitral a motivar su decisión.²¹

10. El reglamento de arbitraje adoptado en 2022 por el *Vancouver International Arbitration Centre* regula la posibilidad de que una parte, en cualquier etapa del procedimiento, solicite la autorización al tribunal arbitral para plantear la resolución temprana (*early disposition*) de una o varias cuestiones de hecho o jurídicas, debiendo el tribunal arbitral otorgar a las partes la oportunidad para pronunciarse sobre la conveniencia de admitir solicitud y el procedimiento por el cual deberá tramitarse la misma, así como considerar, al resolver sobre la admisión de la petición, el efecto que tendrá dicha petición en la conducción justa y expedita del arbitraje. En caso de que la petición sea admitida, el tribunal arbitral deberá resolverla de manera expedita y motivando su decisión.²²

11. El *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* adoptó en 2023 un reglamento de arbitraje que incluye un procedimiento sumario para que el tribunal arbitral, a instancia de parte, resuelva una o varias cuestiones de hecho o jurídicas, incluyendo cuestiones de la jurisdicción del propio tribunal arbitral. La solicitud debe proponer el procedimiento para la resolución solicitada y las razones que sustenten la idoneidad y eficiencia del procedimiento propuesto. El tribunal arbitral resolverá sobre la admisión de la solicitud, previa audiencia a las partes, debiendo para ello considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo el efecto que el procedimiento tendrá en la eficiencia y celeridad de la decisión de la controversia. En caso de que la petición sea admitida, el tribunal arbitral resolverá de manera eficiente y expedita considerando las circunstancias del caso, otorgando a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de la solicitud.²³

12. La adopción del mecanismo de desestimación temprana en el ámbito del arbitraje comercial internacional por las principales instituciones arbitrales a nivel internacional no se limita al plano normativo, pues las estadísticas publicadas por el SIAC y la LCIA sugieren que esta figura es efectivamente empleada por las partes en los procedimientos administrados por dichas instituciones. En 2023, de los 640 arbitrajes administrados por el SIAC en ese año, en 9 de ellos se solicitó la desestimación temprana,²⁴ en tanto que de los 327 arbitrajes administrados por la LCIA en el mismo año, en 24 de ellos se presentó una solicitud de este tipo.²⁵

IV. La incorporación de la desestimación temprana a la normativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

13. En el marco de la progresiva de la desestimación temprana por las instituciones del arbitraje comercial internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacio-

²⁰ LCIA, *Guidance note for parties and arbitrators*, secc. 11.4, disponible en: <lcia.org/adr-services/guidance-note.aspx>.

²¹ ICDR, *Reglamento de Arbitraje Internacional*, 2021, art. 23, disponible en: <icdr.org/es/rules_forms_fees>.

²² VANCOUVER INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, *International Commercial Arbitration Rules*, 2022, art. 21, disponible en: <vniac.org/arbitration/rules-of-procedure/international-commercial-arbitration-rules-of-procedure-july12022/>.

²³ ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Arbitration Rules*, 2023, art. 39, disponible en: <sccarbitrationinstitute.se/en/resource-library/scc-rules>.

²⁴ SIAC, *Annual report*, 2023, pp. 32-33 y 43, disponible en: <siac.org.sg/annual-reports>.

²⁵ LCIA, *Annual casework report*, 2023, pp. 3 y 28, disponible en: <lcia.org/lcia/reports.aspx>.

nal (“CNUDMI” o la “Comisión”)²⁶ inició en 2018 un proceso deliberativo sobre este mecanismo que concluyó con su acogida por la propia Comisión, mediante su inclusión en el documento denominado “Notas sobre organización del proceso arbitral”.

1. El inicio de las deliberaciones en la CNUDMI.

14. El debate sobre la desestimación temprana por la CNUDMI inicia por su decisión, tomada en su 51º período de sesiones concluido el 13 de julio de 2018, de abordar el tema del arbitraje acelerado, encomendando a su Grupo de Trabajo II (el “Grupo de Trabajo”) el mandato de tratar tales cuestiones.²⁷ El Grupo de Trabajo, en su sesión en Nueva York del 4 al 8 de febrero de 2019, asumió el encargo recibido de la Comisión, debatiendo primeramente sobre el alcance de su mandato, encontrando que la opinión prevaleciente fue que debería centrar sus esfuerzos en mejorar la eficiencia del proceso arbitral, algo que a su vez redundaría en la disminución del costo y la duración de los procesos.²⁸ Si bien predominó el parecer de que el eje de trabajo sería el arbitraje acelerado, se deliberó sobre la inclusión del estudio de otros tipos de procedimientos que también derivaban en la solución eficiente de controversias, en particular las figuras del árbitro de emergencia, el procedimiento decisorio rápido (*adjudication*) como se aplica en los sectores de la construcción y la ingeniería, la desestimación temprana (*early dismissal*) y la determinación preliminar (*preliminary determination*).²⁹

15. El inicio del debate de la desestimación temprana y la determinación preliminar por el Grupo de Trabajo, a principios del año 2019, ocurrió en un momento en que tres de las principales instituciones del arbitraje comercial internacional habían ya adoptado estas figuras: el SIAC, la CCI y el HKIAC.³⁰ El propio Grupo de Trabajo reconoció que diversas instituciones del arbitraje comercial ya habían incorporado la desestimación temprana a sus normas, pero también advirtió que planteaba inquietudes relacionadas con el respeto de las garantías procesales.³¹ Con esa advertencia, el Grupo de Trabajo se hacía eco del debate que en ese entonces se manifestaba en los diversos foros del arbitraje comercial internacional sobre la conveniencia de la adopción de la desestimación temprana. En esas discusiones, los defensores de los mecanismos de desestimación temprana en el arbitraje comercial internacional argumentaban que estos instrumentos aumentarían la eficiencia del arbitraje al deshacerse de las reclamaciones sin mérito desde el inicio del procedimiento y haría que los procedimientos fueran más eficientes al permitir que los tribunales se centraran en las reclamaciones y defensas más importantes y meritorias. Por otro lado, los opositores a la desestimación anticipada argumentaban que, en lugar de hacer que los procedimientos de arbitraje sean más eficientes, tales mecanismos de desestimación en realidad conducirán a procedimientos más prolongados porque las partes solicitarán la desestimación anticipada independientemente de si dicha solicitud tiene probabilidades de prosperar, a lo cual los defensores de la desestimación temprana apuntaban a los resultados positivos observados en el CIADI, así como a las medidas disponibles a los tribunales arbitrales para evitar el abuso de la desestimación temprana, como la posibilidad de condenar en costas a la parte que presenta una solicitud sin probabilidad de éxito, así

²⁶ La CNUDMI fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966) con el objeto promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Conforme la resolución 3108 (XXVIII) adoptada el 12 de diciembre de 1973 por la Asamblea General, la CNUDMI está integrada por 36 Estados miembros de las Naciones Unidas electos de cinco diferentes regiones del mundo.

²⁷ A/73/17, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 31 de julio de 2018, párrs. 244-254, disponible en: <uncitral.un.org/es/commission>.

²⁸ A/CN.9/969, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 69º periodo de sesiones*, 18 de febrero de 2019, párr. 13, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

²⁹ *Ibidem*, párrs. 18-21. Sobre la distinción entre la desestimación temprana y la determinación preliminar, *vid.* M. LALAGUNA HOLZWARH Y M. P. JIJÓN ANDRADE, “Correcaminos arbitrales: agilidad vs. due process” en D. ARIAS (coord.), *Arbitraje y Jurisdicción: Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, Madrid, La Ley, t. I, (ebook), pp. 2411-2413.

³⁰ *Vid. supra*, párrs. 4-6.

³¹ A/CN.9/969, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 69º periodo de sesiones*, *op. cit.*, párr. 116.

como la facultad discrecional de rechazar una solicitud de desestimación anticipada. Los opositores a la desestimación temprana también argumentaban que permitir las solicitudes de desestimación temprana requeriría un amplio intercambio de documentos antes de la solicitud, a lo que los defensores respondían que, en la medida en que fuese cierto, actuaría como un límite natural a la frecuencia con la que las partes presentan una solicitud de desestimación anticipada, presentándolas sólo cuando tales solicitudes no requieran un amplio intercambio de documentos. Otra crítica formulada por los opositores a la adopción de la desestimación temprana en el arbitraje comercial, por algunos considerada como la más importante, es que un laudo que desestima una demanda o defensa puede ser objeto de impugnación en virtud del Artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York, por haberse negado a una de las partes hacer valer sus medios de defensa, que es una preocupación compartida por los defensores de la desestimación temprana y para lo cual indicaban que los procedimientos de desestimación temprana, tal y como se había implementado por algunas instituciones arbitrales a principios del año 2019, permitían o requerían una audiencia previa a resolver las cuestiones sometidas al procedimiento de desestimación temprana y así evitar que los laudos emitidos en virtud de una desestimación temprana fuesen impugnados.³² También se apuntaba a que el rechazo de la desestimación temprana tenía como explicación que dicha figura se identificaba como una figura del derecho procesal de los países de *common law* y la reticencia de los profesionales del derecho de los países de la cultura jurídica del derecho civil para adoptar figuras provenientes del *common law*.³³

2. El primer proyecto de texto orientativo sobre la desestimación temprana.

16. El Grupo de Trabajo abordó nuevamente la figura de la desestimación temprana al sesionar en el mes de septiembre de 2019, en base al proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado que para dicha sesión había elaborado la oficina de asuntos jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, División de Derecho Mercantil Internacional (la “Secretaría”),³⁴ que incluyó las figuras de la desestimación temprana y la determinación preliminar como parte del procedimiento de arbitraje acelerado, acordando el Grupo de Trabajo postergar la discusión de esos temas para sesiones posteriores.³⁵ El Grupo de Trabajo retomó el debate sobre la desestimación temprana en su sesión concluida el 7 de febrero de 2020, en base a la revisión del proyecto de la Secretaría de disposiciones sobre arbitraje acelerado,³⁶ conviniendo el Grupo de Trabajo en seguir examinando esas cuestiones en su siguiente período de sesiones.³⁷ Sesionando en el mes de marzo de 2021, el Grupo de Trabajo decidió excluir la figura de la desestimación temprana y la determinación preliminar del proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado que habrían de presentarse a la Comisión y proponer a ésta que le encomendara el mandato de examinar las figuras de la desestimación temprana y determinación preliminar con miras a incluirlas eventualmente en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.³⁸

17. La Comisión, en su 54º período de sesiones concluidas el 16 de junio de 2021, acordó en excluir las disposiciones relativas a la desestimación temprana y a la determinación preliminar de la

³² M. F. GUSY, “Saving Time and Cost International Arbitration without Hearing on the Merits”, *ZDAR: Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht*, n° 41, 2018, p. 38.

³³ S. NATAF, “La détermination sommaire des demandes ou defenses manifestement infondées” *Revue de l’arbitrage*, n° 2, 2019, p. 365; B. T. HOWES, A. STOWELL, W. CHOI, *op. cit.*, p. 9.

³⁴ A/CN.9/WG.II/WP.209, Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado, 25 de julio de 2019, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

³⁵ A/CN.9/1003, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 70º periodo de sesiones*, 3 de octubre de 2019, párrs. 82-87, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

³⁶ A/CN.9/WG.II/WP.212, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado, 21 de noviembre de 2019*, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

³⁷ A/CN.9/1010, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 71º periodo de sesiones*, 12 de febrero de 2020, párrs. 122-129, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

³⁸ A/CN.9/1049, *Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 73º periodo de sesiones*, 31 de marzo de 2021, párrs. 59-60, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

discusión sobre el reglamento de arbitraje acelerado,³⁹ por considerar que tales figuras deben referirse al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en un sentido más general, instruyendo al Grupo de Trabajo para que en ese marco examinase ambos temas.⁴⁰ En anticipación al 74º período de sesiones del Grupo de Trabajo iniciado el 27 de septiembre de 2021, la Secretaría elaboró un documento titulado “proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares” en el que se propuso incluir a la desestimación temprana y la determinación preliminar como una disposición en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o alternativamente como un documento orientativo, en que se ilustrara que los artículos 17(1) y 34(1) del mencionado reglamento permitirían al tribunal arbitral desestimar tempranamente una demanda o dictar una resolución preliminar, siguiendo el ejemplo de la Nota de la CCI.⁴¹ El Grupo de Trabajo, al deliberar sobre el contenido del texto propuesto por la Secretaría, se mantuvo abierto respecto de la manera en que habrían de materializarse estos conceptos, fuese como un documento de orientación sobre el ejercicio de esas facultades con arreglo al Reglamento de Arbitraje o como una modificación a dicho reglamento y en tal caso habría de decidirse si la disposición a incluirse sería de carácter detallado o más bien en términos generales.⁴²

18. En base a las indicaciones del Grupo de Trabajo, la Secretaría redactó un documento presentando las figuras de la desestimación temprana y la determinación preliminar con las tres formulaciones identificadas por el Grupo de Trabajo: (i) un texto orientativo, (ii) una disposición reglamentaria simple y genérica con un comentario, y (iii) una disposición reglamentaria detallada con un comentario,⁴³ para su consideración por la Comisión en su 55º período de sesiones que concluyó el 15 de julio de 2022. La opción elegida por la Comisión fue la del texto puramente orientativo, encomendando al Grupo de Trabajo formularlo en base al documento de la Secretaría.⁴⁴ El texto orientativo de la Secretaría, integrado por 9 párrafos y que habría de servir de base deliberativa al Grupo de Trabajo, contenía las siguientes indicaciones:

- i) La discrecionalidad otorgada al tribunal arbitral conforme al artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI incluye la facultad para: (i) desestimar de una demanda, (incluyendo una reconvencción o una demanda a efectos de compensación) que carezca manifiestamente de fundamento, incluyendo la determinación de que cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa una demanda carecen manifiestamente de fundamento, y (ii) adoptar una determinación preliminar al efecto.
- ii) La desestimación temprana y la determinación preliminar pueden adoptarse: (i) a instancia de una de las partes o por iniciativa propia del tribunal arbitral, y (ii) sin pasar por todas las etapas del proceso y sin examinar todas las cuestiones del caso.⁴⁵
- iii) La parte que plantee esa excepción deberá hacerlo lo antes posible tras la presentación de la demanda o la comunicación de las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa.
- iv) Mediante estos instrumentos pueden resolverse cuestiones competenciales, caso en el cual

³⁹ En esa misma sesión, la CNUDMI aprobó el reglamento de arbitraje acelerado, mismo que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 2021, disponible en: <[uncitral.un.org/es/content/expedited-arbitration-rules](https://www.uncitral.un.org/es/content/expedited-arbitration-rules)>.

⁴⁰ A/76/17, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 54º período de sesiones*, párrs. 186 y 242, disponible en: <[uncitral.un.org/es/commission](https://www.uncitral.un.org/es/commission)>.

⁴¹ A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*, 3 de agosto de 2021, disponible en: <[uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration](https://www.uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration)>. Sobre la Nota de la CCI, *vid. supra*, párr. 5.

⁴² A/CN.9/1085, *Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones*, 5 de octubre de 2021, párrs. 52-65, disponible en: <[uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration](https://www.uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration)>.

⁴³ A/CN.9/1114, *Desestimación temprana y determinación preliminar*, 24 de febrero de 2022, disponible en: <[uncitral.un.org/es/commission](https://www.uncitral.un.org/es/commission)>.

⁴⁴ A/77/17, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 3 de agosto de 2022, párrs. 226-229, disponible en: <[uncitral.un.org/es/commission](https://www.uncitral.un.org/es/commission)>.

⁴⁵ Sobre el ejercicio de esta facultad del tribunal arbitral en cualquier etapa del proceso, la Secretaría anotó la posibilidad de incluir la sugerencia de que sea ejercida en una etapa temprana del procedimiento, ya que el objetivo subyacente es aumentar la eficiencia del proceso

- las partes deberán oponer esa excepción a más tardar en el momento de presentar la contestación o tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda el mandato, salvo que el tribunal arbitral considere justificada la demora
- v) La admisión de esas excepciones queda a la discreción del tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la necesidad de evitar demoras y gastos innecesarios y llegar a una solución justa y eficaz y la etapa del proceso se opone la excepción
 - vi) Corresponde a la parte que oponga la excepción que la justifique y que demuestre que una resolución al respecto agilizará el proceso o tendrá una repercusión importante en el resultado del proceso.
 - vii) La práctica arbitral normalmente implica que, resuelto el tribunal arbitral a considerar la desestimación de una demanda o la adopción de una determinación preliminar, el tribunal arbitral: (i) invite a las partes a expresar sus opiniones, y (ii) proporcione orientación sobre el proceso que seguirá y el plazo para resolver la cuestión.
 - viii) El tribunal arbitral debe pronunciarse tan pronto como sea posible y dentro del plazo, en caso de que haya indicado uno.
 - ix) Si el tribunal arbitral llegara a la conclusión de que no cabe dictar un laudo definitivo, puede dictar una orden de conclusión del procedimiento.
 - x) En caso de resolverse que una demanda o una cuestión de hecho o de derecho de la misma carece manifiestamente de fundamento, el demandante no podrá plantear la misma demanda en una etapa posterior del proceso, aún cuando la cuestión sea de carácter competencial.
 - xi) Si una excepción no se admite o se desestima en caso de admitirse, se permitirá a la parte que la haya invocado que alegue en una etapa posterior que la demanda carece de fundamento.

3. La incorporación de la desestimación temprana a las Notas sobre la organización del proceso arbitral de la CNUDMI.

19. Reunido el Grupo de Trabajo en su 76º período de sesiones del 10 al 14 de octubre de 2022 para revisar el texto propuesto por la Secretaría, consideró primero la forma de presentación en cuanto a la conveniencia de incorporarlo al documento denominado “Notas sobre la organización del proceso arbitral” aprobadas por la Comisión en 1996 y revisadas en 2016 (las “Notas de la CNUDMI”),⁴⁶ que fueron preparadas para los procedimientos de arbitraje comercial de carácter internacional, con la finalidad enumerar y describir brevemente los asuntos relacionados con la organización del proceso arbitral, para su uso general y universal, con independencia de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral. Entrando al análisis del texto de la Secretaría, el Grupo de Trabajo, acordó lo siguiente:

- i) En relación con la materia de la desestimación temprana, se acordó que el criterio que habría de aplicarse para la desestimación de una demanda o una contestación habría de ser amplio y extenderse tanto a cuestiones de hecho como de derecho.⁴⁷
- ii) En cuanto a la posibilidad de que sean objeto de desestimación temprana cuestiones competenciales, se propuso aclarar que, incluso si una parte pudiera presentar una petición en que se alegara que una demanda caía “manifiestamente” fuera de la competencia del tribunal arbitral de conformidad con el procedimiento de desestimación temprana y el criterio pertinente aplicable, ello no debería impedir al tribunal arbitral plantear o resolver una cuestión de competencia según el criterio establecido en el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.⁴⁸

⁴⁶ A/CN.9/1123, *Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 76º período de sesiones*, 17 de octubre de 2022, párr. 14, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 18 y 20.

⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 26-27.

- iii) Sobre la oportunidad del planteamiento, el Grupo de Trabajo acordó dejar claro: (i) que la parte que plantee la petición deberá hacerlo lo antes posible tras la presentación de una demanda o contestación, y (ii) que en caso de que el tribunal arbitral inicie el procedimiento de oficio, que sea aconsejable hacerlo en una etapa temprana de proceso arbitral.⁴⁹
- iv) Respecto de la carga de la prueba sobre la justificación de la medida solicitada, se propuso que el texto no fuese prescriptivo.⁵⁰
- v) Acerca del trámite de la solicitud, se indicó: (i) que el tribunal arbitral debe estar obligado a invitar a las partes a expresar su opinión sobre la solicitud, y (ii) que se explique que es una práctica habitual que el tribunal arbitral oriente a las partes sobre el trámite que se dará a la solicitud.⁵¹
- vi) El Grupo de Trabajo indicó la importancia que tenía que las resoluciones estuvieran motivadas⁵² y consideró que la decisión que se emitiera podría ser una resolución o un laudo sobre el fondo, dependiendo si la petición prosperaba o no, debiéndose contemplar la situación en que el proceso siguiera adelante con respecto a todas las demandas que no se desestimaran.⁵³
- vii) Respecto de los efectos de la resolución, el Grupo de Trabajo consideró: (i) que para el caso de que una demanda fuese desestimada, dicha demanda no podría ser planteada nuevamente en el proceso, y (ii) que habría de eliminarse en este punto la referencia a las cuestiones competenciales.⁵⁴

20. El Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría la preparación de una versión revisada del texto orientativo para incorporarse a las Notas de la CNUDMI.⁵⁵ La Secretaría presentó una versión revisada del texto orientativo para la el 77º período de sesiones del Grupo de Trabajo realizado del 6 al 10 de febrero de 2023.⁵⁶ El Grupo de Trabajo acordó cambios específicos al documento sometido a su revisión, siendo los siguientes los más relevantes: en cuanto a las cuestiones susceptibles de resolverse mediante la desestimación temprana o una determinación preliminar, se acordó incluir cuestiones competenciales, precisando que el texto orientativo sobre las facultades discrecionales del tribunal arbitral no afectaba ni al criterio jurídico ni a los plazos establecidos en reglamento de arbitraje aplicable;⁵⁷ respecto de la oportunidad procesal, se acordó mantener en el texto la indicación de que la solicitud debe presentarse lo antes posible, pero sin hacer referencia alguna a un momento específico⁵⁸ a propósito de la admisibilidad de la solicitud, se acordó aclarar que el tribunal arbitral no tenía la obligación de examinar una solicitud de desestimación temprana formulada por una de las partes;⁵⁹ se indicó que entre las circunstancias que determinarán la forma de la decisión sobre la desestimación temprana, se incluyen el reglamento aplicable;⁶⁰ y con relación al texto de la nota de la Secretaría que apuntaba a la preclusión del derecho de reintroducir en una etapa posterior del arbitraje las alegaciones que sean objeto de una petición de desestimación temprana que no fuese admitida o que resultare desestimada, el Grupo de Trabajo acordó eliminar ese texto por considerar que, aun cuando el tribunal arbitral denegara una solicitud de desestimación temprana y no desestimara una demanda o una contestación, había supuestos en que no

⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 23-25.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 28.

⁵¹ *Ibidem*, párrs. 21, 25 y 31.

⁵² *Ibidem*, párr. 33.

⁵³ *Ibidem*, párr. 34.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 36-37.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 40-42.

⁵⁶ A/CN.9/WG.II/WP.230, *Desestimación temprana y determinación preliminar*, 24 de noviembre de 2022, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

⁵⁷ A/CN.9/1129, *Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 77º período de sesiones, 23 de febrero de 2023*, párrs. 14-15 y 24-27, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

⁵⁸ *Ibidem*, párrs. 18-19.

⁵⁹ *Ibidem*, párrs. 21 y 23.

⁶⁰ *Ibidem*, párrs. 31-32.

sería apropiado permitir que la parte solicitante adujera el mismo argumento en una etapa posterior del proceso, y que el tribunal debía tener la posibilidad de decidir si permitía a las partes hacerlo.⁶¹

21. El Grupo de Trabajo convino en que el texto sobre la desestimación temprana fuese ubicado al final de las Notas de la CNUDMI, con el numeral 21, redactándose así por la Secretaría.⁶² Esta versión fue aprobada finalmente por la Comisión en su 56º período de sesiones realizado del 3 al 21 de julio de 2023,⁶³ el cual se sintetiza a continuación:

- i) Al ser parte de las Notas, se hace referencia a que numerosos reglamentos de arbitraje otorgan discrecionalidad al tribunal arbitral para dirigir el arbitraje, sujeto a: (i) la obligación de otorgar a las partes trato igualitario y plena oportunidad de hacer valer sus respectivos derechos, (ii) evitar demoras y gastos innecesarios, y (iii) llegar a una solución justa y eficaz de la controversia entre las partes
- ii) La discrecionalidad otorgada al tribunal arbitral incluye la facultad para, a instancia de parte o *ex officio*, proceder a una desestimación temprana mediante: (i) la desestimación una demanda o una contestación que carezca manifiestamente de fundamento, (ii) la determinación que el tribunal arbitral carece manifiestamente de competencia para entender de una demanda o contestación, o (iii) la adopción de una determinación preliminar al efecto.
- iii) La facultad del tribunal arbitral para decidir que carece manifiestamente de competencia como cuestión de desestimación temprana no es incompatible con la regulación prevista en las leyes o el reglamento de arbitraje aplicable para que el tribunal arbitral decida sobre su propia competencia.
- iv) La solicitud de desestimación temprana de una demanda o una contestación deberá hacerse lo antes posible.
- v) Al examinar esa solicitud o iniciar el procedimiento por iniciativa propia, el tribunal arbitral invitará a las partes a expresar su opinión.
- vi) El ejercicio de la facultad discrecional para realizar una desestimación temprana depende de las circunstancias y del reglamento de arbitraje aplicable. Al determinar si se ha de iniciar o no ese procedimiento, el tribunal arbitral habrá de tener en cuenta diversos factores, como la etapa en que se encuentre el proceso, si dará lugar a demoras o gastos innecesarios o si dificultará un proceso justo y eficaz
- vii) El tribunal arbitral exigirá normalmente a la parte que formule la solicitud que aduzca los motivos que la justifiquen y puede exigirle que demuestre que el procedimiento de desestimación temprana agilizará el proceso en su conjunto.
- viii) Una vez determinado el tribunal arbitral a iniciar un procedimiento de desestimación temprana, invitará a las partes a expresar su opinión, indicará el procedimiento que seguirá y posiblemente el plazo en el que se pronunciará, que habrá de ser razonablemente breve. El tribunal arbitral debería asegurarse de que las partes tengan una oportunidad razonable para preparar y presentar sus argumentos.
- ix) El tribunal arbitral debe pronunciarse tan pronto como sea posible y dentro del plazo indicado.
- x) La decisión sobre la desestimación temprana puede revestir la forma de resolución o laudo, dependiendo de las circunstancias. El laudo que se dicte puede ser parcial o definitivo
- xi) Dependiendo de la naturaleza de la decisión y sus efectos en el proceso, tal vez no sea necesario que el tribunal arbitral prosiga con las actuaciones o examine todas las demás cuestiones del caso.

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 35-36.

⁶² A/CN.9/1145, *Desestimación temprana y determinación preliminar*, 26 de abril de 2023, disponible en: <uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration>.

⁶³ A/78/17, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, párrs. 136-142, Anexo VII, disponible en: <uncitral.un.org/es/commission>. La CNUDMI publicó una versión en inglés del texto consolidado de las Notas de la CNUDMI, disponible en: <uncitral.un.org/en/texts/arbitration>.

- xii) El tribunal arbitral habrá de motivar la decisión que emita. Si esa motivación no es obligatoria de conformidad con la ley aplicable, las partes podrán acordar que la decisión no se motive.

4. Relevancia de la inclusión de la desestimación temprana en las Notas de la CNUDMI

22. No puede subestimarse el significado de la inclusión de la desestimación temprana en las Notas de la CNUDMI. La representatividad de los diversos Estados miembros en la Comisión, aunada a la participación en las sesiones del Grupo de Trabajo de numerosas y diversas organizaciones del arbitraje comercial internacional,⁶⁴ le otorga al documento una autoridad que pocos instrumentos tienen en la práctica arbitral. Asimismo, el carácter del documento, cuya finalidad es que sea utilizado de manera general y universal,⁶⁵ lo coloca entre los instrumentos de *soft law* de mayor importancia,⁶⁶ como un compendio de mejores prácticas tendiente a promover la armonización de la práctica arbitral.⁶⁷

Algunos observadores de las deliberaciones la Comisión sobre la desestimación temprana elevaron su voz tanto para prevenir contra su posible adopción, como para encomiar el proyecto. Para algunos, la adopción de la desestimación temprana por la CNUDMI presentaba un avance sin garantías, una extrapolación de la cultura jurídica anglosajona que pone en riesgo la expectativa de las partes para hacer valer sus derechos plenamente.⁶⁸ Otros aplaudieron la posibilidad de que la Comisión adoptara la desestimación, al observarse que en la práctica arbitral los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana están funcionando y han permitido que, en algunos casos, los plazos de resolución de las disputas se vean reducidos.⁶⁹ Habrá que continuar observando la práctica arbitral para evaluar la aplicación de la desestimación temprana, la cual, habiendo recibido el sello de legitimidad que le otorga su incorporación a las Notas de la CNUDMI, será un instrumento más en el catálogo de herramientas disponibles para las partes y los árbitros para una eficiente conducción del procedimiento arbitral

⁶⁴ A/CN.9/969, *op. cit.* n. 28, párr. 6; A/CN.9/1003, *op. cit.* n. 35, párr. 8; A/CN.9/1010, *op. cit.* n. 37, párr. 9; A/CN.9/1049, *op. cit.* n. 38, párr. 10; A/CN.9/1085, *op. cit.* n. 42, párr. 8; A/CN.9/1123, *op. cit.* n. 46, párr. 6; A/CN.9/1129, *op. cit.* n. 57, párr. 6.

⁶⁵ *Vid. supra*, párr. 19.

⁶⁶ F. DASSER, “*Soft Law*” in *International Commercial Arbitration*, Brill, 2021, (ebook), pp. 76-79.

⁶⁷ M. L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2017, (ebook), p. 27; G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2021, (ebook), pp. 70-71, 73-74.

⁶⁸ C. ESPLUGUES MOTA, “¿Eficiencia v. justicia en el plano arbitral: dilema ficticio o selección unidireccional? En torno a la figura de la desestimación temprana de la demanda”, en S. BARONA VILAR (ed.) *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*, Valencia, Tirant, 2022, pp. 374-376.

⁶⁹ M. CERRADA PÉREZ, “Reflexión sobre la determinación preliminar y la desestimación temprana a propósito del 76º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI”, *La Ley, Mediación y Arbitraje*, nº 13 (octubre-diciembre), 2022.

Neuroderechos: relevancia jurídica y regulación a través de Derecho comparado

Neurorights: legal relevance and regulation through comparative law

MARÍA TRINIDAD PLÁ HERRERO

Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid

Derecho de las nuevas tecnologías

ORCID ID: 0009-0002-5306-0165

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2025.9346

Resumen: La neurotecnología ha avanzado hasta tal punto que ya es posible conocer los pensamientos e incluso interferir en el proceso cognitivo y en la conducta de las personas. Esto plantea una serie de cuestiones vinculadas a la ética y a la filosofía del Derecho en el marco de los derechos humanos. Es en este contexto donde nacen los neuroderechos, cuya propuesta pretende dar respuesta a la incipiente necesidad de otorgar protección jurídica al subconsciente de la mente humana. El presente artículo profundiza en estas cuestiones éticas y filosóficas estudia las diferentes propuestas actuales de los neuroderechos y ofrece un análisis de su regulación a través del Derecho comparado, con el fin de extraer conclusiones acerca de su relevancia jurídica.

Palabras clave: Neurotecnología, inteligencia artificial, derechos humanos, neuroderechos

Abstract: Neurotechnology has advanced to such an extent that it is now possible to know people's thoughts and even interfere in their cognitive processes and behavior. This raises a series of questions related to ethics and the philosophy of Law within the framework of human rights. It is in this context where neuro-rights are born, whose proposal aims to respond to the emerging need to grant legal protection to the subconscious of the human mind. This article explores these ethical and philosophical issues in depth, studies the different current proposals of neuro-rights and offers an analysis of their regulation through comparative law, in order to draw conclusions about their legal relevance.

Keywords: Neurotechnology, artificial intelligence, human rights, neuro-rights

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones generales y estado de la cuestión. 1. Del cerebro a la mente. Dualidad mente-cuerpo. 2. La neurotecnología. III. Cuestiones éticas y filosóficas Derechos humanos, derechos fundamentales e introducción al concepto de neuroderechos. A) Derechos humanos, derechos fundamentales y neurotecnología. B) ¿Qué son los neuroderechos? Nacimiento y evolución. IV. Las diferentes propuestas de los neuroderechos. Debate doctrinal. 1. Propuesta del Grupo *Morningside*. A) Derecho a la privacidad mental. B) Derecho a la identidad personal. C) Derecho al libre albedrío. D) Derecho al acceso equitativo a tecnologías de aumento mental. E) Derecho a la protección contra sesgos de algoritmos de inteligencia artificial. 2. Propuesta de Marcello Ienca y Roberto Andorno. A) Derecho a la privacidad mental. B) Derecho a la libertad cognitiva. C) Derecho a la integridad mental. D) Derecho a la continuidad psicológica. 3. Otras propuestas relevantes de derechos relacionados con la neurotecnología. 4. Debate doctrinal. Algunas opiniones a favor y en contra. V. Iniciativas regulatorias y políticas desde el prisma del Derecho comparado. 1. Ámbito internacional y organizaciones supranacionales. 2. España, algunos países de América Latina y Estados Unidos. 3. Otros países de Europa. VI. Valoración crítica. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. *La libertad de pensar en silencio no se discute, se consigna. Como nadie trepana la bóveda de nuestro cráneo para escudriñar la fermentación de las ideas, hablamos con nosotros mismos sin que nuestras voces interiores vayan a resonar en tímpanos ajenos ni a grabarse en cilindros fonográficos. Lejos de inquisidores y tiranos, poseemos un asilo inviolable donde rendimos culto a los dioses que nos place, donde erigimos un trono para los buenos o un patíbulo para los malos.* Estas palabras pertenecen al pensador y ensayista peruano Manuel González Prada¹. En este artículo resultan muy beneficiosas para reflexionar sobre lo poderoso de la mente como último refugio de libertad, donde pueden albergarse las propias ideas y pensamientos en un ámbito privado que no puede ser quebrantado. Pero, ¿qué pensaría el Sr. González Prada ahora que, un siglo después, la ciencia y la tecnología abren la posibilidad de descubrir el subconsciente de la persona? Probablemente no se lo creería, aunque lo cierto es que, actualmente, la neurotecnología permite no sólo descifrar los pensamientos, sino también interferir en el proceso cognitivo y, consecuentemente, en la conducta de las personas. Y no, no estamos hablando de ciencia ficción el mundo de las ideas o pensamientos –también conocido como el subconsciente de la mente humana– se encuentra desprotegido, toda vez que puede ser objeto de intrusión por parte de un tercero.

2. Y aquí es donde se plantea la problemática. No cabe duda de que la evolución en el campo de la neurotecnología viene acompañada de enormes consecuencias positivas, pero, ¿qué hay de las implicaciones en el marco ético y filosófico del Derecho? ¿Supone el avance científico una limitación a los derechos humanos? ¿Se encuentra debidamente regulada la protección de estos derechos frente a unas técnicas que permiten conocer el subconsciente de la mente e interferir en él? El presente artículo trata de valorar estas cuestiones y de dar respuesta a las mismas.

3. En este trabajo, por lo tanto, se realizará un análisis sobre los avances de la neurotecnología –con relación a aquellas técnicas que permiten descodificar el contenido de la actividad cerebral y que, por lo tanto, abren la posibilidad de “leer la mente” e interferir en el proceso cognitivo y conductual humano–, en conexión con la problemática que esto conlleva en el campo de la filosofía y ética del Derecho dentro del marco de los derechos humanos. Se ofrecerá un estudio, asimismo, sobre el nacimiento y desarrollo de los “neuroderechos” y se expondrán diferentes teorías, propuestas y opiniones al respecto de diferentes autores. A continuación, se estudiarán diversas propuestas políticas y regulatorias que están siendo incorporadas al ámbito nacional e internacional por medio de Derecho positivo y *soft law*² mediante un análisis a través de Derecho comparado, para finalmente aportar unas valoraciones y conclusiones acerca de la relevancia jurídica de los mencionados neuroderechos.

II. Consideraciones generales y estado de la cuestión

1. Del cerebro a la mente. Dualidad mente-cuerpo

4. El cerebro es, desde luego, el órgano más fascinante del cuerpo humano. Tal fascinación ha suscitado un gran interés que ha trascendido de lo filosófico a lo científico. La filosofía ha tratado, por su parte, de determinar la relación entre nuestros estados mentales y nuestros estados corporales, generalmente físicos, mediante lo que conocemos como el “problema mente-cuerpo”. Es de la teoría del dua-

¹ M. GONZÁLEZ PRADA, *Horas de lucha*, Latin American Collection, 1908, p. 43.

² Según el Diccionario Panhispánico del español jurídico, el término *soft law* se define mediante estas dos acepciones

1. Int. priv. Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

2. Int. púb. Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa.

lismo cartesiano de donde nace la concepción filosófica moderna de este problema. Descartes defendió la separación entre mente y cuerpo como dos sustancias diferenciadas que se relacionan entre ellas. El cuerpo (*res extensa* o mundo material) y la mente (*res cogitans*, experiencia consciente o pensamiento) interactúan entre sí por medio de la glándula pineal, la cual recibe datos de los sentidos a través del sistema nervioso. La teoría cartesiana ha sido objeto de numerosas críticas que, desde la vertiente filosófica de la metafísica, han venido tratando de dar una respuesta alternativa correcta³.

5. Lo anterior es sólo una aproximación al problema que en ningún modo pretende ofrecer una respuesta al dilema planteado. Sin embargo, sí que resulta conveniente subrayar que este planteamiento filosófico va más allá de un mero ejercicio discursivo, toda vez que ha servido para sentar las bases de un pensamiento o corriente científica que busca descifrar el funcionamiento del cerebro y que ha realizado grandes esfuerzos por tratar de explicar cómo lo cerebral o físico se transforma en lo mental o psíquico cuando pensamos. Todos estos esfuerzos se han visto recompensados, pues en la actualidad ya es posible conocer los procesos neuronales del cerebro que subyacen al subconsciente, a las emociones, al razonamiento y al comportamiento observable, y todo esto gracias a los avances científicos de la neurotecnología.

2. La neurotecnología

6. Para poder comprender la envergadura del asunto, propongo comenzar por tratar de definir qué es la neurotecnología y conocer cómo trabaja y cuáles son sus aplicaciones prácticas. La neurotecnología es una de las ramas de la neurociencia, entendida ésta como la ciencia que estudia el cerebro humano y el sistema nervioso. La neurotecnología aplica herramientas tecnológicas para registrar e interpretar, mediante la decodificación por medio de algoritmos, la información procedente de la actividad cerebral. En concreto, la neurotecnología se encuadra dentro de las ramas de la neurociencia cognitiva, la cual estudia la relación entre el sistema nervioso y los procesos mentales, es decir, estudia cómo el cerebro recibe, integra y procesa la información.

7. La neurociencia cuenta con numerosas aplicaciones médicas. Entre otras, se encuentran la rehabilitación de pacientes con enfermedades neurológicas y con limitaciones funcionales y el tratamiento psicológico de trastornos por estrés postraumático, ansiedad y fobias. Para ello, la neurociencia se vale de la neurotecnología y de la ingeniería neuronal. Por poner un ejemplo práctico que relacione neurociencia y neurotecnología, la primera buscaría comprender las causas que hay tras la enfermedad del Parkinson, mientras que la segunda estudiaría la aplicación de las tecnologías en el cerebro al objeto de superar o prevenir dicha enfermedad.

8. A la neurotecnología se le pueden atribuir múltiples usos en ámbitos distintos al de la medicina: aumento de las capacidades cognitivas o control sobre el entorno, como las tecnologías para la mejora humana (*enhancement*⁴), comunicación personalizada, entretenimiento, análisis de marketing (*neuromarketing*⁵), así como usos con fines militares y de seguridad nacional

³ A modo ejemplificativo, autores como Paul M. Churchland defienden que el hecho de que el enfoque dualista sea la teoría más popularizada se debe al fuerte arraigo que tiene la misma en la mayoría de las religiones universales y a que ésta ha sido la hipótesis dominante a lo largo de la historia de occidente (P. M. CHURCHLAND, *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, Gedisa Editorial, 2009, p. 24). Sin embargo, Churchland critica el dualismo cartesiano por abrir la posibilidad de supervivencia de la mente tras la muerte del cuerpo cuando no existen pruebas empíricas de ello (P. M. CHURCHLAND, ob. cit., p. 28).

⁴ Según el documento *Human Enhancement Study* publicado en 2009 por el *Science and Technology Options Assessment* (STOA), el *enhancement* es definido como *aquella modificación destinada a mejorar el rendimiento humano individual y provocada por intervenciones en el cuerpo humano basadas en la ciencia o la tecnología*. *Science and Technology Options Assessment* (STOA). Parlamento Europeo. *Human Enhancement Study*, 2009, p. 17. ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2009/417483/IPOL-JOIN_ET\(2009\)417483_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2009/417483/IPOL-JOIN_ET(2009)417483_EN.pdf)). Traducción hecha por mí.

⁵ El *neuromarketing* entendido como la técnica que estudia los procesos mentales que se encuentran relacionados con los comportamientos y/o hábitos de compra de las personas y que ayuda a predecir los mismos.

9. Como hemos indicado anteriormente, la neurotecnología trabaja utilizando una serie de herramientas tecnológicas -como son las máquinas y ciertos sistemas de inteligencia artificial- que conecta con el sistema nervioso central. De este modo, se configuran diferentes técnicas que podrían dividirse en invasivas y no invasivas. Las primeras estudian la actividad cerebral desde el interior del cráneo, por lo que requieren operación quirúrgica para el injerto de electrodos o implantes neuronales, mientras que las segundas estudian la actividad cerebral desde el exterior del cráneo y, por lo tanto, no implican intervención quirúrgica. Ejemplos de técnicas invasivas serían los electrodos para curar la parálisis o los implantes para restaurar los sentidos. Ejemplos de técnicas no invasivas serían las técnicas de neuroimagen (como la resonancia magnética, el electroencefalograma y la magnetoencefalografía).

10. Lo cierto es que, a día de hoy, mediante la aplicación de la inteligencia artificial a la neurotecnología, es posible “leer la mente”, en el sentido de que es factible descifrar los pensamientos, así como también interferir en el proceso cognitivo y, consecuentemente, en la conducta de las personas⁶. A continuación, daremos algunos ejemplos ilustrativos, de los muchos que hay, que vienen a sostener esta afirmación. En 2011, el neurólogo norteamericano Jack Gallant consiguió diseñar un dispositivo capaz de reconstruir las imágenes que ve una persona mediante un escaneo del cerebro que analiza la actividad mental. En 2013, un grupo de científicos consiguieron traspasar la actividad cerebral de una persona a una rata mediante impulsos eléctricos cerebrales, consiguiendo que el animal moviera su cola a voluntad de la persona⁷. En 2021, la empresa estadounidense *Kernel* diseñó unos cascos llamados *Flux* y *Flow* que son capaces de leer el cerebro a tiempo real mediante el análisis de los impulsos eléctricos, el flujo sanguíneo y la actividad cerebral. La empresa *Neuralink*, de Elon Musk, ha desarrollado recientemente un sistema de implantes quirúrgicos que son insertados en el cerebro humano mediante un chip que conecta el cerebro a una máquina. Este sistema de interfaz es capaz de leer las señales del cerebro y estimular los nervios y los músculos, con el fin de curar trastornos neurológicos y otros tipos de discapacidades, incluso de movilidad.

11. Los casos expuestos representan una pequeña parte de lo que la neurotecnología es capaz de conseguir. Me permito repetir las palabras de Marcello Ienca y Roberto Andorno en cuanto a que *se ha probado que la capacidad de las técnicas de neuroimágenes de mapear las funciones del cerebro es también eficaz en la obtención de información sobre las intenciones, puntos de vista y actitudes de las personas*⁸. La técnica de neuroimagen denominada electroencefalografía es capaz de detectar determinadas reacciones emotivas mediante la aplicación de un sensor en la superficie del cráneo para registrar las ondas que son producidas por medio de los impulsos nerviosos del cerebro. Así, con el programa adecuado, se hace factible la generación de un repertorio de signos telepáticos, con lo que se abre paso a comprender la relación de estados mentales y comportamiento. Asimismo, se posibilita la generación de signos mentales suficientemente concretos que pueden dirigir robots o sistemas operativos. Se cree, además, que la neurotecnología *permitirá la creación de dispositivos capaces de amplificar nuestros sentidos, así como de acceder a nuestra memoria o de modificar nuestros recuerdos*^{9 10}.

⁶ En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su publicación de 2023 titulada *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights* indica que el campo de la neurotecnología engloba, en un sentido amplio cualquier dispositivo o método electrónico que pueda utilizarse para leer o modificar la actividad de las neuronas del sistema nervioso. (UNESCO, *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights*, 2023a, p. 3. <https://doi.org/10.54678/POGS7778>). La traducción es mía.

⁷ El artículo del estudio se publicó en la revista *Plos One*. S. S. Yoo et al. “*Non-Invasive Brain-to-Brain Interface (BBI): Establishing Functional Links between Two Brains*”, *Plos One*, 8, 4, 2013. (<https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0060410&type=printable>) La traducción es mía.

⁸ M. IENCA Y R. ANDORNO, “Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología”, *Análisis filosófico*, 41, 1, 2021, pp. 141-185. (<http://analisisfilosofico.g/index.php/af/article/view/386/295>). Traducción hecha por A. Wainerman Paz.

Artículo original en inglés: M. IENCA Y R. ANDORNO, “*Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*”, *Life Science*, 13, 5, 2017. (<https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>).

⁹ En palabras de W. MUÑOZ CÉSPEDES, en el Congreso titulado “Regulación de las neurotecnologías. Derechos Humanos, actualización y trascendencia Especial: Regulación de Neurotecnologías, Inteligencia Artificial y Plataformas digitales (Parte 2)”, que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2021. (<https://www.youtube.com/watch?v=nBhk16JrWvU>).

¹⁰ De hecho, una investigación realizada en 2017 por un equipo de científicos del Instituto *Weizmann* de Ciencias de Israel

12. Todo lo anterior implica una serie de cuestiones cruciales dentro del campo de la filosofía y la ética del Derecho en el marco de los derechos humanos que serán abordadas en los siguientes apartados. *A medida que las neurotecnologías que eluden las vías naturales de entrada sensorial y salida motora del cerebro se integren cada vez más en la función cerebral y produzcan cambios en las células cerebrales y sus conexiones, exigirán una reevaluación de lo que significa exactamente ser humano. Esta reevaluación será necesaria en múltiples niveles: filosófico, teológico, biológico, ético, jurídico y social. Es probable que sea comparable en complejidad y dificultad a la evaluación que requiere el reciente desarrollo de métodos para modificar el genoma humano*¹¹.

III. Cuestiones éticas y filosóficas: Derechos humanos, derechos fundamentales e introducción al concepto de neuroderechos

A) Derechos humanos, derechos fundamentales y neurotecnología

13. Cuando tomamos una decisión, se desencadena unas conexiones neuronales que obedecen a ciertos patrones de percepciones producidas relativamente de forma automática y condicionante de lo que entendemos que funciona como libre autonomía, autonomía de la voluntad o simplemente libertad de decisión¹² ¹³. La neurotecnología abre la puerta a amenazas sin precedentes para la dignidad de las personas y para los derechos humanos en su conjunto. La privacidad de nuestra mente es claramente uno de los valores clave en juego en este ámbito: las herramientas neurotecnológicas son capaces de registrar y almacenar un gran volumen y variedad de datos mentales, a los que potencialmente pueden acceder terceros sin el consentimiento del individuo, o con un consentimiento obtenido mediante fraude o coacción¹⁴. *Dado que la neurotecnología interactúa directamente con el cerebro, que es fundamental para la identidad humana, la autonomía, la privacidad y la prosperidad humana, su rápido avance y mercantilización plantea problemas éticos, legales y sociales únicos que deben abordarse*¹⁵. En concreto, la neurotecnología es potencialmente capaz de acceder de forma directa al cerebro, de forma que puede emular y manipular su estructura. Así, puede producir información sobre identidades, emociones y miedos. En combinación con la inteligencia artificial, pueden ponerse en riesgo bienes tan valiosos como la privacidad (incluida la privacidad psíquica o mental), la identidad, integridad y dignidad humanas, la libertad de pensamiento, la igualdad, la autonomía, el bienestar y la seguridad.

logró borrar recuerdos ligados al temor en ratones mediante la neutralización del mecanismo neuronal que forma los recuerdos vinculados al miedo en el cerebro. El estudio fue publicado en la revista *Nature Neuroscience* (O. KLAVIR et al. “*Manipulating fear associations via optogenetic modulation of amygdala inputs to prefrontal cortex*”, *Nature Neuroscience*, 20, 2017, pp. 836–844. La traducción es mía).

¹¹ UNESCO, 2023a, ob. cit., p. 16. Traducción hecha por mí.

¹² G. M. GANA, *Le neuroscienze e l'illusione della libertà*, Cleup, 2010, pp. 117 y ss.

¹³ Existe un estudio de 2017 publicado por S. Goering y su equipo publicado en la revista *AJOB Neuroscience* que se titula *Staying in the loop* y que concluye que los dispositivos neuronales de nueva generación de estimulación cerebral profunda (*Deep brain stimulation* (DBS) en inglés) pueden suponer una amenaza para lo que conocemos como la agencia, ya que pueden tomar el control de nuestras emociones o movimientos corporales. Estos dispositivos, diseñados para ajustar automáticamente los niveles de estimulación cerebral basándose en algoritmos computacionales, pueden dejar al agente fuera de control en áreas en la que el control consciente es un distintivo de nuestra agencia. Esto resulta especialmente preocupante en el área de los trastornos psiquiátricos, estos dispositivos se utilizan recurrentemente como terapia. S. GOERING et al. “*Staying in the Loop: Relational Agency and Identity in Next-Generation DBS for Psychiatry*”, *AJOB Neuroscience*, 8, 2, 2017, pp. 59-70. La traducción es mía.

¹⁴ *Estos terceros podrían ser muy variados: empresas con fines de marketing, empleadores interesados en mirar en la mente de sus empleados para controlar su concentración en el trabajo, escuelas que quieren escanear el cerebro de los niños para ver si prestan suficiente atención a las lecciones, e incluso Estados autoritarios interesados en identificar a los opositores al régimen. Además de la preocupación por la privacidad mental, las neurotecnologías también generan inquietud por la posible aparición de nuevas y más sofisticadas formas de control mental, y la urgencia de garantizar la libertad de pensamiento y la autodeterminación. Cabe señalar que la libertad de pensamiento no debe entenderse aquí únicamente en el sentido tradicional de que las personas deben ser libres de expresar sus opiniones o creencias (forum externum), sino en el sentido literal de la libertad de pensar por sí mismas sin ser vigiladas por otros (forum internum).* UNESCO, 2023a, ob. cit., p. 29. Traducción hecha por mí.

¹⁵ UNESCO, Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología, 2023b, p.2. (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016_spa).

14. Derechos humanos y derechos fundamentales tienen una estrecha vinculación. Mientras los derechos humanos poseen una proyección global y, por lo tanto, no tienen limitación territorial, los derechos fundamentales sí se ven limitados en tanto en cuanto se contienen dentro de las constituciones o cartas de derechos de los estados, naciones o países, e incluso de organizaciones supranacionales. Los derechos humanos tienen un auténtico y positivo carácter jurídico: cuando se incorporan a un sistema jurídico concreto, sufren una modificación formal y son consecuentemente transformados en derechos fundamentales, protegidos por medio de mecanismos jurídicos concretos¹⁶. *No puede haber filosofía de los derechos humanos ni derecho de los derechos humanos si una y otro se divorcian de la ética. [...] Que la raíz ética sea previa, no equivale a sostener que esa misma raíz ética deje de penetrar en lo jurídico y se juridice. Significa, solamente, que lo jurídico tiene una ascendencia moral, una filiación ética, de la cual se contagia o, en otros términos, que el fundamento ético penetra en la esencia de lo jurídico. En suma, los derechos humanos tienen un fundamento jurídico que el derecho toma de la ética*¹⁷. Así, el derecho de los derechos humanos tiene sus raíces en la ética del derecho debido a su aspiración de justicia, al igual que su previa filosofía. Es por ello por lo que la problemática ética y moral ocasionada a raíz de los avances de la neurotecnología incide en los aspectos filosófico de los derechos humanos y, consecuentemente, de los derechos fundamentales. A continuación, se ofrecerá una perspectiva acerca de cómo han ido surgiendo los neuroderechos como propuesta de nuevos derechos humanos con el fin de otorgar una particular y efectiva protección a los bienes jurídicos que se encuentran en riesgo frente al avance de la neurotecnología.

B) ¿Qué son los neuroderechos? Nacimiento y evolución

15. Los avances científicos de las últimas décadas en el campo de la biomedicina han conllevado una constante preocupación desde el prisma de los derechos humanos que ha quedado plasmada en una serie de documentos de índole científico-ética que han tratado de abordar la problemática en defensa de los derechos de la persona. Este camino ha ido asentando paulatinamente las bases del debate actual sobre lo que conocemos como los neuroderechos -que definiremos en las siguientes líneas- y del régimen jurídico internacional sobre derechos humanos y neurotecnologías. Podemos comenzar por la *Declaración de Helsinki* adoptada por la AMM (Asamblea Médica Mundial) de 1964¹⁸, que propone los principios éticos para la investigación médica en seres humanos, incluida la investigación del material humano y de información identificables; para continuar con el *Informe Belmont* de 1979¹⁹, que establece una serie de principios éticos y orientaciones respecto de la protección de los sujetos humanos en la experimentación biomédica y comportamental; seguido del *Informe de Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos* elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2002²⁰; y de la Conferencia mundial sobre Neuroética celebrada en San Francisco, en mayo de 2002²¹;

¹⁶ C. HUERTA, "Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos", *Derechos Humanos México*, 14, 2010, pp. 69-86. (<http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>).

¹⁷ G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

¹⁸ Con sus consecutivas enmiendas hasta 2013.

¹⁹ Creado por el creado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos. El informe es un referente en el campo de la bioética médica.

²⁰ Revisado posteriormente en 2009 para las pautas sobre los estudios epidemiológicos y en 2016, año en que alcanza su versión final. El informe establece una serie de principios éticos de aplicación en los protocolos de investigación médica con el fin de salvaguardar los derechos y el bienestar de los seres humanos

²¹ Que aborda problemas relacionados con la neuroética, en conexión con los problemas éticos asociados al desarrollo de la investigación en la neurociencia y en sus aplicaciones. En este sentido, podemos traer a colación la publicación de Wyre Sententia de 2006 titulada *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition* y publicada en la revista *Annals of the New York Academy of Science*, en la que se analizan los aspectos éticos de los desarrolladores tecnológicos NBIC (nano-bio-info-cogno por sus siglas en inglés) y se invita a reflexionar y a superar las barreras en beneficio de la ciencia. La autora es una de las defensoras del uso de estas tecnologías de control y afección de la cognición en beneficio de la ciencia. W. SENTENTIA, "Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition", *Annals of the New York Academy of Science*, 1013, 1, 2006, pp. 221-228. La traducción es mía.

para terminar con la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos* de la UNESCO de 2004²². La complejidad y dificultad que ha exigido el reciente desarrollo del método de modificación de genoma humano podría ser comparable al paradigma actual que plantea el desarrollo de la neurotecnología²³. El documento titulado *Human Enhancement Study* publicado en 2009 por el STOA (*Science and Technology Options Assessment*)²⁴ es el primer documento institucional europeo de carácter legal que analiza las cuestiones ético-jurídicas derivadas del uso de las técnicas científicas y tecnológicas en el cerebro humano con el objetivo de mejorar el rendimiento humano (técnicas de *enhancement*).

16. En medio de este contexto nace el concepto moderno de los *neuroderechos*²⁵. Esta nueva clasificación de derechos surge en el seno de una corriente de pensamiento jurídico que está emergiendo en la actualidad y que defiende que el conjunto de los derechos humanos no abarca el contenido esencial de aquellos bienes jurídicos que podrían resultar gravemente dañados por la neurotecnología, y por ello reclama un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos. Los avances en esta materia científica, que, como ya hemos señalado en diversas ocasiones, permiten una intrusión en el proceso cognitivo y conductual, son potencialmente peligrosos para la privacidad, la libertad de pensamiento, la identidad, dignidad e integridad, seguridad e igualdad del ser humano. Los neuroderechos buscan ofrecer protección jurídica específica a estos bienes jurídicos y podrían ser definidos como los *principios éticos, jurídicos, sociales o naturales de libertad o derecho relacionados con el dominio cerebral y mental de una persona; es decir, las reglas normativas fundamentales para la protección y preservación del cerebro y la mente humanos*²⁶.

17. Rafael Yuste, neurobiólogo español, es el ideólogo del proyecto de investigación norteamericano *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies* (BRAIN). Este proyecto fue impulsado en 2013 por Barack Obama con el objetivo de trazar un mapa tridimensional de la actividad de cada neurona del cerebro humano, posibilitando el registro de las comunicaciones de miles de neuronas a la vez. En otras palabras, lo que este proyecto busca es mapear toda la actividad neuronal del cerebro humano (*Brain Activity Map Project*) y, de esta forma, construir un cerebro humano al objeto de comprender cómo interactúan las células cerebrales y así poder desarrollar sistemas de prevención y tratamiento de diversas enfermedades relacionadas con el cerebro. El proyecto ha servido de inspiración a otros países como China, Japón, Corea del Sur, Australia, Israel, y a la Unión Europea, para impulsar proyectos similares, habiendo desarrollado ésta última el proyecto *Human Brain*, que complementa al norteamericano.

18. Es dentro del proyecto BRAIN donde se reunieron en 2017 en la Universidad de Columbia un grupo de veinticinco expertos (grupo que posteriormente comenzaría a llamarse Grupo *Morningside*) –académicos, clínicos, bioéticos y especialistas en inteligencia artificial– al objeto de analizar los efectos éticos y sociales de la revolución neurotecnológica que ellos mismos contribuían a impulsar. Ahí llegaron a la conclusión de que existían numerosas consecuencias éticas y sociales, además de un problema de derechos humanos, con base en la justificación de que, en la medida en que el cerebro genera la mente, el acceso y la modificación de la información cerebral afecta a la esencia misma del ser humano. La cuestión principal que acompañó sus reflexiones fue: *Si esto no es un problema de derechos humanos, ¿qué es un problema de derechos humanos?*²⁷ Podría decirse que de ahí es de dónde nació

²² Con el fin de garantizar el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en materia de recolección, tratamiento, utilización y conservación de los datos genéticos humanos, teniendo presentes los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad.

²³ UNESCO, 2023a, ob. cit., p. 16. Traducción hecha por mí.

²⁴ STOA, ob. cit., 2009.

²⁵ Digo moderno porque el concepto como tal fue acuñado en 1991 por J.S. Taylor, J.A. Harp y T. Elliott, quienes introducen el concepto de *neurolawyers* (neuroabogados), de donde podría decirse que nace el concepto de neuroderecho. J.S. TAYLOR, J. A. HARP, y T. ELLIOTT, “*Neuropsychologists and neurolawyers*”, *Neuropsychology*, 5, 4, 1991, pp. 293–305.

²⁶ Conforme a la definición que nos da Marcello Ienca. M. IENCA, “*On Neurorights*”, *Frontiers*, 15, 2021. (<https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258>). Traducción hecha por mí.

²⁷ R. YUSTE, “*Neurotecnología y Derechos Humanos*”, Honoris Causa, Universidad Carlos III de Madrid. 2020. (<https://www.uc3m.es/ss/Satellite/UC3MInstitucional/es/TextoDosColumnas/1371353404778/?d=Touch>.)

principalmente el concepto de neuroderechos o derechos cerebrales, que fueron introducidos por el Grupo *Morningside* en un *paper* publicado en la Revista *International Nature* en 2017, titulado *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, al objeto de concienciar y alertar a la sociedad^{28 29}.

19. Sin embargo, no es únicamente en el contexto del proyecto BRAIN donde se ha propuesto una clasificación de neuroderechos. También el equipo de investigación compuesto por Marcello Ienca, Doctor en Ética biomédica, y Roberto Andorno, jurista especializado en derecho biomédico y bioética, propuso en 2017, mismo año, una clasificación de los neuroderechos. Los autores plantearon estos nuevos derechos en su *paper* titulado *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology* publicado en la revista *Life Sciences, Society and Policy*^{30 31}. En el presente artículo analizaremos asimismo otras propuestas de derechos en defensa de la esfera de lo que podríamos denominar como libertad cognitiva, integridad y autodeterminación mental, que tendrían cabida dentro del concepto moderno de los neuroderechos. La mayoría de estas propuestas han sido ofrecidas con anterioridad a las propuestas de neuroderechos ya expuestas, y han podido influir, de un modo u otro, en las mismas. Mencionaremos a autores como R. G. Boire (2001), W. Sententia (2006), J. C. Bublitz y R. Merkel (2014), F. Pizzeti (2017) y A. Lavazza (2018).

20. La corriente creacionista de los neuroderechos, si bien ha sido objeto de ciertas críticas, que expondremos posteriormente, ha sido acogida positivamente por parte de la doctrina e incluso ha propiciado varias propuestas regulatorias y políticas en defensa de los derechos humanos frente al avance de la neurotecnología. Diversas voces incluso han propuesto la configuración de un marco ético global que contribuya a la orientación de la normativa nacional e internacional en defensa de los derechos y libertades de las personas, como veremos a continuación. *Es perfectamente concebible -y deseable- que, al igual que ocurrió con la "revolución genética", se elaboren normas internacionales específicas de derechos humanos para abordar la actual neurorevolución*³².

IV. Las diferentes propuestas de los neuroderechos. Debate doctrinal

21. A continuación, se van a dar varias pinceladas acerca del contenido esencial de las diferentes propuestas de neuroderechos y se va a tratar de establecer una relación entre todas ellas al objeto de proporcionar una información íntegra que sirva de aproximación a la cuestión. Las clasificaciones podrían ser, desde mi punto de vista, complementarias, ya que hacen referencia a bienes jurídicos que

²⁸ R. YUSTE, S. GOERING, et al., "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", *Nature*, 551, 2017, pp. 159-163. (<https://www.nature.com/articles/551159a#citeas>). Traducción hecha por mí. Rafael Yuste y su equipo hablan en este *paper* de las cuatro preocupaciones de la neurotecnología en defensa de una neurociencia responsable que asientan los principios de la propuesta de neuroderechos del Grupo *Morningside* y que son: privacidad y consentimiento; agencia e identidad; aumento de las capacidades; y sesgos.

²⁹ Rafael Yuste, junto con Jared Genser y Stephanie Herrmann publicó otro importante artículo en 2021 titulado *It's time for neurorights* en la revista *Horizons*, en el que se proponen los mismos neuroderechos que en el artículo de 2017 (R. YUSTE, S. GOERING, et al., 2017, ob. cit.): derecho a la identidad o capacidad de controlar la propia integridad física y mental; derecho a la agencia, libertad de pensamiento y libre albedrío para elegir las propias acciones; derecho a la privacidad mental o a la capacidad de mantener los pensamientos protegidos contra la divulgación; derecho a un acceso justo a la calibración mental o capacidad de garantizar que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnologías que se distribuyan de forma justa en la población; y derecho a la protección frente a los prejuicios algorítmicos o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios. Como indican los autores, estas áreas éticas se basan en y suponen una ampliación de los derechos humanos internacionales existentes para proteger la dignidad humana, la libertad y la seguridad, la igualdad, la no discriminación y la privacidad, que requieren especificaciones y modificaciones dado el carácter de la neurotecnología. R. YUSTE, J. GENSER, y S. HERRMANN, "It's time for neuro-rights", *Horizons*, 18, 2021, pp. 154-164. La traducción es mía.

³⁰ M. IENCA y R. ANDORNO, 2017, ob. cit.

³¹ Ambos autores hablan de esta propuesta de neuroderechos en un artículo de blog del año 2017 titulado *A new category of human rights: neurorights*. M. IENCA y R. ANDORNO, "A New Category of Human Rights: Neurorights", *BMC Blog Network*, 2017. (<https://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/>). La traducción es mía.

³² UNESCO, 2023a, ob. cit., p. 31. Traducción hecha por mí.

guardan estrecha relación entre sí y que, tomadas en su conjunto, enriquecen la propuesta de este marco normativo de derechos humanos en el campo de las neurotecnologías.

1. Propuesta del Grupo *Morningside*

22. La propuesta de Rafael Yuste, junto con el Grupo *Morningside*, se compone de cinco neuroderechos: el derecho a la privacidad mental, el derecho a la identidad personal, el derecho al libre albedrío, el derecho al acceso equitativo a tecnologías de aumento mental y el derecho a la protección contra sesgos de algoritmos de inteligencia artificial³³.

23. Estos nuevos derechos se conciben con una vocación de conexión directa con los derechos humanos que ya se encuentran reconocidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948 y en los diferentes tratados internacionales. El propósito de su identificación diferenciada es que adquieran una validez normativa más allá de meras recomendaciones o protocolos que pueden establecerse en el ámbito bioético, de forma que se permita su invocación directa³⁴.

A) Derecho a la privacidad mental

24. El interés del contenido esencial de este derecho es la protección del subconsciente de la mente humana frente a un descifrado no consentido. La propuesta define la privacidad mental como la intimidad de los pensamientos, emociones o recuerdos, que debe ser protegida frente a la obtención y mercantilización, e incluso frente a la alteración, de los datos mentales de forma no consentida. La defensa de la privacidad mental busca proteger a los individuos de la ilegítima interferencia en los datos privados de la mente, así como de la recopilación no consentida de dichos datos.

25. *La neurotecnología puede registrar y transmitir datos cerebrales y digitales relacionados con la actividad cerebral, lo cual puede vulnerar la privacidad mental. La mayor parte de los datos neuronales generados son inconscientes, lo que significa que una persona puede proporcionar, sin saberlo o sin querer, información a través de la neurotecnología que de otro modo no facilitaría. La información recabada y procesada por los neurodispositivos puede utilizarse para identificar a una persona o revelar su actividad cerebral, sobre todo cuando indica un trastorno neurológico o mental estigmatizante, y podría utilizarse con fines discriminatorios. Además de su aplicación médica, los datos neuronales son cada vez más solicitados en el mercado de consumo para fenotipado digital, información emocional, neurojuegos y neuromarketing. Esto plantea riesgos de uso indebido mediante piratería informática, reutilización no autorizada, extracción de datos sensibles para la privacidad, vigilancia digital, uso indebido de la información con fines delictivos, manipulación comercial y política y otros abusos. Por ello es necesario una definición y protección especiales de los datos neuronales. La interferencia de terceros en el funcionamiento de los dispositivos con fines no benignos o la piratería informática maliciosa también son graves motivos de preocupación*^{35 36}.

³³ Propuestos por primera vez en el artículo de 2017 titulado *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*. R. YUSTE, S. GOERING, et al., 2017, ob. cit.

³⁴ R. YUSTE, 2020, ob. cit.

³⁵ UNESCO, 2023b, ob. cit., p. 2.

³⁶ En este sentido se han pronunciado otros autores como A. Wajnerman Paz, quien, ¿en su *paper* de 2021 titulado *Is Mental Privacy a Component of Personal Identity?*, publicado en la revista *Frontiers*, desarrolla la teoría de Rafael Yuste y su equipo respecto al derecho a la privacidad mental. Wajnerman Paz entiende que la privacidad mental puede ser interpretada como una parte de nuestra identidad, y que este aspecto puede ser clave a la hora de comprender la privacidad mental y proteger la propia identidad de las personas frente a aquellas técnicas que permiten leer la mente. A. WAJNERMAN PAZ, “*Is Mental Privacy a Component of Personal Identity?*”, *Frontiers*, 15, 2021. (<https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.773441>). La traducción es mía.

B) Derecho a la identidad personal

26. Este derecho guarda una íntima relación con la capacidad que poseemos los humanos de tener una personalidad y una conciencia, las cuales conforman aspectos del ser humano que son generados por el cerebro. Es por ello por lo que la capacidad de alterar la personalidad y las conciencia incide directamente en la persona. La identidad personal es definida por este derecho como el conjunto de datos mentales concebidos como datos propios y personalísimos. Neurociencia y neurotecnología han permitido identificar que existen aspectos neurológicos que constituyen las características de la personalidad. Estos datos mentales deberían pertenecer al ámbito de la inviolabilidad amparada dentro de la identidad personal, al igual que se encuentran bajo protección otros datos personales como el nombre o la nacionalidad, la pertenencia a una etnia o comunidad religiosa, entre otros, que son concebidos como cualidades de nuestra realidad que nos vinculan con nuestro entorno más próximo y nos permiten identificarnos como individuos que formamos parte de una comunidad determinada³⁷.

27. Nuestra identidad personal puede diluirse a causa de la neurotecnología. Por ejemplo, mediante técnicas de modificación de la memoria, los individuos pueden optar por alterar el contenido de un recuerdo y, por tanto, cambiar su propia identidad personal. *La estimulación cerebral profunda, que permite a las personas recuperar la autonomía de movimientos, también puede suponer una amenaza para su auténtico yo, ya que la mente puede desorientarse por la presencia activa de un dispositivo técnico*³⁸.

C) Derecho al libre albedrío

28. El derecho de libre albedrío consiste en la capacidad de la persona de decidir en libertad. El enfoque del contenido de este derecho se hace desde una perspectiva externa, desde la privación por un tercero de la toma propia de decisiones. La libertad humana, que permite o legitima la propia responsabilidad de los actos cometidos, puede sufrir cambios importantes a causa de la neurotecnología, toda vez que, mediante estas injerencias externas, se puede interferir en nuestras preferencias, en nuestro comportamiento, o en nuestra capacidad de decisión³⁹. Lo anterior no sólo guarda estrecha vinculación con el concepto de privacidad mental, sino que además puede suponer un obstáculo al presupuesto legitimador de la responsabilidad por los actos cometidos.

29. Nuestra actividad cerebral nos permite ejercer nuestro libre albedrío, que está íntimamente conectado con nuestra identidad personal. Las herramientas externas que pueden interferir en nuestras decisiones pueden poner en duda, o incluso desafía, nuestro libre albedrío individual y, en consecuencia, nuestras responsabilidades individuales. La neurotecnología podría afectar nuestro cerebro y, por lo tanto, nuestra libertad de pensamiento, toma de decisiones y acción. Esto podría tener un profundo impacto en los sistemas de justicia y las organizaciones sociales.

D) Derecho al acceso equitativo a tecnologías de aumento mental

30. Este neuroderecho se encuentra relacionado con las tecnologías de *enhancement* y tiene una proyección para la ciudadanía en general en medio de un marco global en el que los seres humanos tratarán de incrementar sus capacidades cognitivas y mentales con las neurotecnologías, tanto invasivas como no invasivas. Esto abre la posibilidad de fractura y división de la sociedad, riesgo que podría evitarse con un principio universal de justicia que asegure el acceso equitativo a estas tecnologías.

³⁷ En palabras de P. RAMOS, en el Congreso titulado “Regulación de las neurotecnologías. Derechos Humanos, actualización y trascendencia Especial: Regulación de Neurotecnologías, Inteligencia Artificial y Plataformas digitales (Parte 2)”, que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2021. (<https://www.youtube.com/watch?v=nBhk16JrWvU>).

³⁸ UNESCO, 2023b, ob. cit., p. 2.

³⁹ P. RAMOS, ob. cit.

E) Derecho a la protección contra sesgos de algoritmos de inteligencia artificial

31. El último neuroderecho de esta propuesta es el derecho a la protección contra sesgos de algoritmos de inteligencia artificial. La información que la neurotecnología permita introducir en la mente del receptor será asumida como propia. Esa información introducida no estará libre de sesgos intencionalmente predeterminados, por lo que se hace esencial proteger al sujeto de sesgos en los algoritmos introducidos en su subconsciente.

32. *Los algoritmos que utilizan la mayoría de las neurotecnologías contemporáneas calculan medias o establecen patrones estándar a partir de los datos recabados, lo cual les permite clasificar a los individuos en grupos y contribuye a reforzar prejuicios y sesgos que pueden generar discriminación y fomentar la vulnerabilidad de determinados individuos y colectivos. Es necesario, pues, detectar estos sesgos y prejuicios en los algoritmos de clasificación y concebir formas de eliminarlos, antes que se implante la inteligencia artificial y las neurotecnologías de manera general en la sociedad*⁴⁰.

2. Propuesta de Marcello Ienca y Roberto Andorno

33. Marcello Ienca y Roberto Andorno proponen cuatro neuroderechos que podrían considerarse creados bajo un enfoque bastante similar al del Grupo *Morningside*, pero con ciertas diferencias en cuanto a su terminología y contenido esencial. Estos neuroderechos propuestos son: el derecho a la privacidad mental, el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la integridad mental y el derecho a la continuidad psicológica⁴¹.

A) Derecho a la privacidad mental

34. Al igual que el derecho a la privacidad mental propuesto por el Grupo *Morningside*, este derecho busca proteger el subconsciente de la mente humana frente a injerencias externas no consentidas que tengan el objetivo de decodificarlo. La propuesta define asimismo la privacidad mental en el sentido de integridad mental e intimidad de los pensamientos, emociones o recuerdos, que debe ser protegida frente a la obtención y mercantilización, e incluso frente a la alteración, de los datos mentales de forma no consentida. La defensa de la privacidad mental busca igualmente proteger a los individuos de la ilegítima interferencia en los datos privados de la mente, así como de la recopilación no consentida de dichos datos.

35. Para Ienca y Andorno, la defensa de la privacidad mental se sitúa en la misma línea que la privacidad de los datos de carácter personal en materia de protección de datos. Los datos que provienen de nuestra mente son susceptibles de ser considerados como información personal, o personalmente identificable, por lo que, a ojos de los autores, debería resultarles de aplicación la regulación en materia de privacidad y protección de datos, pero con salvaguardas específicas, toda vez que la naturaleza de los datos del cerebro tiene una serie de particularidades que hacen que estos datos sean sustancialmente diferentes. Es por ello por lo que podríamos situar el concepto de la privacidad mental en un puente entre el derecho propio a la privacidad mental y el derecho a la identidad personal y al libre albedrío.

B) Derecho a la libertad cognitiva

36. Ienca y Andorno coinciden con la propuesta del Grupo *Morningside* en cuanto a la definición de este derecho como la capacidad de la persona de ejercer su propia libertad para decidir. La li-

⁴⁰ UNESCO, 2023b, ob. cit., p. 2.

⁴¹ Propuestos en el artículo de 2017 titulado *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*. M. IENCA y R. ANDORNO, 2017, ob. cit.

bertad cognitiva consagra el derecho de los individuos a tomar decisiones libres y competentes relativas a su uso de la neurotecnología. En su connotación negativa, garantiza la protección de los individuos frente al uso coercitivo y no consentido de dichas tecnologías⁴². Para dotar de contenido al derecho a la libertad cognitiva, Ienca y Andorno toman como referencia la dicotomía de la “autodeterminación mental” según Bublitz, que contrapone dos principios fundamentales íntimamente relacionados como son el derecho de las personas a utilizar las nuevas neurotecnologías y el derecho a alterar los propios estados mentales con la ayuda de las herramientas neurocientíficas, así como negarse a hacerl⁴³.

C) Derecho a la integridad mental

37. Los autores proponen el derecho a la integridad mental como un neuroderecho más. Si bien el derecho fundamental a la integridad física y mental se encuentra expresamente recogido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los autores proponen una actualización del marco normativo para poder adaptarse a los avances neurotecnológicos y extender la protección del derecho a esta área. El derecho a la integridad mental es un derecho ya reconocido por la legislación internacional respecto a la promoción de la salud mental que debe ampliarse, en su opinión, para proteger también de la manipulación ilícita y nociva de la actividad mental de las personas que hacen posible las neurotecnologías. Entre las nuevas formas de amenaza a la integridad mental se cuentan la neuroestimulación no deseada, el *neurohacking* malicioso⁴⁴ y la manipulación de la memoria potencialmente perjudicial. Este derecho es particularmente relevante en el contexto de la seguridad nacional y de la neurotecnología militar.

D) Derecho a la continuidad psicológica

38. El derecho a la continuidad psicológica de Ienca y Andorno guarda estrecha relación con la propia identidad de las personas frente a la posibilidad de modulación o estimulación de la función cerebral para causar alteraciones en la función cerebral, que son potencialmente beneficiosas para los pacientes. La parte negativa de esto es que existe la posibilidad de generar alteraciones en los estados mentales críticos de la personalidad, lo que puede afectar a la identidad personal. La identidad de la persona está íntimamente ligada a su continuidad psicológica, consistiendo en la experimentación de la propia persona persistiendo a través del tiempo. El derecho a la continuidad psicológica pretende preservar la identidad de las personas y la continuidad de su vida mental, frente a la alteración externa no consentida de terceros.

39. A diferencia del derecho a la integridad mental, este derecho se aplica también a intervenciones no consentidas que pretenden cambiar la personalidad, aunque no impliquen un daño físico o psicológico directo a la víctima. El derecho a la continuidad psicológica es particularmente relevante también en relación con las estrategias de *marketing* invasivas⁴⁵.

⁴² M. IENCA, 2021, ob. cit.

⁴³ J. C. BUBLITZ, “*My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept*”, *Cognitive Enhancement*, 2013, 233–264. (DOI: 10.1007/978-94-007-6253-4_19).

⁴⁴ El derecho a la integridad mental parte del concepto de *brainhacking*. Este concepto se refiere a las actividades neurocriminales que influyen directamente en la computación neuronal de los usuarios de neurodispositivos de una manera similar a como se *hackean* las computadoras en los crímenes informáticos. Si esto ocurre, no sólo se vulnera la privacidad mental de los usuarios, sino también la integridad física y mental de la víctima. M. IENCA Y P. HASELAGER. “*Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and ethics of neurosecurity*”, *Ethics and Information Technology*, 28, 2, 2016, pp. 117-129.

⁴⁵ M. IENCA, 2021, ob. cit.

3. Otras propuestas relevantes de derechos relacionados con la neurotecnología

40. En 2001, Richard Glen Boire publica su obra *On Cognitive Liberty*, la cual forma parte de una serie de ensayos publicados entre 1999⁴⁶ y 2003. El autor desarrolla una serie de reflexiones sobre la libertad cognitiva en el contexto de los debates sobre la ética de la neuroimagen y la lectura de la mente. Define la libertad y autonomía cognitivas como *la piedra angular de cómo concebimos y aplicamos un derecho moderno al derecho a la intimidad*⁴⁷. Este ensayo sirvió de inspiración a Marcello Ienca en *On neurorights*⁴⁸, quien identifica los trabajos de R. G. Boire y W. Sententia⁴⁹ como pasos pioneros en los neuroderechos.

41. En 2006, la autora Wyre Sententia publica su artículo *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition*, en el que trata el concepto de la libertad cognitiva en el contexto del análisis del *enhancement* cognitivo. Sententia define la libertad cognitiva como *el derecho y libertad de controlar la propia mente y los procesos electroquímicos del pensamiento* y defiende que se garantice como un derecho fundamenta⁵⁰.

42. Jan Christoph Bublitz y Reinhard Merkel publicaron conjuntamente, en el año 2014 un *paper* titulado *Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination*⁵¹ en el que defienden el derecho humano a la autodeterminación mental y destacan la necesidad de que la ley proteja expresamente la esfera interior de las personas, así como sus estados mentales y pensamientos⁵². No obstante, como veremos, J. C. Bublitz es uno de los autores que se ha manifestado expresamente en contra de la inflación de derechos que supone el reconocimiento una nueva categoría de derechos como lo es el reconocimiento de los neuroderechos.

43. Federico Pizzeti, en 2017, lanzó una primera propuesta de una *Declaración Universal sobre Neurociencia y Derechos Humanos*⁵³ con el objetivo de determinar las directrices éticas y jurídicas internacionales para la neurociencia, que propone que sigan el esquema general de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* adoptado por la UNESCO en 2005 y que deben recalcar el valor de la dignidad humana y de la identidad personal.

44. En 2018, Andrea Lavazza publicó el *paper* titulado *Freedom of thought and mental integrity: the moral requirements for any neural prosthesis*⁵⁴ en el que defiende la existencia de un derecho a la integridad mental como derecho fundamental, frente a las prótesis neurales que pueden detectar y alterar los patrones de actividad y conexión neuronal⁵⁵.

⁴⁶ En el ensayo de 1999 *On Cognitive Liberty* I, R. G. Boire ya hace referencia a la libertad cognitiva y defiende su relevancia. R. G. BOIRE, “*On cognitive liberty I*”, *Journal of Cognitive Liberties*, 1999, pp. 7 y ss. La traducción es mía.

⁴⁷ R. G. BOIRE, 1999, ob. cit.

⁴⁸ M. IENCA, 2021, ob. cit.

⁴⁹ W. SENTENTIA, 2006, ob. cit.

⁵⁰ W. SENTENTIA, 2006, ob. cit.

⁵¹ J. C. BUBLITZ y R. MERKEL, “*Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination*”, *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014, pp. 51-77. (DOI: 10.1007/s11572-012-9172-y). La traducción es mía.

⁵² Marcello Ienca en *On Neurorights* (M. IENCA, 2021, ob. cit.) desarrolla ampliamente la obra de Bublitz de 2013 a 2016, en la que defiende su teoría sobre el derecho a la autodeterminación mental. Para más información, consultar: J. C. BUBLITZ, 2013, ob. cit.; J. C. BUBLITZ, “*Cognitive Liberty or the International Human Right to Freedom of Thought*”, *Handbook of Neuroethics*, 2015, pp. 1309–1333. (DOI: 10.1007/978-94-007-4707-4_166G); y J. C. BUBLITZ, “*Moral Enhancement and Mental Freedom*”, *Journal of Applied Philosophy*, 33, 2016, pp. 88-106 (<https://doi.org/10.1111/japp.12108>).

⁵³ F.G. PIZZETTI, “*A Proposal for a Universal Declaration on Neuroscience and Human Rights*”, *Bioethical Voices*, 10, 2017, pp. 3-6. (https://drive.google.com/file/d/0ByGdQDy_hOF7N1VfN084WThUX00/view).

⁵⁴ A. LAVAZZA, “*Freedom of Thought and Mental Integrity: the Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*”. *Frontiers*, 12, 82, 2018 (DOI: 10.3389/fnins.2018.00082).

⁵⁵ Obra que sirve de inspiración en el *paper* de Marcello Ienca en M. IENCA, 2021, ob. cit.

4. Debate doctrinal. Algunas opiniones a favor y en contra

45. Las propuestas de los neuroderechos han propiciado un amplio debate doctrinal entre posturas que se han situado tanto a favor como en contra de su conceptualización y reconocimiento dentro de la categoría de derechos humanos. En resumen, podríamos dividir tales opiniones en tres categorías: a favor totalmente, a favor con puntualizaciones, y en contra.

46. A favor totalmente de su reconocimiento e inclusión dentro de la categoría de derechos humanos podrían encontrarse autores como Philipp Kellmeyer⁵⁶, Antonio Garrigues y Luis Miguel González⁵⁷, Txetxu Ausín, Ricardo Morte y Aníbal Monasterio⁵⁸, junto con José Manuel Muñoz Vela⁵⁹, entre otros. Esta postura respalda la necesidad de la creación de nuevos derechos que protejan de forma específica el cerebro y la mente humanas. Podría concluirse que estos autores a favor entienden que el catálogo de derechos humanos y libertades es insuficiente para la protección frente a los retos emergentes de la neurotecnología y que estos nuevos derechos ofrecen amparo frente a esta laguna jurídica. Esta postura apoya la aceptación de los neuroderechos y su inclusión como nuevos derechos dentro del catálogo de derechos humanos. Esta visión a favor ha propiciado iniciativas de propuestas políticas y legislativas (mediante Derecho positivo y mecanismos de *soft law*) que se han posicionado expresamente a favor de la aceptación de esta nueva categoría de derechos humanos y que, incluso han propuesto incluirlos como derechos fundamentales dentro de los marcos legislativos nacionales, como veremos a continuación.

47. Otra sección doctrinal se posiciona a favor de la aceptación de los neuroderechos, pero con ciertas puntualizaciones. En este sentido, los autores que se sitúan en este bando entienden que los derechos humanos ya reconocidos en la regulación supranacional y/o nacional ya otorgan efectiva protección a los derechos de las personas frente a las nuevas neurotecnologías, pero sin embargo estas normas deben ser moduladas para poder ser interpretadas en el sentido más amplio. Stephen Rainey, Kevin McGillivray y otros defienden este punto de vista de adaptación de la legislación dado el carácter de especial sensibilidad de los datos cerebrales⁶⁰. Pablo López-Silva y Raúl Madrid podrían encontrarse también dentro de este sector de la doctrina, toda vez que su teoría se posiciona a favor de la concienciación acerca de la importancia del reconocimiento de los derechos en defensa de la mente frente a

⁵⁶ P. KELLMEYER, “*Neurorights. A Human Rights-Based Approach for Governing Neurotechnologies*”, *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence Interdisciplinary Perspectives*, 2021, pp. 412 – 426. La traducción es mía.

(DOI: <https://doi.org/10.1017/9781009207898.032>). El autor defiende que los derechos fundamentales existentes, consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en muchas leyes constitucionales nacionales (como el derecho a la libertad de pensamiento) proporcionan las bases normativas que deberán ser complementadas con nuevos derechos en defensa del cerebro y la mente humanas frente a las nuevas tecnologías, que deberán ser adoptados mediante leyes a nivel nacional y supranacional para una efectiva defensa de los mismos. De este modo, la conceptualización de los neuroderechos como derechos fundamentales con base científica y orientación normativa otorga una efectiva protección.

⁵⁷ A. GARRIGUES WALKER y L. M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana*, Aranzadi, 2024. En este libro, los autores defienden una postura a favor de la aceptación y asimilación de los neuroderechos como derechos fundamentales, desde el prisma del derecho interno español, que, a ojos de los autores, prevé mecanismos constitucionales para ello.

⁵⁸ T. AUSÍN, R. MORTE, y A. MONASTERIO ASTOBIZA, “Neuroderechos: Derechos humanos para las neurotecnologías”, *Diario La Ley*, 43, 2020, p. 6. Los autores, en este artículo, se posicionan a favor de la incorporación de este catálogo de derechos humanos y fundamentales.

⁵⁹ J. M. MUÑOZ VELA, “Avanzando en la regulación de la IA. Hacia un equilibrio entre ética, protección de los derechos fundamentales, seguridad, confianza, innovación, desarrollo y competitividad”, *Derecho Digital e Innovación*, 14, 2022. El autor apoya la idea de la adecuación de los marcos legales vigentes frente a las nuevas tecnologías dentro del contexto de la Inteligencia Artificial, incluso acogiendo nuevas categorías de derechos fundamentales, donde podrían encuadrarse los neuroderechos.

⁶⁰ S. RAINEY, K. MCGILLIVRAY, S. AKINTOYE ET AL., “*Is the European Data Protection Regulation sufficient to deal with emerging data concerns relating to neurotechnology?*”, *Journal of Law and the Biosciences*, 7, 1, 2020. (<https://doi.org/10.1093/jlb/l5aa051>). La traducción es mía. En este artículo, los autores propugnan la admisión de la protección de los datos cerebrales dentro de la legislación europea de protección de datos, pero con ciertas puntualizaciones que deben hacerse en favor de la adaptación al carácter de especial sensibilidad de los datos cerebrales. Las neurotecnologías, entienden, son potencialmente perjudiciales para este tipo de datos debido a que son capaces de identificar personas y revelar características muy sensibles, por lo que deben ser previstos de una mayor protección a su seguridad.

las nuevas neurotecnologías, pero sin que se adquieran nuevos derechos fundamentales por medio de modificaciones legislativas constitucionales, toda vez que, entienden, el régimen constitucional ya prevé protección suficiente^{61 62}.

48. Existe otra parte de la doctrina que no se encuentra a favor de la aceptación de los neuroderechos. Los autores entienden que no son necesarios nuevos derechos humanos ni modulaciones, reformas o nuevas interpretaciones de los ya existentes, toda vez que los derechos humanos ya reconocidos ofrecen una efectiva protección frente al uso indebido de las neurotecnologías emergentes. De entre todos los autores que se sitúan dentro de esta corriente, podríamos destacar a Jan Christoph Bublitz⁶³, a Alejandra Zúñiga-Fajuri y otros⁶⁴, junto con Diego Alejandro Borbón Rodríguez⁶⁵, Luisa Fernanda Borbón Rodríguez y Jennifer Laverde Pinzón^{66 67}.

⁶¹ P. LÓPEZ SILVA y R. MADRID, “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, 10, 1, 2021. (<http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56317>). Los autores hablan desde el punto de vista del Derecho interno chileno al hacer una revisión de los proyectos legislativos sobre los neuroderechos. Entienden que la Constitución Chilena otorga efectiva protección a los derechos contenidos en los neuroderechos, por lo que ven innecesaria una modificación constitucional. No obstante, creen que la presentación de un proyecto de ley sobre la materia podría ser interesante al objeto de concienciar sobre los riesgos de las neurotecnologías.

⁶² En este sentido se posicionan documentos como el Informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos titulado *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos* publicado en octubre de 2024, que dice, en su conclusión c):

Aunque los derechos humanos proporcionan un marco adecuado y flexible basado en principios para afrontar nuevos retos, hacer efectiva su aplicación es indispensable. Para evitar el desarrollo de tecnologías que no cumplan los criterios de derechos humanos, es esencial que se aclare y se adapte el alcance de los derechos humanos aplicables a fin de afrontar los riesgos inherentes y previstos”. (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/133/31/pdf/g2413331.pdf>).

⁶³ J. C. Bublitz defendió el derecho humano a la autodeterminación mental, como ha sido desarrollado previamente. Sin embargo, se ha mostrado verdaderamente crítico ante las nuevas propuestas de neuroderechos. En su *paper Novel neurorights: from nonsense to substance* critica duramente las propuestas de los neuroderechos (J. C. BUBLITZ, “*Novel neurorights: from nonsense to substance*”, *Neuroethics*, 15, 7, 2022. (<https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/pmid/35154507/>). Traducción hecha por mí). Entre las críticas ofrecidas, destacamos la preocupación ante la inflación de derechos y devaluación de los ya existentes; así como la delgada línea que existe entre un debate académico serio entre verdaderos expertos en la materia y el activismo a favor de los neuroderechos; unido a la falta de un verdadero estudio jurídico social serio acerca de las consecuencias de su aceptación; junto con una consecuente limitación al funcionamiento esencial de la democracia y a la evolución del mercado por el reconocimiento de estos derechos como nuevos derechos humanos; y la falta de categorización concreta de los neuroderechos, que no son neuronales, sino que están más bien ligados a los derechos de la persona.

⁶⁴ A. ZÚÑIGA-FAJURI, L. VILLACENCIO MIRANDA, D. ZAROR MIRALLES, y R. SALAS VENEGAS, “*Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science*”, *Developments in Neuroethics and Bioethics*, 4, 2021. (<https://doi.org/10.1016/bs.dnb.2021.06.001>). La traducción es mía. En este *paper* los autores examinan las propuestas legislativas chilenas en defensa de los derechos neuronales. Concluyen que, de acuerdo a la teoría del proceso legislativo y a sus requisitos de racionalidad legislativa, ambas las propuestas resultan insuficientes. La regulación de las neurotecnologías plantea retos a muchos niveles y abogan por una regulación paulatina mediante la introducción, primeramente, de pautas o directrices sanitarias o tecnológicas, e incluso instrumentos de experimentación jurídica como *sandboxes*. Justifican una preocupación desde el prisma de la protección de datos de Estados Unidos con régimen insuficiente, que sin embargo se encuentra debidamente protegido en Chile.

⁶⁵ Diego Alejandro Borbón Rodríguez, junto con José M. Muñoz, publicó en febrero de 2024 un artículo donde cuestiona la necesidad de adoptar los neuroderechos como una nueva categoría de derechos humanos frente a las neurotecnologías, por encontrarse la libertad, el consentimiento, la igualdad, la integridad, la privacidad y la información suficientemente protegidos por los sistemas nacionales e internacionales. Los autores proponen una revisión conceptual de los neuroderechos con el fin de delimitar claramente los alcances y límites de los mismos y sostener un exhaustivo debate interno en cada país de cara a la crucial preparación de los operadores de justicia para la correcta interpretación de los derechos constitucionales frente a las nuevas neurotecnologías antes de que los neuroderechos sean incorporados. D. A. BORBÓN RODRÍGUEZ y J. M. MUÑOZ, “El neuroderecho a la libertad cognitiva: fundamentos y alcance de un derecho emergente”, *Ius et Scientia*, 10, 1, 2024. En este mismo sentido se pronuncia Diego Alejandro Borbón Rodríguez en su *paper* junto con Luisa Fernanda Borbón Rodríguez. D. A. BORBÓN RODRÍGUEZ y L. F. BORBÓN RODRÍGUEZ, “*A Critical Perspective on NeuroRights: Comments Regarding Ethics and Law*”, *Frontiers*, 15, 2021 (<https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.703121>). La traducción es mía.

⁶⁶ Estos autores se presentan muy escépticos a la hora de abrir las puertas a la incorporación de los neuroderechos dentro del catálogo de derechos humanos reconocidos. Critican, en concreto, el derecho al libre albedrío por su falta de concreción y definición y por su inconveniencia y disimilitud sociocultural, así como el derecho al acceso equitativo a las tecnologías de mejora por sus potenciales efectos, individuales y sociales, negativos. D. A. BORBÓN RODRÍGUEZ, L. F. BORBÓN RODRÍGUEZ y J. LAVERDE PINZÓN, “Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora”, *Ius et Scientia*, 6, 2, 2020.

⁶⁷ El mismo Marcello Ienca, en *On Neurorights* (M. IENCA, 2021, ob. cit.), critica la limitada presencia de los neuroderechos

49. No obstante, este debate sigue abierto y continuará evolucionando a medida que la neurotecnología siga desarrollándose y se vayan apreciando nuevos potenciales riesgos para los derechos humanos y/o fundamentales.

V. Iniciativas regulatorias y políticas desde el prisma del Derecho comparado

50. Son varias las iniciativas regulatorias en materia de protección de los derechos de las personas frente a la neurotecnología tanto a nivel internacional como nacional que han plasmado las preocupaciones en la materia por medio del Derecho positivo y de diferentes propuestas políticas e incluso mecanismos de *soft law*. Esto se ha venido manifestando mediante la configuración de mecanismos de orientación jurídica para la interpretación o creación de leyes o incluso mediante la propia iniciativa legislativa. Lo anterior, en consonancia con la reciente configuración de los neuroderechos –de los que algunas iniciativas han recibido una influencia directa o indirecta– demuestra una preocupación colectiva por las implicaciones éticas y jurídicas de los avances científicos en el campo de la neurociencia⁶⁸. Como consecuencia, las iniciativas regulatorias y políticas buscan brindar protección legal al subconsciente de la mente humana y a todo lo relacionado con él. A continuación, examinaremos los recientes avances en la discusión legal y regulatoria a través del Derecho comparado, tomando como referencia varias organizaciones supranacionales y algunos países de América Latina, Estados Unidos y Europa.

1. Ámbito internacional y organizaciones supranacionales

51. El Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) adoptó en 2019 la *Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology*, que tiene como objetivo dar una guía para anticipar y abordar los desafíos éticos, legales y sociales planteados por el desarrollo de la neurotecnología, así como promover la innovación en el campo. Este documento incluye una clara recomendación acerca de la salvaguarda de los datos personales sobre el cerebro y otra información obtenida a través de la neurotecnología⁶⁹, que podrían tener una estrecha relación con lo que conocemos como el derecho a la privacidad mental y a la libertad cognitiva.

52. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha sido protagonista en la materia y ha emitido varios Informes del Secretario General y del Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos⁷⁰.

en la literatura académica, así como la desambiguación semántica y la falta de armonización conceptual, lo que, desde su punto de vista, complica las políticas efectivas de neuroderechos.

⁶⁸ El *Informe sobre las cuestiones éticas de la neurotecnología* aprobado por el Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO en diciembre de 2021 refleja esta iniciativa, ya que se refiere expresamente a la posibilidad de elaboración de una *Declaración Internacional sobre Derechos Humanos y Neurotecnología*, al objeto de proteger la dignidad humana, la integridad mental, la privacidad mental, la identidad personal y la libertad de pensamiento e impulsa a los Estados miembros a cooperar entre ellos y a garantizar una correcta adaptación de su legislación nacional a este propósito.

⁶⁹ OCDE, *Recommendation of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology*, 2019. (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457>). La traducción es mía.

⁷⁰ Podríamos destacar uno de los más recientes, el Informe del Comité Asesor titulado *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos* publicado en octubre de 2024, en el que se abordan los riesgos de estas nuevas tecnologías para los derechos humanos y se propone la adaptación del marco de derechos humanos para la flexibilización ante los nuevos retos emergentes, así como la elaboración de un documento internacional que recopile las normas de derechos humanos y principios de interpretación pertinentes que ofrezcan orientación a las políticas nacionales y permita adoptar un enfoque concertado y coherente en todo el mundo (conclusiones c) y e) (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/133/31/pdf/g2413331.pdf>). Entre los informes previos a éste, podemos subrayar el Informe titulado *Nuestra agenda común*, de septiembre de 2021, donde el Secretario General de la ONU alude por primera vez a las neurotecnologías como un asunto clave en cuestión de desafíos para los derechos humanos, o el Informe *Evaluación del Impacto en la neurotecnología en los derechos humanos: hacia el reconocimiento de los neuroderechos* de septiembre de 2022 y la Resolución sobre *Neurotecnologías y Derechos Humanos* de octubre del mismo año.

53. La UNESCO se encuentra desde hace años implicada en proyectos de diversa índole que plantean los diferentes problemas y cuestiones éticas del uso y de los avances de la neurotecnología. Basándose en su mandato de perseguir la reflexión y el debate sobre la ética de la ciencia y la tecnología, la UNESCO, en estrecha colaboración con la *Neurorights Foundation*⁷¹, ha comenzado a enfatizar en la importancia de desarrollar una regulación sólida y ética en el campo de la neurotecnología a nivel internacional. Destacan en este sentido los Comités de Bioética de la UNESCO, de los cuales podemos destacar el *Informe sobre las cuestiones éticas de la neurotecnología*, publicado en diciembre de 2021, que identifica tanto los beneficios del desarrollo de la neurotecnología como las eventuales consecuencias éticas que podrían incidir negativamente en los derechos humanos y en las libertades fundamentales⁷². Asimismo, en abril de 2023, la UNESCO emitió un documento titulado *Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología*, en el que presenta un estudio preliminar sobre la ética de la neurotecnología e incluye una recomendación para examinar la posibilidad de elaborar un instrumento normativo en este ámbito^{73 74}. Además, es especialmente destacable que la UNESCO ha reunido a 24 expertos de diversas regiones del mundo a mediados de este año 2024 para liderar un debate con los 194 Estados Miembros que prepare una nueva norma mundial en materia de ética de la neurotecnología, cuyo marco se prevé que se adapte a finales de 2025

54. La Organización de los Estados Americanos (OEA), conocida como *sistema interamericano* se ha implicado igualmente en la defensa de los derechos humanos, la democracia, la seguridad y el desarrollo frente a las neurotecnologías. Así, en 2021 aprobó la Declaración sobre *Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas*⁷⁵, en la que identifica los puntos conflictivos relacionados con el uso de las neurotecnologías y los riesgos que las mismas suponen para los derechos humanos y establece una serie de recomendaciones. La OEA adoptó también el *Informe de Avance sobre el Proyecto de Principios Interamericanos en materia de Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos*⁷⁶ en agosto de 2022 y ha aprobado, en marzo de 2023, la *Declaración de Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos*⁷⁷. En ella, se establecen diez principios que, aunque sean de carácter no vinculante, tratan de orientar y armonizar las futuras regulaciones estatales en materia de protección de los derechos humanos frente a las neurotecnologías.

55. El Parlamento Latinoamericano y Caribeño (PARLATINO) ha decidido legislar en defensa de los neuroderechos. La *Ley modelo sobre los neuroderechos para América Latina y el Caribe*, de noviembre de 2022, defiende la inclusión y preservación, dentro del marco de los principios éticos de validez universal (entre ellos la neuroética) de los siguientes derechos fundamentales, sin perjuicio de futura ampliación: derecho a la privacidad mental (datos cerebrales de las personas), derecho a la identidad y autonomía personal, derecho al libre albedrío y autodeterminación, derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva o desarrollo cognitivo; derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos

⁷¹ Fundación en defensa de los neuroderechos creada bajo iniciativa de Rafael Yuste.

⁷² UNESCO, *Ethical issues of neurotechnology: report*, 2021c. (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383559>). La traducción es mía.

⁷³ UNESCO, *Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología*, 2023. (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016_spa).

⁷⁴ Asimismo, la UNESCO publicó en 2021 su *Proyecto de Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*, que hace especial llamado a la precaución ante las cuestiones éticas relativas a los sistemas de Inteligencia Artificial utilizados en las neurotecnologías e interfaces cerebro-ordenador para preservar la dignidad y la autonomía humanas (punto 126). (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378931_spa).

⁷⁵ OEA, *Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas*, 2021. (https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf).

⁷⁶ OEA, *Informe de Avance sobre el Proyecto de Principios Interamericanos en materia de Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos*, 2022 (https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_662-22_ESP.pdf).

⁷⁷ OEA, *Declaración de Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos*, 2023. (https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf).

automatizados de toma de decisiones, derecho a no ser objeto de cualquier forma de intervención de las conexiones neuronales o de intrusión a nivel cerebral, y el derecho a no ser sujeto involuntario o no informado de cualquier proceso o actividad que pueda interferir en los procesos cognitivos del individuo⁷⁸.

56. En marzo de 2023 fue aprobada la *Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales*⁷⁹, en el marco de la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno realizada en la República Dominicana. Este documento de voluntaria adhesión determina una serie de principios comunes que sirva de referente a los propios Estados a la hora de desarrollar su propia normativa.

57. Por su parte, la Red Iberoamericana de Protección de Datos aprobó a finales de 2023 la *Declaración sobre Neurodatos*, mediante la cual los países miembros acuerda adherirse a la Declaración sobre *Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas* y a la *Declaración de Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos* de la OEA y convienen la creación de un Grupo de Trabajo sectorial que analice los aspectos relevantes en materia de protección de datos del tratamiento de los datos neuronales.

58. El Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos ha hecho un significativo aporte en materia de neuroderechos mediante la emisión de su *Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnología y Derechos Humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas*, con el fin de establecer una serie de estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias en esta materia⁸⁰.

59. También la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el debate existente entre derechos humanos y neurotecnología. Una de las actualizaciones más recientes es la efectuada por el Consejo de Europa que ha aprobado su *Strategic Action Plan on Human Rights and Technologies in Biomedicine (2020-2025)*, el cual aborda los retos de los nuevos avances tecnológicos y la evolución de las prácticas establecidas en el campo de la biomedicina, haciendo especial hincapié en la neurotecnología, desde un planteamiento enfocado en la protección de la dignidad humana y los derechos humanos y libertades fundamentales⁸¹. Además, en 2021 el Comité de Bioética del Consejo de Europa publicó su primer Informe titulado *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*⁸², informe realizado por Marcello Ienca que realiza un análisis sobre los posibles riesgos de la neurotecnología a los derechos humanos y defiende la propuesta de los neuroderechos como una añadidura de un nuevo nivel fundamental de protección a los derechos humanos. En junio de 2024 el Consejo de Europa emitió la Propuesta de Decisión del Consejo de firma del *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho*⁸³, instrumento jurídicamente vinculante que busca garantizar una inteligencia artificial que prospere bajo el respeto de las normas jurídicas en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, de modo que la inteligencia artificial sea introducida de formas compatible con los derechos

⁷⁸ PARLATINO, *Ley modelo sobre los neuroderechos para América Latina y el Caribe*, 2022. (<https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/ley-modelo-neuroderechos-7-3-2023.pdf>).

⁷⁹ Secretaría General Iberoamericana, XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, *Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales*, 2023. (https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta-Iberoamericana-de-Principios-y-Derechos-en-los-Entornos-Digitales_Es.pdf).

⁸⁰ Comité Jurídico Interamericano, *Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnología y Derechos Humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas*, 2021. (https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf).

⁸¹ Consejo de Europa, *Strategic Action Plan on Human Rights and Technologies in Biomedicine (2020-2025)*, 2019. (<https://rm.coe.int/strategic-action-plan-final-e/1680a2c5d>).

⁸² Comité de Bioética del Consejo de Europa, *Common Human Rights Challenges Raised by Different Applications of Neurotechnologies in the Biomedical Field*, 2021. El documento fue elaborado por Marcello Ienca.

⁸³ Consejo de Europa, Propuesta de Decisión del Consejo de firma del *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho*, 2024. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52024PC0264>).

humanos y derechos fundamentales reconocidos y bajo el prisma de una serie de principios, aspecto bajo el que podemos incluir el uso de las tecnologías neuronales modernas que utilizan esta inteligencia artificial. Por otro lado, el *Reglamento General de Protección de Datos*⁸⁴ ofrece protección a la privacidad de los datos sensibles de las personas. Si bien existe parte de la doctrina que considera que esta protección no es suficiente dado el carácter especial de los datos neuronales⁸⁵, otros autores consideran lo contrario⁸⁶. Por último, el recientemente aprobado *Reglamento de Inteligencia Artificial*⁸⁷ de la Unión Europea, aunque no habla expresamente de la neurotecnología, incluye como práctica prohibida en su artículo 5. 1. a) *la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas*, punto en el que podríamos incluir las prácticas de modificación de la conducta a través de técnicas de inteligencia artificial utilizadas por la neurotecnología.

2. España, algunos países de América Latina y Estados Unidos

60. España, a través del liderazgo de la Secretaría de Estado de Inteligencia Artificial, se ha sumado a la iniciativa regulatoria en materia de derechos fundamentales y neurotecnología, si bien lo ha hecho mediante la introducción, en la *Carta de Derechos Digitales*, de derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, dentro de los cuales se incluyen neuroderechos tales como la identidad digital, la libertad cognitiva o libre albedrío, la confidencialidad y seguridad de datos cerebrales y pleno dominio y disposición sobre los mismos, la integridad física o psíquica y la protección contra sesgos de algoritmos de inteligencia artificial, todo ello dentro del marco del respeto de la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación^{88 89}. Igualmente, en febrero de 2023, la Comunidad Valenciana aprobó la *Declaración de Valencia sobre la incorporación de los neuroderechos en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos*⁹⁰, que apoya activamente la aceptación de esta nueva categoría de derechos humanos. A lo anterior debemos sumar el debate que se ha propiciado en España en torno a la utilización de determinadas pruebas neurotecnológicas en el procedimiento penal, con el fin de la obtención de información relevante sobre los hechos delictivos o de cara a probar el estado mental del investigado al momento de cometer el delito⁹¹. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de mayo

⁸⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. (<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>).

⁸⁵ Por ejemplo, M. IENCA et al., “Towards a Governance Framework for Brain Data”, *Neuroethics*, 15, 19, 2022. (<https://link.springer.com/article/10.1007/s12152-022-09498-8>).

⁸⁶ Como, por ejemplo, A. HERRANZ ORTIZ, “A vueltas con los neuroderechos: ¿es tiempo de configurar nuevos derechos constitucionales en España?”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 38, 2023.

⁸⁷ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828. (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689).

⁸⁸ Gobierno de España, *Carta de Derechos Digitales*, 2021. (https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documentos/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf).

⁸⁹ La *Carta de Derechos Digitales* es un documento orientativo, sin carácter vinculante, que podría encuadrarse dentro de los instrumentos del *soft law*. El documento estimula la discusión y creación de proyectos legislativos. En palabras de Tomás de la Quadra-Salcedo, quien contribuyó como redactor y Coordinador a la misma, *la Carta de Derechos Digitales española está redactada con una vocación de aportar a Europa y al mundo* (<https://www.fundacionareces.es/recursos/doc/portal/2022/10/17/los-neuroderechos.pdf>).

⁹⁰ Consell Valencià de Cultura, *Declaración Internacional de los Derechos Humanos*, 2023. (https://cvc.gva.es/wp-content/uploads/Declaracion-de-Valencia-Neuroderechos_Firmar.pdf).

⁹¹ La prueba neurológica conocida como P-300 (coloquialmente “test de la verdad”), permite detectar la reacción del sistema nervioso cerebral ante determinados estímulos externos. Esta prueba se ha utilizado en España en varios procedimientos

de 2020⁹² resulta relevante al haberse pronunciado acerca de la relevancia de la utilización de técnicas de neuroimagen como método probatorio de eventuales disfunciones neurológicas del acusado en el procedimiento penal.

61. El ejemplo de Chile es revelador. El país latinoamericano es pionero en el ámbito global en la regulación de la neurotecnología. Recientemente se ha procedido a la reforma de la Constitución Política de la República de Chile al objeto de poder ofrecer protección jurídica frente a los avances de la neurotecnología. Esta reforma resulta de especial relevancia, pues abre la veda y sirve de ejemplo para la configuración jurídica de la protección de la mente humana frente a la neurotecnología en el plano mundial. En concreto, se ha modificado el artículo 19 número 1 de la Carta Fundamental para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de la neurotecnología, rezando el artículo de la siguiente manera: *El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella.* La reforma constitucional ha recibido influencia directa de la corriente creacionista de los neuroderechos. El Grupo *Morningside*, junto con la *Neurorights Foundation*, ha estado trabajando en estrecha colaboración con el Senado chileno con el propósito de sentar las bases del marco jurídico que brindará protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al avance de las neurotecnologías. Con el propósito de desarrollar el contenido del nuevo artículo 19 apartado 1 de la Constitución chilena, se está tramitando una Ley de regulación de la neurotecnología⁹³.

62. Chile no es solamente pionero en regulación jurídica, sino que también, y consecuentemente, es pionero en el planteamiento del debate de los neuroderechos por los tribunales de justicia. En agosto de 2023, concretamente, la Corte Suprema chilena dictó Sentencia⁹⁴ mediante la que reconocía el derecho a la integridad física y psíquica con relación a la actividad cerebral y el derecho a la privacidad de los datos mentales de un usuario de una aplicación de recopilación de la actividad cerebral denominada *Insight*, creada por la empresa *Emotiv INC*. La Sentencia obligó a la empresa a eliminar los datos mentales del usuario que habían sido depositados en la nube de la aplicación.

63. En Brasil se está discutiendo el Proyecto de Ley 1229/2021⁹⁵, mediante el cual se brinda una definición concreta al concepto de dato neuronal. Asimismo, en diciembre de 2023 se procedió a la modificación constitucional que incluye, entre los derechos y garantías fundamentales, la protección a la integridad psíquica y mental contra la manipulación resultante de los avances de la neurociencia y la neurotecnología⁹⁶.

64. México, al igual que España, ha promulgado una carta digital propia, la *Carta de Derechos de la Persona en el entorno digital*, que reconoce los neuroderechos de identidad personal, privacidad de datos neuronales, libertad de decisión, equidad en el mejoramiento de la capacidad cerebral y protección

penales, entre ellos, en el caso de Marta del Castillo, al objeto de conocer, por medio de la monitorización de la actividad cerebral del asesino, Miguel Carcaño, la ubicación del cuerpo sin vida de la víctima. El Consejo Fiscal se posicionó a favor de la aceptación de esta práctica en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020, posicionamiento que recoge en su Informe de 7 de julio de 2021 (Adenda 54, apartado iii) (<https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>).

⁹² La STS 814/2020, de 5 de mayo de 2020, más conocida como la sentencia del caso del “asesino de Pioz” destaca la especial relevancia que está cobrando la neurociencia en la criminología y en los procedimientos penales.

(<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/82c002c8750d3e17/20200506>).

⁹³ Ley Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Boletín 13.828-19. (https://tramitacion.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19).

⁹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Chile de fecha 9 de agosto de 2023, ROL: 105065-2023.

⁹⁵ (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2276604&fichaAmigavel=n>).

⁹⁶ (<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/EC%2089-85.pd>).

contra el sesgo y de discriminación⁹⁷. Asimismo, se encuentra en tramitación una propuesta de reforma del artículo cuarto de la Constitución a fin de incluir el derecho a la privacidad e integridad de la mente y del pensamiento de la persona⁹⁸.

65. En Argentina se ha presentado el Proyecto de ley 0339-D-2022⁹⁹ de reforma de la Ley Procesal Penal que busca incorporar la indemnidad del cerebro y de la mente a su articulado.

66. Finalmente, el Estado de Colorado aprobó en 2021 la Ley de Privacidad (Proyecto de Ley 24-1058), que incluye en la definición de “datos sensibles” los datos biológicos, incluidos los neuronales.

3. Otros países de Europa

67. En agosto de 2021, se produjeron una serie de reformas legislativas en Francia en su Códigos Penal, Civil y de Salud Pública, por medio de la Ley 2021-1017¹⁰⁰, que busca regular las técnicas de imagen cerebral con el fin de que se limite su uso a fines de investigación médica y científica, frente a los peligros para la salud, la seguridad y la igualdad y no discriminación de las personas que conlleva el uso de estas técnicas.

68. Italia fue promotora del Congreso organizado por la Agencia Italiana de Protección de Datos en 2021, con motivo del Día de la Privacidad, congreso en el que se reflejaron las preocupaciones del país acerca de las consecuencias de la revolución digital en los datos privados, en concreto mentales, de las personas.

69. Reino Unido, por su parte, ha emitido una serie de Recomendaciones del comité de expertos independientes *Regulatory Horizons Council*, y en noviembre de 2022 publicó el Informe *Neurotechnology Regulation*, donde se hace un llamamiento a la seguridad frente a las innovaciones neurotecnológicas y se propone el establecimiento de un marco regulatorio que otorgue equilibrio al impulso tecnológico y a los derechos de las personas.

70. Ginebra publicó en 2021 el Informe *Neurotecnologías: La nueva frontera*, en el marco de la *Iniciativa Polymath*, trabajo que trata el impacto de la neurotecnología y sus riesgos y aboga por una regulación que aborde tales preocupaciones.

VI. Valoración crítica

71. Visto todo lo anterior, podríamos concluir que las propuestas de neuroderechos han propiciado un ecosistema de acciones políticas y regulatorias, tanto a nivel nacional como supranacional, que trata de resolver aquellas cuestiones éticas y filosóficas que se plantean desde el prisma de los derechos humanos en lo que al avance de las neurotecnologías se refiere. En el plano internacional nos encontramos con diversos órganos supranacionales que han ido (y que, probablemente, continúen) redactando diferentes documentos jurídicos -algunos con carácter vinculante, y otros no-, mientras que, en el plano nacional, nos encontramos con numerosos Estados que han ido aprobando sus propias leyes, habiendo algunos hasta modificado sus constituciones o encontrándose en proceso de ello. Todo esto constituye, por el momento, una mezcla de leyes aplicables a los derechos relacionados con la neurotecnología que se encuentra todavía pendiente de desarrollo y estabilización.

⁹⁷ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México, *Carta de Derechos de la Persona en el entorno digital*, 2023. (https://www.infocdmx.org.mx/doctos/2022/Carta_DDigitales.pdf).

⁹⁸ (http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2023/08/asun_4588906_20230808_1690903141.pdf).

⁹⁹ (<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/0339-D-2022.pdf>).

¹⁰⁰ Rapport n°2243 - Tome I - 15e législature - Assemblée nationale (assemblee-nationale.fr).

72. Sin embargo, los neuroderechos propuestos también han encontrado opiniones detractoras que consideran, entre otras cosas, que su aceptación como nuevos derechos humanos puede suponer graves problemas como la inflación de derechos o la devaluación de los ya existentes

73. Respecto de la cuestión relativa a la relevancia jurídica de los neuroderechos, entendiendo ésta como la duda de si la norma se considera apta o no para otorgar una particular y efectiva protección a los bienes jurídicos -en este caso, que se encuentran en riesgo frente al avance de la neurotecnología-, creo que la respuesta, por el momento, no está clara del todo. Los derechos humanos deben ser evolutivos y adaptarse al contexto social, económico y político en concreto¹⁰¹, pero antes de sucumbir ante el sensacionalismo provocado por el gran activismo en torno a la aceptación de los neuroderechos como nueva categoría de derechos humanos, deberíamos definir, de forma clara, sus límites, y propiciar un extenso debate en torno a los mismos que aborde, además de lo positivo, los posibles efectos negativos de su categorización, tratando así de encontrar un punto medio.

VII. Conclusiones

74. Nos encontramos en un plano en el que el futuro es, por el momento, incierto. Lo único que sabemos es que la neurotecnología permite ya descifrar el contenido de la mente humana y suponemos, con mayor o menor grado de acierto, los peligros que el avance de sus técnicas puede conllevar.

75. Los neuroderechos nacen con el propósito de salvaguardar el subconsciente de la mente humana frente a los riesgos que presenta el avance de las técnicas de neurotecnología. Estas técnicas son potencialmente perjudiciales para la privacidad e intimidad, identidad, dignidad, libertad, seguridad e integridad física y psíquica del ser humano. Enfocados desde la perspectiva de los derechos humanos, estos derechos tienen una proyección internacional, y tratan de ofrecer protección mediante invocación directa, más allá de recomendaciones bioéticas, a los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Las propuestas de neuroderechos nacen desde la base de que estos bienes jurídicos, por sus características específicas no se encuentran debidamente amparados por el contenido de los derechos humanos en el plano actual.

76. En el presente artículo se exponen de las dos propuestas más relevantes de neuroderechos, la del neurobiólogo español Rafael Yuste junto con el Grupo *Morningside*, y la del grupo de investigación en bioética compuesto por Macello Ienca y Roberto Andorno, así como otras propuestas de derechos relevantes que han influido, de forma directa o indirecta, en esta categorización de neuroderechos. Las clasificaciones de neuroderechos deberían ser tomadas en consideración en su conjunto, ya que contribuyen a enriquecer la propuesta de este marco normativo de derechos humanos en el campo de las neurotecnologías.

77. Si bien estas proposiciones han sido objeto de crítica -en parte por la ambigüedad y falta de madurez del concepto, en parte por el peligro de inflación de derechos en menoscabo de los derechos humanos ya existentes-, lo cierto es que hay una fuerte convicción general que defiende la urgente necesidad de la creación de un marco ético global que oriente las políticas y normativas nacionales e internacionales en favor de la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos, de las personas y de las comunidades frente a los riesgos asociados a la neurotecnología. Lo anterior queda perfectamente evidenciado en el conjunto de iniciativas políticas y regulatorias, tanto a nivel internacional o supranacional como nacional de ciertos estados y países, que han comenzado a sentar las bases éticas y normativas para el amparo de los bienes jurídicos desprotegidos frente a las técnicas de la neurotecnología.

¹⁰¹ A. E. Pérez Luño nos define los derechos humanos como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 2010.

78. Sea como fuere, debemos tener claro que la iniciativa regulatoria en defensa de los neuroderechos irá extendiéndose globalmente. La causa principal, desde mi punto de vista, es el ejercicio de responsabilidad general que se está llevando a cabo para buscar el equilibrio entre el deber social de aprovechar todos los beneficios asociados a las prácticas de la neurotecnología y la obligación ética y moral de proteger los bienes jurídicos en juego mediante mecanismos jurídicos eficaces que alcancen todos estos objetivos. Sin embargo, antes de proceder a la automática incorporación de este nuevo catálogo de derechos humanos, deberían definirse, de forma clara, sus límites, y debería propiciarse un extenso debate en torno a los mismos que aborde tanto los aspectos positivos como negativos de su categorización, al objeto de poder alcanzar un punto medio que satisfaga la necesidad de protección de los bienes jurídicos frente al uso de las nuevas neurotecnologías.

Exequátur sobre incapacidad y privación de derechos en materia electoral. Un estudio desde la perspectiva del DIPr y del Derecho comparado, a la luz de la sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida en el Rol nº 87.878-2023

Exequatur on incapacity and deprivation of rights in electoral matters. A study from the perspective of PIL and Comparative Law, in the light of the judgement of the Supreme Court of Chile in case no. 87.878-2023

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional privado
Universidad San Jorge*

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ

*Profesora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

Recibido:15.12.2024 / Aceptado: 17.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9347

Resumen: Este trabajo se centra en el estudio de un exequátur sobre incapacidad y privación de derechos en materia electoral. En concreto, se analiza una sentencia de la Corte Suprema de Chile, dictada en el Rol N° 87.878-2023, que reconoce y ejecuta una sentencia española, anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que declaró la incapacidad total de una persona y decretó la privación de su derecho de sufragio. Dado el interés suscitado por la citada sentencia chilena, tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional privado como del Derecho civil comparado, se confrontan los elementos internacionales y materiales que vinculan en este caso a los ordenamientos jurídicos español y chileno. A tal efecto, en forma previa, y en relación con la materia que aquí interesa, se abordan algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, la Ley Orgánica 2/2018 y la Ley 8/2021.

Palabras clave: Exequátur, derecho de sufragio, capacidad jurídica, incapacidad, protección internacional de adultos, Derecho Internacional privado.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España PID2023-153228NB-I00: «Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado», II.PP. Sofia de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo.

Los apartados II, III, IV, V y VIII han sido redactados por Sánchez Cano, y los apartados VI y VII, por Santillán Santa Cruz. El apartado I ha sido redactado por ambas autoras

Abstract: This paper focuses on the study of an exequatur on incapacity and deprivation of rights in electoral matters. In particular, it analyses a judgement of the Supreme Court of Chile, issued in Rol N° 87.878-2023, which recognises and executes a Spanish judgement, prior to the entry into force of Law 8/2021, which declared the total incapacity of a person and decreed the deprivation of his or her right to vote. Given the interest aroused by the aforementioned Chilean judgement, both from the perspective of Private International Law and Comparative Civil Law, the international and material elements that link the Spanish and Chilean legal systems in this case are confronted. To this end, beforehand, and in relation to the matter of interest here, some provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, the Law on International Legal Cooperation in Civil Matters, Organic Law 2/2018 and Law 8/2021 are dealt with.

Keywords: Exequatur, voting right, legal capacity, incapacity, international protection of adults, International Private Law.

Sumario: I. Planteamiento general. II. Algunas consideraciones acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. III. Breves apuntes sobre el estado de la cuestión en el ámbito de la Unión Europea. IV. Notas de interés sobre el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos. V. Consideraciones sobre la validez extraterritorial de decisiones en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. VI. Incorporación de los principios de la Convención de 2006 al Derecho español. Breve referencia a la Ley Orgánica 2/2018 y a la Ley 8/2021. VII. *Exequátur* sobre incapacidad y privación de derechos en materia electoral: la sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida en el Rol N° 87.878-2023. VIII. ¿Sería posible que las autoridades españolas otorgasen el *exequátur* de una sentencia chilena en un supuesto equivalente al que resuelve la resolución de la Corte Suprema de Chile en el marco del Rol N° 87.878-2023?

I. Planteamiento general

1. El aumento de la esperanza de vida va a estar inevitablemente relacionado con la existencia de un mayor número de adultos que podrían no ser capaces de controlar sus propios intereses, debido a que sus facultades físicas y/o psíquicas empezarán a verse mermadas¹. Junto a ello, empiezan a ser recurrentes los ejemplos de personas mayores que pasan largas temporadas, o que han establecido su residencia habitual, en países distintos de aquel del que son nacionales, y/o que son titulares de propiedades en diferentes Estados². El elemento internacional que presentan este tipo de situaciones plantea numerosos interrogantes cuando surge la necesidad de adoptar medidas de protección en favor de personas en situación de vulnerabilidad, así como de sus bienes³.

¹ Según datos procedentes de la Unión Europea, unas cien millones de personas residentes en la Unión, mayores de dieciséis años, padece algún grado de discapacidad, a lo cual se añade que más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años tienen sus capacidades limitadas. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la relevancia que tiene la edad en materia de discapacidad, toda vez que, mientras que en la población de entre 16 y 44 años el porcentaje de personas con limitaciones en la actividad asciende a un 11,5%, esta cifra aumenta hasta el 72,2% en los mayores de 85 años. Para mayor información, consúltese la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (B9-0123/2020) y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0636> (última consulta: 16/06/2024).

² Sobre la movilidad transfronteriza de personas, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 35, 2018, pp. 1-49. DOI: 10.17103/reei.35.06.

³ Como acertadamente observa Durán Ayago, son muchas las combinaciones posibles desde la perspectiva de nuestro país, atendiendo al elemento extranjero. Así, por un lado, se puede dar el caso de adultos extranjeros residentes en España, adultos extranjeros que se encuentran en nuestro país de manera transitoria, así como los que tengan bienes en España. De otro lado, es posible encontrar supuestos en que los adultos que precisen protección sean españoles y residentes en el extranjero, o que se encuentren temporalmente fuera de nuestro país, y dispongan de bienes el extranjero. La citada autora adiciona también los casos de adultos españoles y con residencia en España que son atendidos por personas extranjeras. Vid. A. DURÁN AYAGO,

2. En cuanto a la protección de adultos se refiere, no pueden perderse de vista las divergencias que presentan los distintos sistemas jurídicos, tanto por lo que respecta a la regulación sustantiva como a la procesal. Ello puede generar no pocos inconvenientes desde la perspectiva del Derecho Internacional privado, y en particular, en lo relativo al sector de la validez extraterritorial de decisiones, cuando tales medidas de protección han sido adoptadas por las autoridades de un Estado, pero deben surtir efectos en otro Estado diferente. En algunos supuestos las dificultades son de tal entidad que pueden dar lugar a decisiones claudicantes, es decir, resoluciones válidamente acordadas conforme al ordenamiento jurídico del Estado de origen, pero que, sin embargo, no se van a poder reconocer ni ejecutar en el Estado requerido.

3. Este tipo de conflictos podrían solventarse a través de instrumentos internacionales de Derecho uniforme que regulasen las cuestiones propias del Derecho Internacional privado en lo referente a la protección internacional de adultos. En este sentido, cabe mencionar el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos (CH 2000)⁴, que, en relación con el sector de la validez extraterritorial de decisiones, diferencia entre el reconocimiento de pleno derecho con causas de denegación (arts. 22 a 24), la declaración de ejecutoriedad o el registro a efectos de ejecución (arts. 25 y 26) y la ejecución (art. 27). La Unión Europea, por su parte, también ha mostrado su preocupación sobre el tema, siendo así que, con fecha 31 de mayo de 2023, la Comisión presentó dos propuestas legislativas sobre la materia que nos ocupa: de un lado, un Reglamento que regulará los asuntos transfronterizos a efectos de la protección de los adultos entre países de la UE, y de otro, una Decisión del Consejo que obligará a los países de la UE a adherirse al Convenio de La Haya sobre Protección de los Adultos de 2000⁵.

4. Por lo que respecta a nuestro país, la cuestión no es baladí, habida cuenta que España no se ha adherido al Convenio de La Haya sobre Protección de los Adultos de 2000 y que la mayor parte de los Convenios bilaterales suscritos por nuestro país con otros Estados en materia de *exequátur* excluyen el estado civil y la capacidad de las personas⁶. Por este motivo, en defecto de normativa internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que tengan por objeto medidas de protección de adultos en supuestos internacionales se llevará a cabo a través del recurso a las reglas de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (art. 2 LCJIMC), en cuyos arts. 41 a 61 se regulan los efectos jurídicos de las resoluciones extranjeras en España⁷. En ausencia de normativa europea, tam-

“Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en M. ALONSO PÉREZ *et al.* (Coord.), *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004.

⁴ En contra de la participación de España en dicho Convenio se ha argumentado que resulta incompatible con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Este argumento ha sido rechazado sobre la base de que la Convención de Naciones Unidas recoge aspectos sustantivos, mientras que el Convenio de La Haya contempla cuestiones que son propias del Derecho Internacional privado. Por lo demás, se ha alegado que ambos instrumentos tienen en común su compromiso con un sector de la población, cual es el de las personas con discapacidad. Vid. M. ÁLVAREZ TORNÉ, “La protección internacional de adultos: el encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE”, 2016, disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf (última consulta: 16/06/2024); y, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “Protección internacional de adultos”, en *eI-Economista*, 22/07/2014, disponible en <https://www.economista.es/opinion-legal/noticias/5958267/07/14/Proteccion-internacional-de-adultos.html> (última consulta: 16/06/2024).

⁵ Vid. las referidas propuestas en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/civil-and-commercial-law/protection-adults_es (última consulta: 16/06/2024).

⁶ Sí que ha formalizado nuestro país con distintos Estados Convenios bilaterales generales sobre los efectos de decisiones extranjeras, que, en su caso, podrían ser operativos en materia de reconocimiento y ejecución de declaraciones de incapacidad y medidas de protección respecto de mayores de edad. Así, existen Convenios generales de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales suscritos entre el Estado español y países como Austria, Brasil, Túnez, Uruguay, Marruecos, Argelia, El Salvador, Colombia, Suiza, China, Bulgaria, Rumanía, Mauritania, Alemania, Francia, Italia, Israel y México. Sin embargo, no todos estos Convenios resultan de aplicación a la materia objeto de este trabajo ni tampoco todos ellos cubren las resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Así, sin ánimo de ser exhaustivos y por poner algunos ejemplos, hay que tener en cuenta que algunos de ellos, como los Convenios formalizados con Israel, México, Rumanía, El Salvador o Uruguay, excluyen las cuestiones de estado o capacidad de las personas físicas. Otros, como los Convenios suscritos con Alemania, Marruecos, Mauritania, Túnez y Argelia, no comprenden las medidas provisionales y cautelares, salvo las dictadas en materia de alimentos.

⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, «BOE» núm. 182, de 31/07/2015.

bién habrá que tener en cuenta las reglas del art. 11 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en cuanto a la inscripción registral, y del art. 12 del citado texto legal, por lo que respecta a la eficacia⁸.

5. No obstante lo anterior, hay que recordar que se regulan en el ámbito de NNUU los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, con independencia de su edad, a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, junto con su Protocolo Facultativo⁹, que se encuentra en vigor en nuestro país. Como consecuencia de la incorporación de las disposiciones de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, han tenido lugar varias reformas legislativas con el fin de adaptar nuestra legislación al nuevo régimen previsto en la citada Convención. A este respecto, cabe citar la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que modificó la LOREG¹⁰; la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹¹; y, la reforma del art. 49 de la Constitución Española, operada el 15 de febrero de 2024¹².

6. Todas las cuestiones antes mencionadas se abordarán en el presente trabajo con ocasión de la solicitud de *exequátur* que resolvió la Corte Suprema de Chile en su sentencia de 15 de abril de 2024 —emitida en el marco del Rol N° 87.878-2023—, en relación con una sentencia española, anterior a la vigencia de la Ley 8/2021, que declaró la incapacidad total de una persona y decretó la privación de su derecho de sufragio. En concreto, dado el interés que despierta la sentencia de 15 de abril de 2024, tanto desde un enfoque internacionalprivatista como desde el plano del Derecho civil comparado, el objeto último es ofrecer un estudio detallado de la referida sentencia para descender a los elementos internacionales y materiales que vinculan a los ordenamientos jurídicos español y chileno.

7. Con tal objeto, igualmente oportuno resulta plantear, aunque desde una perspectiva de lo hipotéticamente posible, qué sucedería si se formulase ante las autoridades españolas la solicitud de *exequátur* de una sentencia chilena en un supuesto equivalente. Ello, teniendo en cuenta las adaptaciones que ha sufrido la legislación española en materia de capacidad, a raíz, como ya se ha explicado, de la Ley 8/2021 y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que modificó la LOREG. Esto se valora como algo particularmente interesante porque Chile es un país cuya regulación aún no ha sido adaptada a las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y con el que España no tiene un Tratado de reconocimiento de sentencias extranjeras.

II. Algunas consideraciones acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

8. En primer lugar, hay que observar que la Convención aprecia que el concepto de discapacidad está evolucionando hacia una cuestión de protección de los derechos humanos¹³, tal como se desprende de su Preámbulo y su art. 1. Al mismo tiempo, la Convención reconoce la heterogeneidad de las

⁸ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «BOE» núm. 158, de 03/07/2015.

⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 2008.

¹⁰ Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

¹¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, «BOE» núm. 132, de 03/06/2021.

¹² Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, «BOE» núm. 43, de 17 de febrero de 2024.

¹³ Vid. R. LÓPEZ SAN LUIS, “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *InDret*, n° 2, 2020, pp. 111-138.

personas con discapacidad¹⁴. De ahí que se abogue por nuevos modelos que contribuyan a mitigar las desventajas sociales a las que deben hacer frente estas personas y que promuevan “*su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados*”.

9. En este sentido, la Convención incide en la importancia que para los sujetos con discapacidad supone el respeto a su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, hasta el punto de considerarlo uno de los principios generales de la Convención, en conexión con el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona (art. 3)¹⁵. Por tal motivo, este instrumento internacional subraya el derecho de las personas con discapacidad “*a participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente*”.

10. En este punto, cobra especial importancia el art. 12 de la Convención¹⁶, del cual, entre otros extremos, se desprende la obligatoriedad de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se establezcan con el debido respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que sufre algún tipo de discapacidad. De aquí se deduce que, además de la posibilidad de que sean las autoridades competentes las que adopten las necesarias medidas de protección cuando el sujeto se encuentre en situación de vulnerabilidad, también es factible que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, sea el propio individuo quien disponga, con carácter anticipado, el modelo de protección que quiera que se le aplique en caso de que se vean mermadas sus facultades.

11. En definitiva, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone un nuevo enfoque del concepto de autonomía de la voluntad, toda vez que reconoce plena capacidad jurídica a todas las personas que presenten cualesquiera de los tipos de discapacidad que figuran comprendidos en el texto de la propia Convención (física, sensorial e intelectual o psíquica). Y ello, incluyendo tanto la perspectiva estática como la dinámica de la capacidad jurídica¹⁷.

12. Ahora bien, a pesar de la relevancia que otorga la Convención a la autonomía de la voluntad de todo individuo, independientemente de su discapacidad, como bien se ha anticipado, reconoce de manera expresa la necesidad de establecer las medidas de apoyo oportunas a fin de garantizar que aquellos que lo precisen puedan ejercer sus derechos y participar de manera plena en sociedad¹⁸.

¹⁴ Esta idea es desarrollada por R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, en “Personas con discapacidad psíquica en situaciones de protección transfronteriza. Balance de la estrategia Europa 2020”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coords.), *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pp. 97-108. Para mayor precisión, la citada autora sostiene que: “*La realidad de la discapacidad es heterogénea y cada tipo de discapacidad puede presentar, a su vez, circunstancias y necesidades muy diferentes. Siendo aquí donde suscita especial interés el tema de la discapacidad psíquica, mental o intelectual, dada su notable complejidad (en unos casos más que en otros)*” (p. 98). Vid. también, J. MARTÍNEZ CALVO y M.J. SÁNCHEZ CANO, “El equilibrio entre autonomía de la voluntad y la protección del interés superior de la persona con discapacidad en el ámbito internacional y en derecho civil español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 21, 2021, pp. 213-236.

¹⁵ Sobre este particular, como afirma con acierto R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 790, 2022, p. 837, nota 2, “*es el respeto de esta dignidad intrínseca el que actúa como fundamento primero e inmediato de la Convención para promover en su texto la igualdad de todas las personas con discapacidad en relación con el resto de personas, las que no presentan discapacidad alguna*”.

¹⁶ El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su inciso 1, establece que los Estados Partes muestran su conformidad con que “*las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Y, a continuación, en su inciso 2, la norma en cuestión dispone que “*los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”. Este precepto fue desarrollado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General n° 1 (2014). Para mayor información, consúltese R. LÓPEZ SAN LUIS, “El principio de respeto...”, cit.

¹⁷ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 74; y, E. VARSÍ ROSPIGLIOSI y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 14, 2021, p. 1062.

¹⁸ Vid. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “Manifestación de voluntad...”, cit., pp. 1060-1081.

13. Esta nueva filosofía rompe con el sistema de protección tradicional que se había venido dispensando a las personas con discapacidad y que aparecía recogido en nuestro ordenamiento jurídico antes de la reforma efectuada por la Ley 8/2021, así como en algunos países europeos e iberoamericanos; protección tradicional que se basaba en la restricción total o parcial de su capacidad de obrar, con el nombramiento judicial de un tutor o, en su caso, de un curador, y la debida enumeración de los actos en los que fuese obligada su intervención o autorización. Ciertamente, la tendencia actual se dirige hacia la flexibilización de las medidas de protección¹⁹, que deberán ser proporcionadas y adaptadas a las circunstancias del sujeto, de tal modo que siga siendo posible que individuos que sufren una discapacidad lleven a cabo por sí mismos actos y negocios jurídicos. El fundamento último de todo esto reside en la manifestación del consentimiento o voluntad²⁰.

14. No obstante, se echa en falta que la Convención no mencione entre sus principios rectores el del interés de la persona con discapacidad, que opere como consideración primordial en todas las decisiones que le conciernen —en supuestos en los que las facultades naturales de conocer y querer del sujeto se encuentren totalmente anuladas, repercutiendo directamente en una imposibilidad de autorregulación de los propios actos—, de manera similar a como lo hace el principio del interés del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²¹.

III. Breves apuntes sobre el estado de la cuestión en el ámbito de la Unión Europea

15. Parece conveniente comenzar recordando la regulación de los derechos de las personas adultas o que padecen algún tipo de discapacidad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Más en concreto, cabe situar el punto de partida en el art. 1 CDFUE, que recoge el principio de inviolabilidad de la dignidad de la persona humana, que deberá ser respetada y protegida. También resulta relevante traer a colación el art. 3 CDFUE, que incorpora el derecho a la integridad física y psíquica de la persona. Además, debe mencionarse el principio de igualdad y no discriminación, que, entre otras circunstancias, recoge la edad y la discapacidad como motivos de no discriminación (arts. 20 y 21 CDFUE). Del mismo modo, muy importantes resultan los arts. 25 y 26 CDFUE, que se refieren específicamente a los derechos de las personas mayores y a la integración de los discapacitados. Y en esta misma línea, se reconoce el derecho a prestaciones de la Seguridad Social o a ayudas sociales que garanticen la protección en casos de vejez y dependencia (art. 34 CDFUE)²².

16. Igualmente, debe mencionarse el documento denominado “Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación²³”, que planteó, entre otros objetivos, reducir la exclusión social, en tanto que podía suponer un obstáculo a la libre circulación de los ciudadanos europeos por todo el territorio de la Unión. El envejecimiento también se tuvo en cuenta por la mencionada Estrategia como un reto a largo plazo que se está intensificando a nivel mundial. Ello entronca con la situación de las personas con discapacidad y la obligación que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de garantizar el libre ejercicio de su capacidad jurídica²⁴.

¹⁹ Cfr. S. ADROHER BIOSCA, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, nº 1, 2019, p. 167.

²⁰ Vid. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI y R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “Manifestación de voluntad...”, cit., pp. 1060-1081.

²¹ Disponible en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²² Junto a ello, cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2022, sobre la igualdad de derechos para las personas con discapacidad (2022/2026(INI)), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022IP0435>

²³ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/europe-2020-the-european-union-strategy-for-growth-and-employment.html> (última consulta: 16/06/2024).

²⁴ Vid. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “Personas con discapacidad psíquica en situaciones de protección transfronteriza...”, cit., pp. 97-100, 103-106.

17. Al hilo de lo arriba señalado, no está de más recordar que la Unión Europea se adhirió a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en diciembre de 2010, como primera organización regional de integración. Este ha sido el primer y único tratado internacional sobre derechos humanos que la Unión Europea ha ratificado en su conjunto

18. La ratificación de la Convención por parte de la Unión Europea comporta que su actuación deba someterse al control del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano que verifica el cumplimiento del tratado. Por este motivo, en 2016 y en el seno de la Unión Europea, se llevó a cabo el “Informe sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas”. A este respecto, entre otros extremos, se hace hincapié en que *“la Unión Europea debería adoptar las medidas pertinentes que garanticen que todas las personas con discapacidad que se hayan visto privadas de su capacidad legal puedan ejercer la totalidad de los derechos consagrados en los tratados y la legislación de la Unión”*.

19. Muy interesante resulta el reconocimiento implícito que se lleva a cabo en el Informe sobre las posibilidades que ofrece el Convenio de La Haya sobre la Protección Internacional de los Adultos al objeto de la aplicación y el apoyo de las obligaciones internacionales de las partes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cabe recordar que el CH 2000 no ha sido ratificado por la totalidad de los Estados miembros, como es el caso de España.

20. Consecuencia de lo anterior es la Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables²⁵, que toma en consideración que *“todo adulto vulnerable debe ser considerado titular de derechos y capaz de tomar decisiones libres, independientes y con conocimiento de causa dentro de los límites de su capacidad, y no solo como beneficiario pasivo de una serie de cuidados y atenciones”*.

21. La citada Resolución alude nuevamente al CH 2000, considerándolo un instrumento adecuado para solventar los problemas que suscitan las situaciones transfronterizas que afectan a los adultos vulnerables. En este sentido, se considera necesario actuar a escala de la Unión para garantizar la protección de los adultos, motivo por el cual se anima a aquellos Estados miembros que no hayan ratificado el Convenio a hacer lo propio.

22. De igual modo, cabe traer de nuevo a colación la Propuesta de Decisión del Consejo, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos; propuesta que fue presentada el 31 de mayo de 2023. Así se pretende que los Estados miembros de la Unión Europea apliquen normas comunes de Derecho Internacional privado en las relaciones con terceros Estados que sean parte en el citado Convenio²⁶.

23. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que, dada la incidencia que este tipo de situaciones tienen en lo que se refiere al derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, sería deseable que se articularan instrumentos normativos que regulasen directamente la protección de los adultos vulnerables a nivel de la Unión Europea²⁷. Ténganse en cuenta aquí que, en materia de Derecho Interna-

²⁵ Puede consultarse en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235_ES.html (última consulta: 16/06/2024).

²⁶ El CH 2000 ha sido ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Malta, Irlanda, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Polonia y Portugal, además de Suiza, Mónaco y el Reino Unido, aunque aún no ha entrado en vigor en Italia, Países Bajos, Luxemburgo y Polonia. Una información más completa sobre este tema puede verse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71> (última consulta: 16/06/2024).

²⁷ Vid. S. ADROHER BIOSCA, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado...”, cit., pp. 169-170.

cional privado, la Unión Europea no dispone de ningún Reglamento que tenga por objeto el estado civil o la capacidad de las personas, ni tampoco en relación con la protección de personas adultas.

24. No obstante, ello no significa que la Unión Europea no muestre interés sobre la posible unificación de las normas de Derecho Internacional privado de los Estados miembros relativas a la protección de adultos en situaciones internacionales, mediante la adopción, en aras de la armonía internacional de soluciones, de un instrumento que facilite la respuesta a los problemas que plantea la protección de adultos en situaciones vinculadas con la Unión Europea, y que sirva al propósito de evitar el riesgo de que se dicten resoluciones claudicantes, ante la diversidad de soluciones que presentan los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, dejando al margen la iniciativa que tiene por objeto que los Estados miembros, que todavía no lo han hecho, se adhieran al CH 2000, se han llevado a cabo trabajos previos a la elaboración de un Reglamento europeo sobre protección de adultos vulnerables. En lo que a esto se refiere, hay que hacer alusión de nuevo a la Propuesta de un Reglamento que se aplicará entre los países de la Unión Europea (salvo Dinamarca), aprobada el mismo día 31 de mayo de 2023 y que introduce normas comunes en relación con todos los sectores del Derecho Internacional privado.

25. En lo atinente al objeto del presente trabajo, parece oportuno referirse a la sección 1 del capítulo IV de la mencionada Propuesta del Reglamento, donde se regula el reconocimiento automático de las medidas adoptadas por las autoridades de los Estados, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo y del principio de confianza mutua en la UE, con motivos de denegación del reconocimiento basados en la protección del adulto vulnerable y suprimiendo la necesidad del *exequátur*²⁸.

IV. Notas de interés sobre el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos

26. Se trata de un instrumento que surgió con intención de aportar seguridad ante las dificultades que genera en la práctica, especialmente notarial, el notable incremento de personas que, tras su jubilación, optan por trasladarse a otros países en busca de un clima más benigno o de un entorno más alejado de las grandes ciudades. Estas personas suelen disponer de un patrimonio, que, en el momento en que sus capacidades resultan mermadas, no son capaces de gestionar. En este sentido, el Convenio responde a la necesidad de encontrar la armonía internacional de soluciones²⁹. Aquí, debe resaltarse que el CH 2000 sigue el modelo del Convenio de La Haya de Protección de menores, de 19 de octubre de 1996³⁰. Así, de manera similar a este último Convenio, el Convenio de Protección de Adultos incluye el interés del adulto como principal consideración, junto con el respeto a su dignidad y voluntad, por lo que, al mencionar estas dos circunstancias, parece estar defendiendo la necesidad de alcanzar un equilibrio entre todos estos principios³¹.

27. Como el propio Convenio indica, este instrumento tiene por objeto “*la protección en situaciones internacionales*³² de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades

²⁸ Las Propuestas del Reglamento y de la Decisión, véanse en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/civil-and-commercial-law/protection-adults_es

²⁹ Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/16670a18-0343-43c4-b532-9a3050395501.pdf>

³⁰ Ello es así debido a que en la Decimoséptima Sesión, donde se revisó el Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, se acordó que, planteándose problemas similares, los expertos valorasen la oportunidad de aplicar a la protección de adultos las soluciones alcanzadas en materia de protección de menores, con las debidas adaptaciones. Al respecto, vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42, cit.

³¹ Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 44, cit.

³² Por situación internacional ha de entenderse aquella que implica a más de un Estado, si bien nada impide que el Convenio se aplique a situaciones meramente internas en aquellos países que disponen de un sistema plurilegislativo (art. 44). Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, cit.

personales, no están en condiciones de velar por sus intereses” (art. 1)³³. Por adulto³⁴ ha de entenderse todo sujeto mayor de dieciocho años (art. 2)³⁵, de manera que dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Convenio estarían comprendidas todas aquellas personas que presenten limitaciones en sus facultades por razón de una enfermedad, pero también los ancianos que tengan algún tipo de alteración o disminución de sus capacidades³⁶. No se requiere, por tanto, que la persona haya sido incapacitada judicialmente, aunque —a pesar de que muchos Estados miembros han reformado su legislación en materia de capacidad— la medida de incapacitación sí que se encuentra contemplada por la Convención³⁷.

28. Ahora bien, el Convenio únicamente regula cuestiones propias de Derecho Internacional privado, como la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, junto con normas sobre reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas por los Estados contratantes, y las relativas a la cooperación de autoridades. A este respecto, debe indicarse que el Convenio señala que pretende evitar conflictos entre sistemas jurídicos en relación con los tres sectores básicos que conforman el Derecho Internacional privado, a la vez que subraya la importancia de la cooperación internacional para la protección de los adultos³⁸.

29. Primeramente, debe delimitarse el ámbito de aplicación material del CH 2000. En este sentido, el art. 3 del Convenio³⁹ enumera una serie de medidas de protección de adultos, de carácter personal y patrimonial, que tienen carácter ilustrativo, con la intención de cubrir un amplio elenco de instituciones. Ciertamente es que puede darse el caso que no todas las medidas de protección estén previstas en los ordenamientos de los Estados contratantes, si bien este extremo carece de relevancia, en tanto que la aplicación de una u otra institución protectora dependerá de la ley aplicable designada por las normas de conflicto del Convenio. Lo que no entra dentro del mencionado art. 3 es la validez de los actos celebrados por una persona adulta respecto de la que se ha acordado una de las medidas protectoras que enuncia el citado precepto⁴⁰.

³³ Puntualiza Lagarde que la expresión “no está en condición de velar por sus intereses” ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto los intereses patrimoniales como los personales o de salud. Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, cit.

³⁴ En cualquier caso, como explica Lagarde, en los trabajos preparatorios del Convenio se optó por evitar términos jurídicos, como el de incapaz, por tener distintos significados en las diferentes legislaciones internas. De ahí que se prefiriera acudir a una definición objetiva de adulto. Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 45, cit.

³⁵ La edad mínima de dieciocho años está fijada teniendo en cuenta que el CH 1996 de Protección de Menores fija esa misma edad como límite máximo para su aplicación. Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 47, cit.

³⁶ Concretamente, en el Informe Explicativo se indica que el Convenio cubre a las personas que padecen alguna discapacidad física o psíquica, junto con las de edad avanzada que sufren una disminución de sus facultades y, en especial, a aquellas personas afectadas por Alzheimer. El texto se aplica tanto si se trata de una disminución de facultades temporal o permanente, siempre que haga necesaria una medida de protección. Señala también Lagarde que la protección de víctimas de violencia extrema, que surge, por ejemplo, en el caso de mujeres que sufren maltrato, está excluida del ámbito de aplicación del Convenio, en tanto que requieren medidas de carácter policial.

³⁷ Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 50, cit. Así lo indican también, A. DURÁN AYAGO, “Nuevos escenarios en la protección...”, cit.; y, A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “La protección de las personas con discapacidad en el derecho internacional. Especial referencia a las situaciones que implican la intervención de varios Estados”, *Revista MEDIC*, Vol. 21, n° 2, 2013, pp. 56-60.

³⁸ Sobre este particular, Durán Ayago subraya el cambio de orientación que ha supuesto este Convenio, habida cuenta que pone el acento en la cooperación de autoridades como forma de hacer efectiva la protección de adultos, frente al método tradicional del conflicto de leyes. Esta autora destaca, así mismo, el uso que hace el Convenio de técnicas de flexibilización en los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable. Vid. A. DURÁN AYAGO, “Nuevos escenarios en la protección...”, cit.

³⁹ Dentro de estas medidas están la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; así como la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto.

⁴⁰ Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 57, cit.

30. De otra parte, el art. 4 del Convenio establece las cuestiones expresamente excluidas de su ámbito de aplicación, salvo por lo que respecta a la condición de una persona a actuar como representante del adulto. Se trata de medidas que, o bien ya están incluidas dentro de la esfera de otros instrumentos (alimentos, matrimonio, salvo la representación de los cónyuges, régimen económico matrimonial, *trust*, sucesiones), o bien son materia de Derecho público, destinadas a proteger intereses esenciales de los Estados contratantes (seguridad social, salud, medidas vinculadas a infracciones penales, decisiones sobre el derecho de asilo o inmigración y seguridad pública).

31. Dado el objeto del presente trabajo, conviene centrarse en las normas relativas al sector de la validez extraterritorial de decisiones. En este punto, el Convenio de La Haya de 2000, sobre protección de adultos, sigue las líneas generales establecidas en el Convenio de La Haya de 1996, en materia de protección de menores. Como ya se ha indicado, este instrumento distingue entre el conocimiento, regulado en los arts. 22 a 24, y la declaración de ejecutoriedad o *exequátur* o el registro a efectos de ejecución, que se contemplan en los arts. 25 y 26, así como la ejecución, incorporada al art. 27. El sistema previsto por el CH 2000 parte del reconocimiento de pleno derecho, es decir, sin necesidad de procedimiento alguno, de las medidas acordadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes. Ahora bien, es de precisarse que este sistema no operará si se solicita también algún acto de ejecución. No obstante, el Estado parte frente al que se inste el reconocimiento podrá alegar alguna de las causas de denegación recogidas en el apartado 2 del mismo Convenio⁴¹. El Estado requerido podrá denegar el reconocimiento si concurre alguna de estas circunstancias, si bien no está obligado a ello⁴².

32. Por otro lado, el art. 23 incorpora una acción preventiva del reconocimiento o de la denegación del reconocimiento de una medida adoptada en un Estado contratante. El procedimiento, que comenzará a instancias del interesado, se regirá por la ley del Estado requerido.

33. La declaración de ejecutoriedad, que se regula en el art. 25 del Convenio, se iniciará a solicitud de la parte interesada y conforme al procedimiento establecido en la ley del Estado requerido. También se requiere que la medida cuya ejecución o registro se pretende sea ejecutoria en el Estado requirente. Una vez declaradas ejecutivas, tales medidas podrán ser objeto de ejecución o registro en el Estado requerido, como si se tratasen de medidas adoptadas por las autoridades de dicho Estado, lo que supone que la ejecución deba realizarse de conformidad con la ley del Estado requerido (art. 27).

34. Tanto para el reconocimiento como para el *exequátur*, el Convenio dispone la prohibición de revisión sobre el fondo (art. 26).

V. Consideraciones sobre la validez extraterritorial de decisiones en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil

35. Sobre este punto, debe recordarse que las normas de producción interna se aplican de forma subsidiaria, para el caso de que no puedan entrar en juego normas internacionales, procedentes de la Unión Europea o de la dimensión convencional. Luego, sobre este particular, salvo que opere norma internacional, se debe acudir a las reglas previstas en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (art. 2 LCJIMC), en cuyos arts. 41 a 61 se regulan los efectos jurídicos de las resoluciones extranjeras en España, tanto si proceden de un procedimiento contencioso como de jurisdicción volun-

⁴¹ En resumen, las causas de denegación del art. 22.2 del Convenio de 2000 son las siguientes: que la medida se haya dictado por autoridad que carece de competencia en virtud de los criterios del Convenio; que la medida se haya dictado inaudita parte, salvo que se trate de una medida urgente; que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público internacional del Estado requerido o contrario a una norma imperativa; incompatibilidad de la medida con otra dictada con posterioridad en un Estado no contratante que sería competente según los arts. 5 a 9, cuando esta última reúna los requisitos para su reconocimiento en el Estado requerido.

⁴² Vid. P. LAGARDE, *Informe Explicativo - Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 57, cit.

taria. También se aplican al reconocimiento y ejecución las medidas cautelares y provisionales, pero únicamente “*cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria*” (art. 41 LCJIMC).

36. Esta LCJIMC distingue el reconocimiento de la ejecución, de tal manera que, en el primer caso, se trata de otorgar efectos procesales a la resolución extranjera, mientras que, en el segundo, lo que se prevé es el procedimiento para que dicha resolución despliegue efectos ejecutivos en España. En ambos supuestos, el procedimiento a seguir será el del *exequátur*, si bien es necesario obtener el previo reconocimiento de la resolución extranjera para que esta pueda ser objeto de ejecución en nuestro país. De este modo, la LCJIMC incorpora un sistema basado en que toda resolución extranjera puede desarrollar sus efectos jurídicos en nuestro país, salvo que concurra alguna de las causas previstas para su denegación (art. 46.1 LCJIMC), entre las que cabe destacar especialmente la contrariedad con el orden público, prevista en la letra a), dejando de lado el anterior régimen de “condiciones” de la LEC 1881⁴³.

37. Por otra parte, la LCJIMC establece una serie de mecanismos para que las decisiones extranjeras produzcan efectos jurídicos en España. Tales mecanismos son: el reconocimiento incidental (art. 44.2), el *exequátur* (art. 50.1), el reconocimiento por homologación (art. 42.1) y el no reconocimiento por homologación (art. 42.2).

38. En último término, no debe perderse de vista que, tratándose los efectos de expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, en defecto de normativa europea, se aplicarán las reglas de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (art. 11, en cuanto a la inscripción registral, y art. 12, por lo que respecta a la eficacia)

VI. Incorporación de los principios de la Convención de 2006 al Derecho español. Breve referencia a la Ley Orgánica 2/2018 y a la Ley 8/2021.

39. A los efectos del presente trabajo, resulta relevante traer a colación la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. En el Preámbulo de esta norma se hace hincapié en que la Convención de 2006 “*tiene el propósito declarado de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1*”. Y a tal fin, el art. 29 de la Convención, teniendo en cuenta que “*el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática*”, “*conmina al Estado a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública*”.

40. Ello colisionaba con lo previsto en el art. 3.1.b y c de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, según el cual carecían de derecho de sufragio: “*b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*”; y, “*c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*”.

41. Por ello, atendiendo a las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la Ley Orgánica 2/2018 suprimió los apartados b y c del art. 3.1

⁴³ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Decimoctava edición, Granada, Comares, 2018, pp. 414-418.

de la LOREG y otorgó una nueva redacción al art. 3.2, en virtud de la cual: *“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”*.

42. Igualmente, se incorporó una disposición adicional octava con el siguiente tenor: *“A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”*⁴⁴.

43. Por otra parte, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, también tiene como principal objeto la adaptación de la normativa española a los principios de la Convención de 2006, y muy en particular, a su art. 12. Con esta finalidad, la Ley 8/2021 dio una nueva redacción al Título XI del Libro Primero del Código Civil, que, a partir de la reforma, adoptó el siguiente título: *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”*.

44. Respecto a la normativa sustantiva contenida en el Código Civil, cabe destacar que, desde la Ley 8/2021, la protección de las personas con discapacidad intelectual o psíquica ha pasado a articularse en torno a cuatro medidas de apoyo: las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

45. Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son aquellas establecidas por la propia persona con discapacidad; es esta quien designa a la persona que prestará el apoyo y determina el alcance de la medida. En la guarda de hecho⁴⁵, por su parte, una persona ejerce el apoyo de otra, que presenta una discapacidad, sin que haya medidas voluntarias o judiciales, o cuando habiéndolas, estas no se aplicaran eficazmente⁴⁶. En el común de los casos, el guardador de hecho de una persona con discapacidad será un miembro de la familia, sin requerir para ello una investidura jurídica formal, pues *“la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho”*⁴⁷. En el caso de que este necesitara acreditar la representación de la persona a quien asiste, podría obtener una autorización judicial *ad hoc*, previo examen de las circunstancias. Para ello, no tendrá que instaurar, dice la Ley, un procedimiento de provisión de apoyos.

46. La curatela es la medida de apoyo que recibe una regulación más minuciosa en la Ley 8/2021⁴⁸. Se trata de una medida de origen judicial, que se caracteriza por su naturaleza asistencial y

⁴⁴ Para mayor información, Vid. J. MARTÍNEZ CALVO y M.J. SÁNCHEZ CANO, “El equilibrio entre autonomía de la voluntad y la protección del interés superior de la persona con discapacidad...”, cit.

⁴⁵ En términos generales, a decir de M. PÉREZ MONGE, “La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad”, en S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 321-322, la guarda de hecho puede definirse *“como el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses, por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales”*.

⁴⁶ Vid. art. 250 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

⁴⁷ Extracto tomado del Preámbulo de la Ley 8/2021, publicada en el BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233 (última consulta: 16/06/2024).

⁴⁸ Esta nueva curatela, a decir de la doctrina, concentra en una sola figura, de contenido flexible, las medidas de tutela y curatela del régimen anterior. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en S. DE SALAS MURILLO y M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 254.

continuada⁴⁹, y a la que se recurrirá cuando no exista otra medida suficiente para la persona con discapacidad⁵⁰. Además, habrá situaciones en que sea preciso, si bien con carácter excepcional, que el curador asuma funciones representativas. *“Y aunque no se advierten del espectro de la reforma qué supuestos específicos justificarían el nombramiento de un curador; o, dicho de otro modo, qué personas pueden estar sujetas a curatela (algo que sí contemplaba la normativa anterior)”⁵¹, todo hace pensar que la medida estaría especialmente pensada para aquellas personas con discapacidad psíquica que a causa de esta pudieran verse afectadas en su capacidad natural de conocer y querer, lo que a su vez alteraría su capacidad de gobernarse a sí mismas, no pudiendo manifestar su voluntad, deseos y preferencias”⁵².*

47. La figura del defensor judicial es una medida que puede constituirse en forma paralela a la curatela y está prevista para casos muy específicos o que se dan en forma ocasional, como son los que impliquen conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad a quien este asista, o aquellos otros en que se presente una imposibilidad coyuntural que impida a quien ejerce habitualmente como apoyo poder hacerlo. Ahora bien, respecto de las medidas judiciales (curatela y defensoría), es preciso señalar que un procedimiento de provisión de apoyos solo podrá concluir en una resolución que determine los actos para los que la persona con discapacidad precisará de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, mas no declarará, bajo ningún sentido, su incapacitación ni, mucho menos, la privará de sus derechos⁵³, bien sean estos de índole personal, patrimonial o político.

48. Como se puede ver de todo lo anteriormente reseñado, con la nueva regulación que la Ley 8/2021 introduce en el Código Civil en materia de capacidad, queda suprimida la institución de la tutela, que ahora opera exclusivamente en relación con los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad (art. 199 del Código Civil, en la redacción dada por el art. 2.21 de la Ley 8/2021), habiéndose prescindido también de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada.

49. Por último, hay que apuntar que, también en cumplimiento de lo dispuesto en la Convención de 2006, se ha procedido a modificar el art. 49 CE, cuya reforma se publicó en el BOE el día 17 de febrero de 2024. En el Preámbulo de la mencionada reforma se pone de relieve que *“resulta patente que la redacción original del artículo 49 de la Constitución Española de 1978, que plasmó el compromiso del constituyente con los derechos y libertades de las personas con discapacidad, precisa de una actualización en cuanto a su lenguaje y contenido para reflejar los valores que inspiran la protección de este colectivo, tanto en el ámbito nacional como internacional”*. Por esta razón, la nueva redacción del art. 49 CE ha quedado expresada en los siguientes términos:

“1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

⁴⁹ Vid. art. 250 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

⁵⁰ Vid. art. 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

⁵¹ La redacción del art. 286 del Código Civil anterior a la reforma de 2021 establecía: *“Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedarán impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. 3. Los declarados pródigos”*.

⁵² R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “La incidencia del nuevo sistema de protección...”, cit., p. 819.

⁵³ Vid. art. 269 del Código Civil reformado por la Ley 8/2021.

VII. Exequátur sobre incapacidad y privación de derechos en materia electoral: la sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida en el Rol N° 87.878-2023

50. Es materia de análisis el *exequátur* que resolvió la Corte Suprema de Chile en relación con una sentencia española, anterior a la vigencia de la Ley 8/2021, que declaró la incapacidad total de una persona y decretó la privación de su derecho de sufragio.

51. El caso se remonta a la sentencia de incapacitación núm. 170/2019, de 10 de octubre de 2019, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 7 de Cáceres, España, que quedó firme y ejecutoriada con fecha 21 de abril de 2023. En términos generales, la referida sentencia: i) declaró la incapacidad total de David Alejandro C. M. para gobernar su persona y sus bienes, que comprende los actos de administración y disposición de sus bienes por actos *inter vivos* y *mortis causa*; ii) rehabilitó la patria potestad sobre el incapaz para que aquella fuera ejercida por su madre, doña Cecilia Ximena M. N.; y, iii) decretó la privación del derecho de sufragio activo y pasivo del interdicto, ordenando que, una vez firme la resolución, se remita el testimonio de la misma a la Oficina del Censo Electoral para su anotación e inscripción en la Sección 4ª del Registro Civil de Cáceres.

52. Luego de ello, se solicitó a la Corte Suprema de Chile la concesión del *exequátur* y que se ordenase el cumplimiento de la sentencia de incapacitación núm. 170/2019, antes mencionada, dando así lugar a la causa signada con Rol N° 87.878-2023. Ante ello, la Corte Suprema de Chile emite la sentencia de 15 de abril de 2024, en la que pone de relieve que: “*Con España no existen tratados que regulen la fuerza que sus resoluciones han de tener en Chile y no pudiéndose recurrir, tampoco, al principio de reciprocidad, por no existir antecedentes al respecto, es necesario aplicar el sistema establecido en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil*”⁵⁴. De modo que, atendiendo particularmente a la circunstancia 1a. prevista en el artículo en cuestión, para el reconocimiento de las resoluciones de tribunales extranjeros, entre otras cosas, es preciso que estas no contengan nada contrario a las leyes de la República de Chile.

53. Considerando que la resolución extranjera cuyo reconocimiento se pretende priva al interdicto de su derecho de sufragio activo y pasivo, y que el art. 16 inc. 1° de la Constitución Política de la República de Chile ha previsto que: “*El derecho de sufragio se suspende: 1°. Por interdicción en caso de demencia; [...]*”, la mencionada Corte Suprema estima que, al suspenderse, de pleno derecho, el derecho de sufragio por la declaración de interdicción definitiva de la persona, no corresponde privarla ya de aquella prerrogativa. Razón por la cual, la sentencia de 15 de abril de 2024 viene a resolver que, se concede el *exequátur* solicitado, pero solo en cuanto se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia núm. 170/2019, de 10 de octubre de 2019, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 7 de Cáceres, España, que declaró la incapacidad total de don David Alejandro C. M. y, en consecuencia, se suspende el derecho de sufragio del interdicto. También se ordena que se proceda a la inscripción de la sentencia del juzgado español en el Registro de Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y a su notificación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 447 del Código Civil chileno⁵⁵, aplica-

⁵⁴ Art. 245 del Código de Procedimiento Civil: “*En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:*

1a. *Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;*

2a. *Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;*

3a. *Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.*

4a. *Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas”.*

⁵⁵ Art. 447 del Código Civil: “*Los decretos de interdicción provisoria o definitiva deberán inscribirse en el Registro del Conservador y notificarse al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere.*

La inscripción y notificación deberán reducirse a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes”.

ble a la materia por remisión expresa del art. 461 del mismo Código, así como su puesta en conocimiento del Registro Civil.

54. Como puede verse, en este caso la Corte Suprema de Chile considera que no corresponde privar al interdicto de su derecho de sufragio activo y pasivo, por cuanto ya en el ordenamiento jurídico chileno existe un precepto constitucional que suspende, de pleno derecho, el derecho de sufragio en supuestos de interdicción por demencia. Con lo cual, si bien se otorga eficacia, mediante *exequátur*, a la resolución española en orden a reconocer la incapacidad total del demandado, no sucede así en lo relativo a privarle de su derecho de sufragio, pero no porque no proceda este efecto como producto de la interdicción, sino por ser esta una medida que, de alguna manera, entraría en colisión con lo previsto en el ordenamiento interno de Chile (y no solo porque no tiene acomodo armónico a nivel normativo y técnico-jurídico, sino porque, en el fondo, no es lo mismo “privar” que “suspender”, en tanto lo primero aludiría más bien a despojar de plano, y lo segundo, a la posibilidad de reanudación). Cabe precisar, adicionalmente, que la sentencia núm. 170/2019, de 10 de octubre de 2019, objeto del *exequátur*, —con independencia del momento en que alcanzara firmeza— es una que fuera emitida con anterioridad a la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo cual explica la referencia de la sentencia española a expresiones tales como incapacitación total, privación de derechos y rehabilitación de la patria potestad.

VIII. ¿Sería posible que las autoridades españolas otorgasen el *exequátur* de una sentencia chilena en un supuesto equivalente al que resuelve la resolución de la Corte Suprema de Chile en el marco del Rol N° 87.878-2023?

55. Con carácter previo, hay que recordar que la Ley 8/2021 ha suprimido la tutela, la patria potestad prorrogada, así como la rehabilitación de la patria potestad. Al mismo tiempo, no hay que perder de vista que la Ley 8/2021 igualmente ha prescindido del procedimiento de incapacitación y de la privación de derechos. Todo ello ha dado lugar a un nuevo sistema de protección basado en los apoyos y en el respeto a la autonomía de la voluntad.

56. Asimismo, cabe reiterar que la Ley Orgánica 2/2018 ha dejado sin efecto las limitaciones que hasta entonces recogía el art. 3.1 b y c de la LOREG en relación con el derecho de sufragio de las personas que habían sido declaradas incapaces por sentencia judicial firme o que se encontrasen internadas en un hospital psiquiátrico con autorización judicial.

57. Del mismo modo, hay que atender a que la regulación de Chile aún no ha sido adaptada a las disposiciones de la Convención⁵⁶ Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁷, y que se trata de un país con el que España no tiene un Tratado de reconocimiento de sentencias extranjeras.

58. Por este motivo, en defecto de normativa internacional aplicable, el *exequátur* de esa hipotética resolución judicial chilena, por la cual se acordase la incapacitación de un sujeto y la consiguiente privación de derechos, en especial, del derecho de sufragio, quedaría al amparo de lo dispuesto en los arts.

⁵⁶ Para un mayor conocimiento del tema, consulte D. JARUFE CONTRERAS, “La capacidad de ejercicio: un análisis crítico de las normas del Código Civil y la necesidad de su modernización, más allá de la interpretación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 38, 2022, pp. 9-61.

⁵⁷ Chile ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo el 29 de julio de 2008. Vid. <https://acnudh.org/en-chile-celebran-10-anos-de-la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/#::~:~:text=Chile%20ratific%C3%B3%20la%20Convenci%C3%B3n%20sobre,29%20de%20julio%20de%202008.&text=El%2013%20de%20diciembre%20de,de%20las%20Personas%20con%20Discapacidad> (última consulta: 16/06/2024).

44 y ss. de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. En concreto, cabría cuestionarse si dicha sentencia resultaría contraria al orden público internacional español y, en consecuencia, si sería posible denegar el *exequátur* con fundamento en la causa de denegación de reconocimiento prevista en el art. 46.1.a) LCJIMC, basada en la contrariedad de la sentencia extranjera con el orden público.

59. Dicho lo cual, parece oportuno ofrecer una aproximación al concepto de orden público internacional. En palabras de Calvo Caravaca y Carrascosa González, “*se trata de principios básicos, absolutos y estructurales del Derecho español. Operan como un ‘eje central’ o ‘principio básico’ del ordenamiento jurídico español. Un principio jurídico es ‘fundamental’ o ‘básico’ cuando presenta un valor absoluto y general en el ordenamiento jurídico español (=no admite ninguna excepción) y cuando protege elementos necesarios para la convivencia y la paz en la sociedad española*”⁵⁸. En este punto, debe indicarse que los principios que constituyen el orden público internacional español traen causa de la Constitución Española, así como también del Derecho Privado de la Unión Europea y de las normas de protección de los derechos humanos recogidas en convenios internacionales en vigor en nuestro país. Junto con ello, diferentes normas de Derecho Privado de producción interna también incluyen principios básicos del Derecho español susceptibles de incorporarse a la noción de orden público internacional español⁵⁹.

60. Sentado lo que antecede, no puede desconocerse que la CE 1978 establece, junto con el principio de igualdad y no discriminación del art. 14, el principio de igualdad material en el art. 9.2, al prever que “[c]orresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Justamente, de este último precepto derivan las medidas de discriminación positiva que el legislador español ha ido incorporando en diferentes textos legales a fin de conseguir la igualdad real de las personas que padecen algún tipo de discapacidad.

61. Otro precepto importante lo constituye el art. 10 CE, en cuyo apartado primero se reconoce que “[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. A lo cual ha de añadirse que, conforme al apartado segundo del art. 10 CE, “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta última parte del precepto comprende, entre otros textos internacionales sobre derechos humanos, a las disposiciones de la Convención de 2006 y a las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas del Derecho de la Unión Europea, y en especial, la CDFUE. Ello, sin dejar de lado que, como ya se ha explicado, se ha procedido a reformar el art. 49 CE para adaptar su texto a la Convención de 2006.

62. Por lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, con anterioridad se ha hecho hincapié en la relevancia que otorga la CDFUE al principio de igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad (arts. 20 y 21 CDFUE), junto con el reconocimiento de los derechos de las personas mayores y a la integración de las personas que padecen discapacidad (arts. 25 y 26 CDFUE).

63. Como también se ha puesto de manifiesto, toda vez que el objetivo de la Convención de 2006 se sitúa en potenciar la autonomía de las personas con discapacidad para que puedan actuar por sí mismas en el tráfico jurídico, con arreglo al art. 12, que establece su igual reconocimiento como persona ante la ley, resulta lógica la previsión de que las personas que padecen una discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Del mismo modo, como se ha explicado ya, la Convención de 2006 muestra un rechazo absoluto hacia los sistemas

⁵⁸ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2000, p. 125.

⁵⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional privado*, cit., p. 124.

de representación, abogando por el establecimiento de las denominadas medidas de apoyo. Todo lo cual se ha incorporado al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 8/2021.

64. A la vista de las consideraciones anteriores, no cabe duda que los principios que conforman el actual sistema de protección de las personas con discapacidad representan, en su conjunto, principios y valores básicos de nuestro ordenamiento, hasta el punto formar parte del orden público internacional español.

65. Por todo ello, y al efecto de dar respuesta al interrogante planteado en el título de este epígrafe, parece razonable entender que las autoridades españolas podrían ampararse en lo dispuesto en el art. 46.1.a) LCJIMC para denegar el *exequátur* de una hipotética sentencia chilena que decretase la incapacitación de un sujeto y le privase de su derecho de sufragio activo y pasivo, por resultar contraria a los principios básicos y valores fundamentales del orden público internacional español, recogidos tanto en la CE 1978, como en la CDFUE y en la Convención de 2006, además de en nuestras normas de producción interna que han sido modificadas al objeto de su adaptación al régimen de dicha Convención

66. Ahora bien, no obstante lo que antecede, en este punto parece oportuno traer a colación las interesantes apreciaciones del profesor Carrascosa González⁶⁰, quien, al hilo del AAP Barcelona de 19 de octubre de 2022, que se pronuncia acerca del reconocimiento de una resolución judicial sobre incapacidad judicial acordada en Marruecos (ECLI:ES:APB:2022:4712^a), realiza las siguientes observaciones:

- 1^a. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 9.6.II CC, en palabras de Carrascosa González, *“si en otro Estado, —que será con frecuencia el Estado de la anterior o de la actual residencia habitual del sujeto—, no se sigue un «sistema de apoyos» sino un sistema de «declaración de incapacitación y de medidas de protección», acordadas por los jueces, entonces no existirán «medidas de apoyo» que puedan reconocerse en España y el sujeto no podrá realizar actos jurídicos válidos en España”*⁶¹.
- 2^a. Sin embargo, y al objeto de complementar lo antes dicho, el propio profesor Carrascosa González —tras afirmar que el reconocimiento en España de una medida de apoyo o de una incapacitación o de una medida de protección de una persona con discapacidad, se llevará a cabo conforme a los instrumentos legales internacionales en vigor en nuestro país, y a falta de ellos, con arreglo a lo establecido en los arts. 41 a 61 LCJIMC— aboga por la adaptación al Derecho español de una medida de protección acordada en otro país, con fundamento en el art. 44.4 LCJIMC, que dispone que: *“si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen”*. Sirva de ejemplo a este efecto el citado AAP Barcelona de 19 de octubre de 2022, analizado por dicho autor, en el cual, aunque se advierte que no cabe la posibilidad de reconocer en España la sentencia marroquí que declara la incapacidad de una persona por resultar contraria al orden público internacional español, sí que se otorga eficacia a la sentencia marroquí que acuerda una tutela. De este modo, la tutela acordada en Marruecos sobre persona que previamente había sido incapacitada se adaptó al Derecho español y se reconoció como una “asistencia” propia del Derecho catalán.

⁶⁰ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Incapacitación, acordada en otro país, de persona adulta. Efectos jurídicos en España”, en ACCURSIO DIP – BLOG, 02/10/2024, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=1984> (última consulta: 13/12/2024).

⁶¹ A este respecto, Carrascosa González critica la “letra absurda” del precepto, en tanto que, a su entender, el art. 9.6.II CC *“refleja la idea provinciana, burda y lugareña del legislador español, que piensa que en ningún país del mundo se puede declarar «incapaz» a una persona y someterla a una medida de protección, como una tutela. El legislador español piensa también que en todos los países del mundo se acuerdan «apoyos» a personas con discapacidad sin haberla declarado antes «incapaz». Ello es falso como la moneda falsa”*.

From the 2001 Evidence Regulation to its 2020 Recast: what does it remain and has it changed?

Del reglamento de obtención pruebas en material civil y mercantil del 2001 a su refundición del 2020: ¿qué permanece y qué ha cambiado?

CARLOS SANTALÓ GORIS

*Postdoctoral researcher
University of Luxembourg*

Recibido:18.01.2024 / Aceptado:17.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9348

Abstract: When courts of EU Member States have to take evidence in other Member States in the context of a civil or commercial procedure, they can rely on the 2020 Evidence Regulation. This instrument is the recast of the 2001 Evidence Regulation, and it provides two different paths for courts to take evidence abroad. One consists of a court asking a court in another Member State to take evidence on its behalf. This is the so-called indirect taking of evidence system. Alternatively, courts also have the possibility of directly taking the evidence located in another Member State. In broad terms, the 2020 Evidence Regulation has retained the main structure and content of the 2001 Evidence Regulation. However, it has introduced some innovations, such as the future mandatory use of electronic communications between the courts and authorities involved in the application of this instrument.

Keywords: EU law, 2020 Evidence Regulation, 1970 Hague Convention on the Taking of Evidence civil judicial cooperation, civil and commercial matters, cross-border taking of evidence, digitalisation, e-Codex.

Resumen: Cuando los tribunales de los Estados miembros de la UE tienen que obtener pruebas en otros Estados miembros en el contexto de un procedimiento civil o mercantil, estos pueden apoyarse en el reglamento europeo de obtención de pruebas aprobado en el año 2020. Este instrumento ofrece dos vías diferentes para que los órganos jurisdiccionales obtengan pruebas en el extranjero. Una consiste en que un tribunal de un Estado miembro pida al tribunal de otro Estado miembro que obtenga pruebas en su lugar. Es el llamado sistema indirecto de obtención de pruebas. Alternativamente, los órganos jurisdiccionales también tienen la posibilidad de obtener directamente las pruebas situadas en otro Estado miembro. En términos generales, el reglamento de obtención de pruebas ha mantenido la estructura y el contenido principales del reglamento europeo de obtención de pruebas del año 2001. No obstante, también ha introducido algunas innovaciones, como el futuro uso obligatorio de las comunicaciones electrónicas entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades implicadas en la aplicación de este instrumento.

Palabras clave: Derecho europeo, Reglamento europeo de obtención de pruebas, Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas, Cooperación judicial civil, Asuntos civiles y mercantiles, obtención transfronteriza de pruebas, digitalización, e-Codex.

Sumario: I. The recast of the Evidence Regulation. II. An alternative instrument to take evidence in other Member States. III. Scope of the application. IV. The two paths to take evidence in other Member States. V. The costs of taking evidence. VI. A reform awaiting to bear fruit.

I. The recast of the Evidence Regulation

1. On 1 July 2022, Regulation (EU) 2020/1783 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters became applicable except for Article 7.¹ The so-called 2020 Evidence Regulation is the recast of the 2001 Evidence Regulation,² one of the first EU civil procedural instruments created after the EU gained powers to legislate in the field of civil judicial cooperation.³ Except for few changes, in broad terms, the 2020 Evidence Regulation reproduces the 2001 Evidence Regulation.⁴ The main innovation brought by the 2020 Evidence is Article 7, which establishes the future mandatory use of electronic communications between authorities involved in the application of this instrument.⁵ This article seeks to provide a general overview of the 2020 Evidence Regulation while highlighting what it has changed with respect to the 2001 Evidence Regulation, and taking into consideration the relevant case law of the Court of Justice of the European Union ('CJEU').

II. An alternative instrument to take evidence in other Member States

2. The very first remark that should be made about the 2020 Evidence Regulation is that this instrument is an optional tool.⁶ This means that courts are not required to rely on the 2020 Evidence Regulation when they need to take evidence found in other Member States. While this optional nature is not self-evident from the text of the 2020 Evidence Regulation, this is something that the CJEU has acknowledged on two occasions.⁷ First, in the CJEU, case C-170/11 C-170/11, *Lippens*.⁸ In this decision, the CJEU stated that the 2001 Evidence Regulation did not govern 'exhaustively' the cross-border taking of evidence.⁹ Courts could rely on their own domestic civil procedural rules to take evidence in other Member State.¹⁰ In C-332/11, *ProRail*, the CJEU reiterated the non-exclusive character of the 2001 Evidence Regulation.¹¹ In this case, the CJEU stated that 'a national court wishing to order an expert investigation which must be carried out in another Member State is not necessarily required to have recourse' to the 2001 Evidence Regulation.¹² While these two judgments were rendered under the 2001 Evidence Regulation, they remain relevant for the interpretation of the recast.¹³

It should be noted that the 2020 Evidence Regulation is not the only EU instrument that can be used to take evidence in other Member States. The Brussels I bis Regulation can also help in preserving evidence located in other Member States.¹⁴ This instrument establishes a uniform set of 'predic-

¹ Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (taking of evidence) (recast) ('2020 Evidence Regulation').

² Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, OJ L 174, 27.6.2001, pp. 1-24 ('2001 Evidence Regulation').

³ Article 81(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU') expressly states that the EU legislator can approve, through the ordinary legislative procedure, rules concerning 'cooperation in the taking of evidence' in civil matters having cross-border implications.

⁴ V. RICHARD, "Entry into force of the Evidence Regulation Recast", *EAPIL blog*, 2022, <<https://eapil.org/2022/08/30/entry-into-force-of-the-evidence-regulation-recast/>> (visited 10.11.2024).

⁵ In this regard, the Preamble of the 2020 Service Regulation is full of references concerning the importance of electronic communications and digital transmission documents, such as the one in Recital 7: "In order to ensure speedy transmission of requests and communications between Member States for the purposes of taking of evidence, any appropriate modern communications technology should be used".

⁶ A. ZIMMERMANN, "Art. 1 EuBVO" in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck 2024, margin No 17.

⁷ G. CUNIBERTI, "L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen", *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 524.

⁸ CJEU, 6 September 2012, C-170/11, *Lippens*, ECLI:EU:C:2012:540.

⁹ CJEU, 6 September 2012, C-170/11, *Lippens*, ECLI:EU:C:2012:540, para. 31.

¹⁰ CJEU, 6 September 2012, C-170/11, *Lippens*, ECLI:EU:C:2012:540, para. 31.

¹¹ CJEU, 21 February 2013, C-332/11, *ProRail*, ECLI:EU:C:2013:87, para. 44.

¹² CJEU, 21 February 2013, C-332/11, *ProRail*, ECLI:EU:C:2013:87, para. 49.

¹³ A. ZIMMERMANN, "Art. 1 EuBVO" in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no 16.

¹⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012, pp. 1-32.

table' rules on jurisdiction to determine which Member State has jurisdiction in cross-border civil and commercial litigation in the EU.¹⁵ Article 35 of the Brussels I bis Regulation, which contains a special jurisdictional rule on provisional measures, indicates that other courts with jurisdiction can also grant provisional measures. This provision does not establish an autonomous head of jurisdiction for provisional measures. It rather contains a reference to the domestic jurisdiction of the Member State.¹⁶ In other words, courts have to check if, under domestic law, they have jurisdiction to grant provisional measures in support of a proceeding on the substance of the matter that takes place abroad.¹⁷ Furthermore, the CJEU also determined that there has to be a real connecting link between the provisional measures requested and the Member State where those measures are requested.¹⁸

3. Recital 25 of the Brussels I bis Regulation clarifies that 'the notion of provisional, including protective, measures should include, for example, protective orders aimed at obtaining information or preserving evidence'.¹⁹ It also states that this notion 'should not include measures which are not of a protective nature, such as measures ordering the hearing of a witness'.²⁰ This means that Article 35 provides jurisdiction to grant measures to preserve evidence to courts which do not have jurisdiction to decide on the merits of the case.²¹ There are three prerequisites that need to be satisfied for a court to take evidence relying on Article 35 of the Brussels I bis Regulation. First, the court needs to have jurisdiction on the basis of its domestic law to take the evidence. In this regard, it should be recalled that Article 35 does not establish autonomous jurisdictional fora. Secondly, there has to be a real connecting link between the measures to take evidence and the Member States where these are requested. This link exists when the evidence is located in the Member State where the measure to take evidence is requested.²² Finally, the measures to take evidence need to have a protective element.²³ Such a protective nature exists when there is a risk the evidence might disappear unless the measure is adopted.²⁴

III. Scope of application

4. The 2020 Evidence Regulation applies to all Member States but Denmark,²⁵ as it occurred with the 2001 Evidence Regulation.²⁶ This means that Danish courts cannot rely on the 2020 Evidence

¹⁵ Recital 15 Brussels I bis Regulation.

¹⁶ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Provisional and Protective Measures in the Brussels I Regulation Recast", *Yearbook of Private International Law*, Vol. XVI, 2014/2015, p. 82.

¹⁷ For instance, Article 722 of the Spanish Code of Civil Procedure states that Spanish courts can grant provisional measures in support proceedings on the substance of the matter that takes place before a foreign court.

¹⁸ CJEU, 17 November 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 40.

¹⁹ It should be noted though that the Preamble does not have a binding character: See CJEU, 19 November 1998, C-162/97, *Nilsson*, ECLI:EU:C:1998:554, para. 54. The Commission Proposal of the Brussels I bis Regulation included a definition of 'provisional, including protective measures clarifying that these include 'protective orders aimed at obtaining information and evidence': Article 2 COM/2010/0748 final. However, this solution was eventually abandoned.

²⁰ It is questionable that hearing a witness does not have a protective nature under any circumstance. This could be the case when the witness is about to die and urges their hearing: Garcimartín Alférez (fn 16), p. 82.

²¹ Across the national case law of the Member States there are examples of courts adopting measures to take evidence on the basis of Article 35 of the Brussels I bis Regulation. For instance, in Luxembourg, the Court of Appeal (*Cour d'appel*) determined that Luxembourgish courts had jurisdiction to adopt a measure of expertise on the basis of Article 35 of the Brussels I bis Regulation in cases where Belgian courts had jurisdiction to decide on the substance of the matter: *Cour d'appel*, 15.11.2017, Arrêt N° 164/17 – VII – REF. The French Court of Cassation (*Cour de cassation*) has acknowledged this possibility on several occasions: *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1*, 4 mai 2011, 10-13.712; *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1*, 14 mars 2018, 16-19.731; *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1*, 27 janvier 2021, 19-16.917.

²² C. LENZ, "L'exploitation du rapport d'expertise français par le juge allemand: la toute-puissance de l'article 35 du règlement Bruxelles I bis", *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 478–479.

²³ In C-104/03, *St Paul Dairy*, the CJEU determined that hearing a witness with the sole purpose of deciding 'whether to bring proceedings on the substance' was a not provisional measure in the sense of Article 24 of the Brussels Convention (fnow Article 35 of the Brussels I bis Regulation): CJEU, 28 April 2005, C-104/03, *St Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255, para. 17.

²⁴ A. NUYS, "La refonte du règlement Bruxelles I", *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 46.

²⁵ Recital 37, 2020 Evidence Regulation.

²⁶ Recital 22, 2001 Evidence Regulation.

Regulation to take evidence in other Member States and courts from other Member States cannot use the 2020 Evidence Regulation to take evidence in Denmark.²⁷ For those cases, the 1970 Hague Convention on Taking of Evidence applies instead.²⁸

5. Concerning the material scope of the Evidence Regulation, this applies only in ‘civil and commercial matters’.²⁹ The expression civil and commercial is an autonomous notion of EU law, that has to be interpreted independently from what it is understood by ‘civil and commercial matters’ under national law.³⁰ This is what the CJEU has determined in relation to the notion of ‘civil and commercial’ matters of the Brussels I bis Regulation.³¹ While the CJEU has not provided a positive definition of what is meant by ‘civil and commercial matters’,³² it has always interpreted it in a broad manner.³³ Unlike the Brussels I bis Regulation,³⁴ there are no excluded subject matters from the scope of the 2020 Evidence Regulation. This implies that this instrument applies to any area that falls within the scope of civil and commercial matters, such as family law or insolvency law-related cases.³⁵

6. The notion of ‘taking evidence’ is also an autonomous concept of EU law.³⁶ This was implicitly confirmed by the CJEU when it established that ‘seeking the address of a person on whom a judicial decision is to be served does not constitute taking evidence’.³⁷ In C-175/06, *Tedesco*, a case for which the CJEU did not arrive at rendering a judgment, Advocate General Kokott defined ‘taking evidence’ as ‘the sensory perception and appraisal of an item capable of constituting evidence’.³⁸

IV. The two paths to take evidence in other Member States

7. In broad terms, the 2020 Evidence Regulation contains two paths to take evidence in other Member States: the indirect and the direct taking of evidence.³⁹

1. Indirect taking of evidence

8. The first method and more classic path to take evidence abroad is the indirect taking of evidence.⁴⁰ Through this procedure, a court of a Member State requests the court of another Member State to take evidence on its behalf.

²⁷ A. ZIMMERMANN (fn 13), margin no. 16.

²⁸ Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (The Hague, 18 March 1970, entry into force 7 October 1972) (“1970 Hague Convention on Taking of Evidence”). In this sense, see: T. RAUSCHER, “Art. 1 EG-BewVO” in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3*, C. H. Beck, 2022, margin no. 2.

²⁹ Article 1, 2020 Evidence Regulation.

³⁰ J. VON HEIN, “Art. 1 EG-BewVO” in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band II/I*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 1 - 2.

³¹ CJEU, 28 February 2019, C-579/17, *Gradbeništvo Korana*, EU:C:2019:162, paras. 46–47.

³² G. CUNIBERTI and S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation: A Commentary*, Cambridge, 2018, p. 65.

³³ CJEU, 16 July 2020, C-73/19, *Movic BV and Others*, ECLI:EU:C:2020:568, para. 34.

³⁴ Article 1(2) Brussels I bis Regulation.

³⁵ VON HEIN (fn 30), margin no. 4.

³⁶ P. SCHLOSSER, “Art. 1 EuBVO” in P. F. SCHLOSSER and B. HESS (eds.), *EU-Zivilprozessrecht: EuZPR*, C. H. Beck 2021, para. 6; ZIMMERMANN (fn 13), margin no 7.

³⁷ CJEU, 9 September 2021, Joined Cases C-208/20 and C-256/20, *Toplofikacia Sofia*, ECLI:EU:C:2021:719, para. 25

³⁸ Opinion Advocate General Kokott in C-175/06, *Tedesco*, ECLI:EU:C:2007:451, para. 55.

³⁹ R. JANSEN, “Explaining the methods for taking evidence abroad within the EU and some first observations on the proposal for the Evidence Regulation (recast)” *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2019, p. 757. These two methods are also referred to as passive and active taking of evidence: B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, 2020, paras. 8.36–8.37.

⁴⁰ Modelled on the system to take evidence through the 1970 Hague Convention on Taking of Evidence: J. VON HEIN, “Art. 12 EG-BewVO” in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band II/I*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 1 - 3.

A) The ‘courts’ that submit a request to take evidence

The 2020 Evidence Regulation has introduced a definition of court with the aim to dissipate the doubts surrounding which authorities could submit request to take evidence under the 2001 Evidence Regulation.⁴¹ In this regard, courts are defined ‘courts and other authorities in Member States as communicated to the Commission under Article 31(3), that exercise judicial functions, that act pursuant to a delegation of power by a judicial authority or that act under the control of a judicial authority, and which are competent under national law to take evidence for the purposes of judicial proceedings in civil or commercial matters’.⁴² This means that the notion of court includes other authorities that, though not *stricto sensu* courts, might exercise judicial functions.⁴³ This is the case of Hungary, that notified the Commission that notaries are considered courts for the purpose of sending a request to take evidence ‘in matters of succession and payment order procedures’.⁴⁴ Arbitration tribunals cannot rely on the 2020 Evidence Regulation because they are ‘courts or authorities’ of the Member States, but private bodies decide on a dispute.⁴⁵

B) Identifying the requested court

One of the main difficulties courts might encounter when submitting a request to a court of another Member State to take evidence on their behalf is determining which court of the requested Member State has jurisdiction to do so.⁴⁶ This is something that depends on law of each Member State.⁴⁷ For example, in Germany, the competent court is the local court in whose district the procedural act of taking evidence is to be carried out.⁴⁸ The e-Justice portal contains an online guide with a list of all the courts per Member State that have jurisdiction to handle requests to take evidence.⁴⁹

Requesting courts can be assisted by the central body of the requested Member State. The 2020 Evidence Regulation, in the same manner the 2001 Evidence Regulation,⁵⁰ requires Member States to appoint a central body.⁵¹ Central bodies, among other tasks, are responsible for ‘forwarding, in exceptional cases, a request to the competent court at the request of a requesting court’.⁵² Romania opted for the department specialised in judicial cooperation of its Ministry of Justice for the role of central bodies, while in Germany there is not one single central body: each German State has to appoint a central body.⁵³

⁴¹ The Commission Staff Working Document accompanying the Commission Proposal of the 2020 Evidence Regulation acknowledged the issues surrounding the absence of a clear notion of court: ‘Another cause for legal uncertainty concerns the diverging interpretation of “courts” under the Regulation by the national authorities. The definition of requesting courts was reported to be interpreted very narrowly in some Member States. One stakeholder from Hungary explained that requests by notaries acting in a “court-like capacity” were not recognised in another Member State’ (SWD(2018) 285 final, p. 16).

⁴² Article 2(b) 2020 Evidence Regulation.

⁴³ A. ZIMMERMANN, “Art. 2 EuBVO” in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no. 2.

⁴⁴ <https://e-justice.europa.eu/38581/EN/taking_evidence_recast?HUNGARY&member=1> accessed on 10 November 2024.

⁴⁵ ZIMMERMANN (fn 43), margin No 4. This limitation has been criticised by some scholars who consider that in the absence of a specific equivalent instrument for arbitral courts to take evidence abroad, they should be entitled to rely on the 2020 Evidence Regulation: B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, De Gruyter, 2020, para. 8.40.

⁴⁶ T. RAUSCHER, “Art. 3 EG-BewVO” in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3*, C. H. Beck, 2022, margin no. 4.

⁴⁷ T. RAUSCHER, “Art. 7 EG-BewVO” in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3*, C. H. Beck, 2022, margin no. 2.

⁴⁸ Section 1074(1) German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).

⁴⁹ According to Article 31 of the 2020 Evidence Regulation, Member States are required to provide the Commission with a list of the competent courts that can take evidence ‘indicating the territorial and, where applicable, the special jurisdiction of the courts’.

⁵⁰ Article 3(1) 2001 Evidence Regulation.

⁵¹ Article 4(1) 2020 Evidence Regulation.

⁵² Article 4(1)(c) 2020 Evidence Regulation.

⁵³ All this information can be found in the e-Justice portal: <https://e-justice.europa.eu/374/EN/taking_evidence> accessed on 10 November 2024.

C) The request to take evidence and its transmission

The request to take evidence is required to contain certain information.⁵⁴ This information includes ‘the nature and subject matter of the case and a brief statement of the facts’, and ‘a description of the taking of evidence requested’.⁵⁵ In case the required information is not provided, the requested court will not proceed to take the evidence and will ask the requesting court to provide the missing information.⁵⁶ The request has to be submitted relying on a standard form that can be found in Annex I of the 2020 Evidence Regulation.⁵⁷

The most significant change brought by the 2020 Evidence Regulation with respect to the 2001 Evidence Regulation is the mandatory use of electronic communications between courts and authorities during the procedure of taking evidence. This technological upgrade of the cross-border procedure to take evidence has to be understood in the context of the EU’s broader efforts to digitalise judicial cooperation between Member States.⁵⁸ It is no coincidence that the 2020 Evidence Regulation was approved alongside the 2020 Service Regulation,⁵⁹ which also introduced the mandatory use of electronic communications and other digital upgrades in the cross-border service of documents. This was followed by the approval of Regulation (EU) 2023/2844 on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters,⁶⁰ which introduced the mandatory use of electronic communications for all other EU civil procedural instruments.⁶¹

The 2020 Evidence Regulation indicates that electronic communications will have to be made through ‘a secure and reliable decentralised IT system with due respect for fundamental rights and freedoms’.⁶² A ‘decentralised IT system’ is defined as ‘a network of national IT systems and interoperable access points operating under the individual responsibility and management of each Member State, that enables the secure and reliable cross-border exchange of information between the national IT systems’.⁶³ According to the Commission Implementing Regulation of the 2020 Evidence Regulation, this decentralised system will be the ‘taking of evidence exchange system’ which is based on the e-CODEX system.⁶⁴ The e-CODEX is a decentralised IT system that has been developed at the EU level for more than decade.⁶⁵

Although the 2020 Evidence Regulation became applicable on 1 July 2022, the mandatory use of electronic communications has not become applicable yet. According to Article 35, this will only occur following the period of three years since the entry into force of the Commission’s implementing acts establishing the decentralised IT system.⁶⁶ The Commission Implementing Regulation of the 2020

⁵⁴ Article 5(1) 2020 Evidence Regulation.

⁵⁵ Article 5(1)(c)(d) 2020 Evidence Regulation.

⁵⁶ Article 10 2020 Evidence Regulation.

⁵⁷ Form A, Annex I 2020 Evidence Regulation.

⁵⁸ European Commission, *Digitalisation of justice in the European Union. A toolbox of opportunities*, (COM/2020/710 final)

⁵⁹ Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) (recast), OJ L 405, 2.12.2020, pp. 40–78.

⁶⁰ Regulation (EU) 2023/2844 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation, PE/50/2023/REV/1, OJ L, 2023/2844, 27.12.2023

⁶¹ Article 3 Regulation (EU) 2023/2844.

⁶² Article 7(1) 2020 Evidence Regulation.

⁶³ Article 2(2) 2020 Evidence Regulation.

⁶⁴ Commission Implementing Regulation (EU) 2022/422 of 14 March 2022 laying down the technical specifications, measures and other requirements for the implementation of the decentralised IT system referred to in Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and of the Council, C/2022/1451, OJ L 87, 15.3.2022, pp. 5–8 (‘Commission Implementing Regulation (EU) 2022/422’).

⁶⁵ On the origins of the e-CODEX system, see: M. VELICOGNA, ‘e-CODEX and the Italian Piloting Experience’ IRSIG-CNR Working Paper V.1.0, 2015, pp. 3–8. One the legal basis of the e-CODEX system, see: Regulation (EU) 2022/850 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on a computerised system for the cross-border electronic exchange of data in the area of judicial cooperation in civil and criminal matters (e-CODEX system), and amending Regulation (EU) 2018/1726 (Text with EEA relevance), PE/87/2021/REV/1, OJ L 150, 1.6.2022, pp. 1–19.

⁶⁶ ‘The Commission shall adopt implementing acts establishing the decentralised IT system’ (Article 25 2020 Evidence Regulation).

Evidence Regulation entered into force on 4 April 2022.⁶⁷ Therefore, the ‘taking of evidence exchange system’ should become operative on 4 April 2025. Meanwhile, transmission of the requests is done ‘by the swiftest possible means, which the requested Member State has indicated it can accept’.⁶⁸

The 2020 Evidence Regulation acknowledges certain situations in which courts will be entitled to use other means of communication than the ‘taking of evidence exchange system’. This will be possible when there is a ‘disruption of the decentralised IT system or to the nature of the evidence concerned, or due to exceptional circumstance’.⁶⁹ In these circumstances ‘the transmission shall be carried out by the swiftest, most appropriate alternative means, taking into account the need to ensure reliability and security’.⁷⁰

D) Grounds for refusal

The requested court can refuse to take evidence and it can be rejected under a limited number of grounds listed in Article 16.⁷¹ One is if the request falls outside the material scope of the 2020 Evidence Regulation.⁷² Another ground of refusal is ‘the execution of the request does not fall within the functions of the judiciary under the law of the Member State of the requested court’.⁷³ Requests can also be rejected if the request was incomplete and the requesting court did not provide the missing information after being informed by the requested court.⁷⁴ In certain cases, the requesting court can be required to cover in advance the costs that taking evidence might entail (e.g. the fees paid to an expert).⁷⁵ If the requesting court does not provide the money in advance, the requested court can refuse to take the evidence.⁷⁶

When taking of evidence consists of examining a person, such request to take evidence ‘shall not be executed’ when the person ‘invokes the right to refuse to give evidence or is prohibited from giving evidence’ under the law of the requesting or requested Member State.⁷⁷

E) The execution of the request to take evidence

The request to take evidence will be executed in accordance with the law of the Member State of enforcement.⁷⁸ However, the requesting court can ask to execute the request to take evidence ‘in accordance with a special procedure provided for in its national law’ or using ‘specific communications technology in the taking of evidence’.⁷⁹ The requested court can rely on coercive measures to take the evidence.⁸⁰ Representatives of the parties and the requesting court can also be present during the execution of the request to take evidence if this is allowed by the law of the requesting Member State.⁸¹ The requested court has a 90 days deadline to take the evidence.⁸² Once the execution has occurred, the requesting court has to be informed.⁸³

⁶⁷ Annex, point 1 Commission Implementing Regulation (EU) 2022/422.

⁶⁸ Article 6 2001 Evidence Regulation.

⁶⁹ Article 7(4) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁰ Article 7(4) 2020 Evidence Regulation.

⁷¹ No other grounds than those listed in Article 16 can be invoked to refuse to execute a request to take evidence: P. SCHLOSSER, “Art. 1 EuBVO” in P. F. SCHLOSSER and B. HESS (eds.), *EU-Zivilprozessrecht: EuZPR*, C. H. Beck 2021, para. 3.

⁷² Article 16(2)(a) 2020 Evidence Regulation.

⁷³ Article 16(2)(b) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁴ Article 16(2)(c) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁵ Article 16(2)(d) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁶ Article 16(2)(d) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁷ It applies the most favoured nation principle: A. ZIMMERMANN, “Art. 16 EuBVO” in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no. 1.

⁷⁸ Article 12(2) 2020 Evidence Regulation.

⁷⁹ Article 12(3)(4) 2020 Evidence Regulation.

⁸⁰ Article 15 2020 Evidence Regulation.

⁸¹ Articles 13 and 14 2020 Evidence Regulation.

⁸² Article 12(1) 2020 Evidence Regulation. The existence of a deadline contrasts with the 1970 Hague Convention on Taking of Evidence which only indicates that a request to take evidence ‘shall be executed expeditiously’ (Article 9).

⁸³ Article 18 2020 Evidence Regulation.

2. Direct taking of evidence

The second path to take evidence in other Member States is the direct taking of evidence.⁸⁴ Through this procedure to take evidence, the court of a Member State directly takes the evidence in another Member State without the intermediation of a local court.⁸⁵

A) The approval of the request by a ‘central body or competent authority’

However, this requires the prior approval of the Member State where the evidence is to be taken. Member States are required to designate a ‘central body or competent authority’ responsible for examining such requests.⁸⁶ Several Member States, such as Romania or Sweden, have opted for their Ministries of Justice as their ‘central body or competent authority’.⁸⁷ This centralised solution contrasts with the case of Spain, where the judges or magistrates with territorial jurisdiction in the place where the evidence to be taken is located are the competent authority that can authorise the direct taking of evidence.⁸⁸

To the present day, courts have to send the request to the ‘central body or competent authority’ by the swiftest possible means, which the requested Member State has indicated it can accept’.⁸⁹ However, in 2025, the request to direct taking of evidence will have to be sent via the ‘taking of evidence exchange system’,⁹⁰ as it has been already explained concerning the indirect taking of evidence.

The ‘central body or competent authority’ can reject the direct request to take evidence on three different grounds:⁹¹

- if the request to take does not fall within the scope of the 2020 Evidence Regulation;
- if the request does not contain all the necessary information required;
- if the direct taking of evidence requested is contrary to fundamental principles of law in its Member State.⁹²

The list of grounds is exhaustive, which means that no other grounds than those listed in the 2020 Evidence Regulation could be invoked to refuse a direct request to take evidence.⁹³

B) Deadlines

One of the few innovations brought by the 2020 Evidence Regulation concerns the deadlines for the ‘central body or competent authority’ to decide on the request. Both the 2001 and 2020 Evidence

⁸⁴ Article 20 2020 Evidence Regulation.

⁸⁵ The fact that a foreign court directly takes evidence in the territory of a State defies its sovereignty in a traditional sense. This is why this is one of the main innovations that the 2001 Evidence Regulation brought with respect more pre-existing mechanisms to take evidence abroad, such as the 1970 Hague Convention. In this sense, see: J. VON HEIN, “Einleitung EG-BewVO” in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band II/I*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 1.

⁸⁶ Article 19(1) 2020 Evidence Regulation. Member States are required to inform the Commission about which national authority is responsible for deciding on the direct requests to take evidence (Article 31(3) 2020 Evidence Regulation). The Commission is required to elaborate a manual containing, among other information, the name of the authority or authorities in each Member State that are competent to approve the direct request to take evidence. This information had to be made available in the e-Justice Portal (Article 23(1) 2020 Evidence Regulation).

⁸⁷ <https://e-justice.europa.eu/38581/EN/taking_evidence_recast?SPAIN&member=1> accessed on 15 November 2024.

⁸⁸ <https://e-justice.europa.eu/38581/EN/taking_evidence_recast?SPAIN&member=1> accessed on 15 November 2024.

⁸⁹ Article 6 2001 Evidence Regulation.

⁹⁰ Article 7(1) 2020 Evidence Regulation and Annex, point 1 Commission Implementing Regulation (EU) 2022/422.

⁹¹ Article 19(7) 2020 Evidence Regulation.

⁹² This ground corresponds to the violation of the public policy of the requested Member State: M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Obtención de pruebas en otros estados de la Unión Europea” in A. DE LA OLIVA SANTOS (ed), *Derecho procesal civil europeo*, Thomson Reuters, 2011, p. 362.

⁹³ J. VON HEIN, “Artikel 19 EG-BewVO” in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band II/I*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 3.

Regulations establish that ‘within 30 days of receiving the request for the direct taking of evidence, the central body or the competent authority of the requested Member State shall inform the requesting court as to whether the request has been accepted’.⁹⁴

In case no answer is provided within 30 days, both regulations establish as well that the requesting court can send a reminder, and the ‘central body or the competent authority’ has 15 days to react to the request.⁹⁵ This is the point where the 2020 Evidence Regulation differs from the 2001 Evidence Regulation.⁹⁶ The 2020 Evidence Regulation establishes that if after the 15 days mentioned the ‘central body or the competent authority’ does not reply, ‘the request for the direct taking of evidence shall be considered accepted’.⁹⁷ Still, ‘in extraordinary circumstances where the central body or competent authority was prevented from reacting to the request within the deadline following the reminder’, the ‘central body or the competent authority’ could still invoke one of the grounds to refuse the direct taking of evidence.⁹⁸

C) Execution of the request to take evidence

The requesting court will take the evidence in accordance with its national civil procedural law.⁹⁹ However, the ‘central body or competent authority’ can be required to take the evidence in accordance with certain conditions of the law of the requested Member State.¹⁰⁰ Unlike for the indirect taking of evidence, the use of coercive measures is not permitted.¹⁰¹ If the taking of evidence consists of examining a person, it has to be informed ‘that the taking of evidence shall take place on a voluntary basis’.¹⁰²

D) Special cases of direct taking of evidence

The 2020 Evidence Regulation contains two subcategories of direct taking of evidence. The first one is the examination of a person through videoconferencing. While the 2001 Evidence Regulation acknowledged the possibility of using videoconferencing,¹⁰³ the 2020 Evidence Regulation has introduced a specific provision.¹⁰⁴ The 2020 Evidence Regulation has made the use of videoconferencing to examine a person in another Member State the general rule.¹⁰⁵ Courts can only refuse the use of videoconferencing if the technology to use it is not available or ‘the court considers the use of such technology to be inappropriate in the specific circumstances of the case’.¹⁰⁶ Therefore, the use of videoconferencing depends very much whether courts have the necessary technical infrastructure to rely on it, and the case.¹⁰⁷

⁹⁴ Article 19(4) 2020 Evidence Regulation.

⁹⁵ Article 19(5) 2020 Evidence Regulation.

⁹⁶ Article 19(5) 2020 Evidence Regulation.

⁹⁷ Article 19(5) 2020 Evidence Regulation.

⁹⁸ Article 19(5) 2020 Evidence Regulation.

⁹⁹ Article 19(8) 2020 Evidence Regulation.

¹⁰⁰ Article 19(4) 2020 Evidence Regulation.

¹⁰¹ Article 19(2) 2020 Evidence Regulation.

¹⁰² Article 19(2) 2020 Evidence Regulation.

¹⁰³ Article 17(4) 2001 Evidence Regulation.

¹⁰⁴ The referred Regulation (EU) 2023/2844 on the digitalisation of judicial cooperation (see note 59) also contains specific measures aimed at fostering the use of videoconferencing in the EU civil procedural instruments: ‘In order to facilitate oral hearings in proceedings in civil and commercial matters with cross-border implications, this Regulation should provide for the optional use of videoconferencing or other distance communication technology for the participation of the parties or their representatives in such hearings, subject to the availability of the relevant technology, the possibility for the parties to submit an opinion on the use of such technology and the appropriateness of the use of such technology in the specific circumstances of the case’ (Recital 35).

¹⁰⁵ However, some authors have sustained that it can be used not only to examine persons in another Member State, but also to examine other kinds of evidence: A. ZIMMERMANN, “Art. 20 EuBVO” in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no. 2.

¹⁰⁶ Article 20(1) 2020 Evidence Regulation.

¹⁰⁷ These two prerequisites also condition the use of videoconferencing in other EU civil procedural instruments. For instance, the European Small Claims Procedure establishes the mandatory use of ‘videoconference or teleconference’ in the oral

The request to examine through videoconferencing also requires the approval by the ‘central body or competent authority’ of the requested Member State.¹⁰⁸ This can ‘provide practical assistance in the direct taking of evidence and shall agree on the practical arrangements for the examination’.¹⁰⁹ The person who is examined does not have to be present during the videoconference at the premises of a court of the requested Member State.¹¹⁰

The other special case of direct taking of evidence is the taking of evidence through diplomatic agents or consular officers of the requesting Member State, who are appointed to the requested Member State.¹¹¹ This option was not foreseen in the 2001 Evidence Regulation.¹¹² It can be used only for examining persons on a voluntary basis, such as witnesses or experts.¹¹³ The examined persons have to be nationals of the Member State that diplomatic agents or consular officers represent,¹¹⁴ and the examination has to be made ‘in the context of proceedings pending in the courts’ of the requesting Member State.¹¹⁵ The hearing of the person has to take place at the premises of the diplomatic or consular mission.¹¹⁶ Only under exceptional circumstances can it take place outside those premises.¹¹⁷ For instance, if ‘the person to be heard is unable to come to the premises because of a serious illness’.¹¹⁸

V. The costs of taking evidence

In principle, the execution of a request to take evidence ‘shall not give rise to a claim for any reimbursement of taxes or costs’.¹¹⁹ There three cases in which the requested court can require the requesting court to cover the costs of taking evidence:¹²⁰

hearings ‘unless the use of such technology, on account of the particular circumstances of the case, is not appropriate for the fair conduct of the proceedings’: Article 8(1) Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, 31.7.2007, pp. 1–22. Similarly, the Preamble of the Brussels II ter Regulation states that ‘where it is not possible to hear a party or a child in person, and where the technical means are available, the court might consider holding a hearing through videoconference or by means of any other communication technology unless, on account of the particular circumstances of the case, the use of such technology would not be appropriate for the fair conduct of the proceedings’: Recital 53 Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) ST/8214/2019/INIT OJ L 178, 2.7.2019, pp. 1–115.

¹⁰⁸ Article 20(2) 2020 Evidence Regulation. However, it should be remembered that the 2020 Evidence Regulation is an optional tool, as the CJEU determined. This means courts can rely on their own national procedural rules to examine a person who is in another Member State through videoconferencing: W. VOSS, “Grenzüberschreitende Videoverhandlungen jenseits des Rechtshilfswegs – Wunsch oder Wirklichkeit?”, in B. WINDAU and P. REUSS (eds.), *Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts – Tagungsband zum Sommersemester 2021*, Göttinger Juristische Schriften, 2022, pp. 46–47.

¹⁰⁹ Article 20(2) 2020 Evidence Regulation.

¹¹⁰ Conversely, the Commission Proposal of the 2020 Evidence Regulation required that when a request for ‘direct taking of evidence via videoconference is made, the hearing shall be held in the premises of a court’ (Article 17(a) COM(2018) 378 final). This reference to the ‘premises of the court’ was withdrawn from the final text of the 2020 Evidence Regulation, which implies that the EU legislator opted for a more flexible approach. In this sense, see: O. L. KNÖFEL, “Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO)”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2021, p. 251; ZIMMERMANN (fn 105), margin no. 7.

¹¹¹ Article 21 2020 Evidence Regulation.

¹¹² A. ZIMMERMANN, “Art. 21 EuBVO” in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no 1. This solution is inspired by Article 15 of the 1970 Hague Convention on taking of evidence, which establishes the possibility of taking evidence through consular and diplomatic agents: J. VON HEIN, “Artikel 21 EG-BewVO” in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band II/I*, Otto Schmidt, 2022, margin no. 1.

¹¹³ ZIMMERMANN (fn 112), margin no. 3. Examination of documentary evidence or taking blood samples would not be allowed through diplomatic agents or consular officers: KNÖFEL (fn 110), p. 256.

¹¹⁴ Article 21 2020 Evidence Regulation.

¹¹⁵ Member States can introduce additional conditions to examine a person through diplomatic agents or consular officers: ZIMMERMANN (fn 112), margin No. 8. For instance, the German legislator established that taking evidence through diplomatic agents or consular officers is only possible in exceptional circumstances: Section 1071(3) German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).

¹¹⁶ Article 21 2020 Evidence Regulation.

¹¹⁷ Article 21 2020 Evidence Regulation.

¹¹⁸ Recital 25 2020 Evidence Regulation.

¹¹⁹ Article. 22 2020 Evidence Regulation.

¹²⁰ Article 22(2) 2020 Evidence Regulation.

- the payment of a fee to an expert;
- the payment of a fee the interpreters used when examining a person;
- the costs which the requested courts might incur when taking evidence in accordance with ‘special procedure’ of the law of the requesting Member State or using videoconferencing when the requesting court asked for it.

The CJEU has clarified that the requested court cannot ask for the reimbursement of other costs than those listed above.¹²¹ In C-283/09, *Weryński*, the payment of the expenses of witnesses foreseen under Irish law did not fall within the categories of ‘taxes’ or ‘costs’ under the 2001 Evidence Regulation.¹²² Additionally, the CJEU stated that the ‘the concept of costs must be defined autonomously under European Union law and does not depend on the classification under national law’¹²³

The law of the requesting Member State determines which of the parties shall bear the costs.¹²⁴ When taking evidence consists of an opinion of an expert, the requesting court can be asked ‘for an adequate deposit or advance towards the anticipated costs of the expert opinion’.¹²⁵

VI. A reform awaiting to bear fruit

While the 2020 Evidence Regulation has been in force for more than two years, it is still not possible to evaluate the impact of the reform. Its key innovation, the electronic transmission of requests and communications through the e-CODEX system, has not been implemented yet. Therefore, the arrival of the 2020 Evidence Regulation has, so far, had little impact on how courts can take evidence in other Member States. The experience is almost identical to the one of taking evidence with the 2001 Evidence Regulation, an instrument that was not very popular among courts.¹²⁶ The CJEU even acknowledged that courts might find easier to rely on the domestic procedural rules to take evidence in the other Member States than with the 2001 Evidence Regulation.¹²⁷ Statistics also reflect the poor performance of the 2001 Evidence Regulation.¹²⁸ For instance, in 2021, Spanish courts received only 163 requests to take evidence from courts of other Member States.¹²⁹ In 2023, under the already applicable 2020 Evidence Regulation, Spanish courts received even fewer requests: only 71.¹³⁰ It remains to be seen whether, once the 2020 Evidence Regulation becomes fully applicable, those numbers will improve.

¹²¹ A. ZIMMERMANN, “Art. 22 EuBVO” in V. VORWERK and C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 2024, margin no. 3.

¹²² CJEU, 17 February 2011, C-283/09, *Weryński*, ECLI:EU:C:2011:85, paras. 64–69.

¹²³ CJEU, 17 February 2011, C-283/09, *Weryński*, ECLI:EU:C:2011:85, para. 58.

¹²⁴ Article 22(2) 2020 Evidence Regulation.

¹²⁵ Article 22(3) 2020 Evidence Regulation.

¹²⁶ F. GASCÓN INCHAUSTI, B. HESS, G. CUNIBERTI, P. OBERHAMMER ET AL, *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law – Strand 1 – Mutual trust and free circulation of judgments*, EU Publications Office, 2017, para. 257.

¹²⁷ CJEU, 6 September 2012, C-170/11, *Lippens*, ECLI:EU:C:2012:540, para. 31.

¹²⁸ Article 32(3) of the 2020 Evidence Regulation requires Member States to collect statistical data on the application of this instrument by their national courts.

¹²⁹ The data have been obtained from the Online Judicial Statistics Database (PC-AXIS) (*Base de Datos de la Estadística Judicial Online (PC-AXIS)*) of the Spanish General Council of the Judiciary: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial--PC-AXIS-/>> accessed on 10 November 2024.

¹³⁰ *Ibid.*

I doveri degli amministratori in prossimità della crisi nel diritto italiano e spagnolo alla luce della direttiva *Insolvency*

Directors' duties in proximity of crisis in Italian and Spanish law in the framework of the Insolvency Directive

STEFANIA SERAFINI

*Professore Associato nell'Università degli Studi di Napoli Federico II
Italia*

Recibido:11.12.2024 / Aceptado:15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9349

Abstract: Il contributo esamina le modifiche introdotte negli ordinamenti italiano e spagnolo in attuazione della direttiva UE *Insolvency* del 20 giugno 2019 n. 1023, e il loro impatto sui doveri degli amministratori in ordine alla gestione dell'impresa in crisi. L'analisi dimostra come l'evoluzione normativa abbia determinato un avvicinamento degli approcci previsti nei due sistemi legislativi, che trovano i seguenti punti di contatto: (i) il *favor* verso soluzioni che consentono il risanamento dell'impresa, piuttosto che la cessazione e la liquidazione della medesima, (ii) l'attribuzione agli amministratori di una sfera di competenza discrezionale nella continuazione della gestione e nell'individuazione della soluzione che permetta il superamento della crisi il più tempestivamente possibile. Il contributo mette, altresì, in risalto le importanti differenze rinvenibili nel diritto concorsuale dei due Paesi, tra le quali si segnalano: (i) la specificazione e contenutistica nell'ordinamento italiano dei doveri degli amministratori di fronte alla crisi, assente in quello spagnolo; (ii) la minore flessibilità della disciplina spagnola del *preconcurso* rispetto agli strumenti di regolazione della crisi previsti dal Codice della Crisi di Impresa e di Insolvenza italiano.

Parole chiave: Direttiva *Insolvency*, crisi di impresa, insolvenza, probabilità di crisi, doveri degli amministratori, interessi dei creditori, risanamento, ristrutturazione dei crediti.

Abstract: The contribution examines the changes introduced in the Italian and Spanish legal systems in implementation of the EU *Insolvency Directive* of 20 June 2019 N. 1023, and their impact on the directors' duties regarding the management of the company in crisis. The analysis shows how the regulatory evolution has led to a convergence of the approaches provided for in the two legislative systems, which find the following points of contact: (i) the favour towards solutions that allow the restructuring of the company, rather than its cessation and liquidation, (ii) the attribution to the directors of a sphere of discretionary competence in the continuation of management of the company and in the identification of the solution that allows the crisis to be overcome as soon as possible. The contribution also highlights the important differences in the *Insolvency law* of the two countries, including: (i) the specification in the Italian legal system of the directors' duties in the face of the crisis, which is absent in the Spanish legal system; (ii) the less flexibility of the Spanish discipline of *preconcurso* with respect to the crisis regulation tools provided by the Italian "Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza".

Keywords: *Insolvency Directive*, crisis, *insolvency*, likelihood of crisis, directors' duties, creditors' interests, reorganisation, restructuring plans.

Sommaire: I. Uno sguardo d'insieme. II. I doveri degli amministratori di società in crisi nell'ordinamento italiano: critiche alle tesi che valorizzano la causa di scioglimento per diminuzione del capitale al di sotto del limite legale. III. Segue. Critiche alla tesi che ricomprende nell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale il venir meno della continuità aziendale. IV. I doveri di corretta gestione dell'impresa in crisi nell'ordinamento italiano. V. La continuazione della gestione dell'impresa e gli strumenti previsti nel Codice della Crisi. VI. La continuazione della gestione da parte degli amministratori in situazione di crisi nell'ordinamento spagnolo. VII. Conclusioni.

I. Uno sguardo d'insieme

1. Il tema dei doveri degli amministratori di società in crisi¹, nel confronto tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo, offre spunti di riflessione particolarmente suggestivi se si pensa alla quasi perfetta coincidenza temporale delle modifiche che in entrambi i Paesi hanno interessato il diritto della crisi, intervenute in Italia con il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, che ha introdotto il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, e in Spagna con il *texto refundido de la Ley concursal* (TRLC) approvato con il Real decreto Legislativo del 5 maggio 2020 n. 1, e se si pensa, altresì, che le modifiche apportate nel corso del 2022 a tali testi normativi, tanto in Italia (con il decreto correttivo d.lgs. 83/2022) che in Spagna (con la *Ley* 16/2022), in attuazione della Direttiva UE *Insolvency* del 20 giugno 2019 n. 1023, non hanno portato ad una trasposizione dell'art. 19 della Direttiva relativamente agli obblighi degli amministratori in situazioni di probabilità di insolvenza, essendo stati ritenuti sufficienti al raggiungimento delle finalità di tale disposizione istituti e discipline previsti nel diritto societario e concorsuale dei due ordinamenti².

Andando al di là delle coincidenze temporali, la comparazione tra il diritto italiano e quello spagnolo appare particolarmente fruttuosa sul tema per una serie di ragioni.

In primo luogo, anticipando quanto cercherò di dimostrare, mi sembra possa essere individuata una direttrice comune che va nel senso di ridurre la portata applicativa della causa di scioglimento dovuta a perdite significative del capitale sociale, quale disciplina che consente di tutelare i creditori sociali di società in crisi rispetto a una continuazione dell'attività sociale a rischio esclusivo dei creditori. In secondo luogo, a mio avviso, l'evoluzione della disciplina dei due ordinamenti ha portato ad un progressivo avvicinamento dei differenti approcci sulla questione: i due sistemi legislativi, sebbene caratterizzati in passato da discipline molto differenti, trovano oggi un punto di contatto nell'emersione di una sfera di competenza discrezionale in capo agli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi.

¹ * Il contributo è dedicato a Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

Come noto il tema è centrale nel dibattito dottrinale, v. R. SACCHI, "La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria", in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 305 s.; G. GUIZZI, "Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola", in *Riv. dir. impr.*, 2010, da p. 227, p. 233; V. CALANDRA BUONAURA, "La gestione societaria dell'impresa in crisi", in F. BARACHINI (a cura di), *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 3 ss. M. CIAN, "Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto", in *NLGC*, 2019, da p. 1160; N. BACCETTI, "La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento", in *Riv. soc.*, 2016, p. 568 ss.; tale centralità è dimostrata anche dai lavori monografici sul tema: F. BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, Giappichelli Editore, 2015; A.M. LUCIANO, *La gestione della S.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016; G. BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, Torino, Giappichelli Editore, 2017.

² L'art. 19 della Direttiva rubricato "Obblighi dei dirigenti quando sussiste una probabilità di insolvenza" prevede che: "Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa. Sul recepimento della Direttiva UE 2019/1023 del 20 giugno 2019, v. L. BENEDETTI, "L'organo gestorio della società in crisi fra interesse dei soci e interessi altri: i principi della direttiva sui *preventive restructuring frameworks* e il loro recepimento negli ordinamenti nazionali", in *Riv. dir. comm.*, 2023, p. 95 ss., p. 127; nella dottrina spagnola v. M. MARTÍNEZ MUÑOZ, "La responsabilidad de los administradores societarios en el periodo de crisis empresarial. Reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019) sobre marcos de reestructuración preventiva", in *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2021, p. 89 ss., che ha ritenuto non necessario la trasposizione dell'art. 19 della Direttiva, soprattutto in considerazione della legittimazione surrogatoria dei creditori sociali all'esercizio dell'azione sociale, nonché della legittimazione all'azione individuale ai medesimi riconosciuta in caso di danni diretti.

2. Se, infatti, andando a ritroso nel tempo, ci collocassimo nel 2003, anno che ha visto l’emanazione in Spagna della *Ley concursal* e in Italia della riforma del diritto societario recato dal d.lgs. 6/2003, ci troveremmo di fronte ad un ordinamento, quello spagnolo, ove era espressamente previsto all’art. 5 LC il dovere di presentare la domanda per l’apertura della procedura concorsuale nel termine di due mesi dal verificarsi dell’insolvenza attuale, la cui violazione costituiva una presunzione di dolo o colpa grave degli amministratori nell’aver determinato l’insolvenza, che avrebbe, dunque, potuto comportare la qualificazione del *concurso* come *culpable*, con possibilità di condannare gli amministratori al pagamento totale o parziale dei crediti concorsuali che non fossero stati soddisfatti con la liquidazione dell’attivo³.

3. Diversamente in Italia non vi era l’espressa previsione del dovere in capo agli amministratori di presentare istanza di fallimento al verificarsi dell’insolvenza, ed inoltre la sua deducibilità dalla norma penale relativa al reato di bancarotta semplice di cui all’art. 216 l. fall. – che tra le condotte integranti il reato prevedeva al n. 4, l’aver aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa – sarebbe stata poi attenuata dai successivi interventi riformatori. In particolare, l’art. 217-bis, introdotto dall’art. 48, comma 2-bis, del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, ha previsto come ipotesi specifica di esenzione sia dal reato di bancarotta c.d. preferenziale prevista dall’art. 216, comma 3, l. fall., sia dal reato di bancarotta semplice, l’aver compiuto pagamenti e operazioni in esecuzione di un concordato preventivo, o di un accordo di ristrutturazione omologato, ovvero di un piano di risanamento attestato, di cui all’art. 67, comma 3, lett. d), che *appaia idoneo a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*⁴.

Dal punto di vista del diritto societario, inoltre, mentre nell’ordinamento italiano la riforma delle società di capitali aveva superato il divieto del compimento delle nuove operazioni di cui al previgente art. 2449 cod. civ.⁵, sostituendolo con il dovere degli amministratori, al *verificarsi* di una causa di scio-

³ Per un approfondimento della disciplina spagnola successiva all’emanazione della *Ley concursal* del 9 luglio 2003 n. 22, v. F. M. DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, in *RDS*, 2005, n. 24, p. 91 ss.; M.J. MORILLAS JARILLO, “Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, in *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, tomo II, p. 219 ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, “La responsabilidad de los administradores sociales en el concurso”, in A. SARCINA e J.A. GARCÍA-CRUCES (a cura di), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 185 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, in *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, cit., tomo II, p. 1175 ss.; J.M. BARCELÓ, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 149 ss. Il sistema della qualificazione del concorso per determinazione o aggravamento dell’insolvenza con dolo o colpa grave da parte dell’imprenditore o degli amministratori o liquidatori, in caso di società, è stato confermato nel *Texto refundido de la ley concursal* agli artt. 442 (*Concurso culpable*), 444 (*Presunciones de culpabilidad*) e 456 (*Condena a la cobertura del déficit*).

⁴ Da tale scriminante autorevole e attenta dottrina (in questo senso G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 241 ss.) ha desunto l’interpretazione secondo cui, anche al verificarsi dello stato di insolvenza, non può affermarsi la sussistenza di un rigido obbligo in capo gli amministratori di cessare la gestione dell’impresa societaria e chiedere la dichiarazione di fallimento. L’A. acutamente rileva come l’omissione della richiesta di fallimento non costituisce, infatti, condotta che di per sé integra il reato, bensì rappresenta un elemento da valutare, insieme a tutte le altre circostanze concrete, ai fini della valutazione dell’elemento soggettivo del reato costituito proprio dall’imputabilità a colpa dell’aggravarsi del dissesto, come reso evidente dall’equiparazione tra la mancata richiesta di fallimento e *altra grave colpa*. Ciò significa che al debitore non avrebbe potuto imputarsi alcuna condotta colposa ove avesse continuato la gestione a seguito dell’accesso al concordato preventivo, o dell’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, oppure in attuazione di un piano di risanamento idoneo *ex ante* al risanamento. Anche nel vigente Codice della Crisi una siffatta impostazione può dirsi confermata, mancando una disposizione che obblighi il debitore insolvente a chiedere l’apertura della liquidazione giudiziale, ed essendo state confermate le condotte che integrano il reato di bancarotta semplice previste nell’art. 323 c.c.i.i. e applicabili anche agli amministratori ai sensi dell’art. 330 c.c.i.i., salvo quanto si dirà in ordine ai principi desumibili dalle scriminanti penali di cui all’art. 324 c.c.i.i. e dalle esenzioni dalle azioni revocatorie previste oggi nel Codice della Crisi di Impresa ed Insolvenza nell’art. 166, comma 3, lett. d, c.c.i.i. e nell’art. 24 c.c.i.i.

⁵ A norma del previgente art. 2449 cod. civ. vigeva in capo agli amministratori, per effetto del verificarsi di una delle cause di scioglimento, il divieto di intraprendere nuove operazioni, la cui violazione comportava la responsabilità solidale e illimitata degli amministratori per gli affari intrapresi. Sul compimento delle operazioni dopo il verificarsi della causa di scioglimento, se-

glimento, di *gestire la società*, ai soli fini della *conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*⁶, di cui al nuovo artt. 2486 cod. civ., nell'ordinamento spagnolo la disciplina dello scioglimento – tra le cui cause era prevista la riduzione del patrimonio netto al di sotto della metà del capitale sociale – risultava essere molto rigorosa per gli amministratori, essendo previsto il dovere di convocare la *junta general* nel termine dei due mesi dal verificarsi della causa di scioglimento per l'assunzione della decisione di sciogliere la società, o di presentare domanda di apertura del *concurso* ove ricorresse già l'insolvenza, dovere la cui violazione era sanzionata con la responsabilità degli amministratori per i debiti sociali sorti dopo il verificarsi della causa di scioglimento. La medesima responsabilità era prevista anche nel caso in cui gli amministratori non avessero promosso lo scioglimento giudiziale o avviato la procedura concorsuale nel termine di due mesi dalla data prevista per la celebrazione dell'assemblea, ove non si fosse costituita o avesse deliberato in modo contrario allo scioglimento o, in caso di insolvenza, alla presentazione della domanda di apertura del concorso (v. art. 262 LSA e 105 LSRL). Detta disciplina poneva il problema, peraltro, del coordinamento tra tale responsabilità patrimoniale per i debiti sorti successivamente al verificarsi della causa di scioglimento e la responsabilità patrimoniale prevista in caso di qualificazione del *concurso culpable*.

4. In via teorica, quindi, ci trovavamo di fronte a due ordinamenti profondamente distanti, giacché quello spagnolo imponeva l'apertura della procedura concorsuale entro due mesi dal verificarsi dell'insolvenza attuale, e quello italiano poneva le premesse normative per ricondurre i doveri degli amministratori nell'ambito di una gestione discrezionale della crisi, da valutarsi alla luce del canone della diligenza e secondo la prospettiva *ex ante* della *business judgment rule*. In realtà, l'interpretazione data dalla dottrina italiana è andata nel senso di comprimere la discrezionalità degli amministratori nella gestione della società in crisi, valorizzando ed ampliando in via interpretativa, come tra poco vedremo, l'applicazione della disciplina dello scioglimento e quindi dei limiti conservativi ai poteri degli amministratori previsti dall'art. 2486, comma 1, c.c.; viceversa in Spagna è andato delineandosi, con l'introduzione ad opera del Real Decreto 3/2009 dell'art. 5 *bis* L.C.⁷, il primo nucleo della disciplina del

condo la previgente disciplina L. DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. 133 ss.; G. NICCOLINI, "Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni", in G.E. COLOMBO e G.P. PORTALE (diretto da), *Tratto società per azioni*, vol. 7, tomo III, Torino, Utet, 1997; R. RODORF, *Perdita del capitale e responsabilità per le nuove operazioni*, in *Società*, 1992, I, p. 1486 ss.; R. ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, Giappichelli Editori, 1994. In giurisprudenza venivano qualificate come nuove operazioni "tutti quei rapporti giuridici che, svincolati dalle necessità inerenti alla liquidazione delle attività sociali, siano costituiti dagli amministratori per il conseguimento di un utile sociale" (Cass. civ. 19 settembre 1995, n. 9887; in senso conforme Cass. 27 novembre 1982, n. 6431), ovvero che "importino assunzione di ulteriori vincoli per l'ente e siano suscettibili di alterarne la posizione patrimoniale" (Cass. 22 novembre 1971, n. 3371). La riforma delle società di capitali ha sostituito il divieto di compiere nuove operazioni con la previsione di una conformazione in senso conservativo dei poteri gestori degli amministratori, che questi mantengono fino alla nomina dei liquidatori. Sulla disciplina dello scioglimento e liquidazione introdotta dal d.lgs. 6/2003, v. G. FERRI jr, "La gestione di società in liquidazione", in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 421 ss.; G. NICCOLINI, "Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma", in A. BASSI, U. BELVISO, E. BOCCHINI, D. BUONUOMO, F. DI SABATO, G. TAURINI, M. SANDULLI (a cura di), *Impresa e società. Studi dedicati a Federico Martorano*, Napoli, E.S.I. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 711 ss.; M. FABIANI, *L'azione di responsabilità per le operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 2004, da p. 292 ss.

⁶ La nuova disciplina, superando il divieto del compimento delle nuove operazioni, permette di considerare del tutto lecite anche operazioni che determinino l'aumentare dell'esposizione debitoria, ma che siano funzionali ad una più proficua monetizzazione del patrimonio. Tale interpretazione, già sostenuta in dottrina (v. G. GUIZZI, "Responsabilità degli amministratori", cit., p. 237) è stata recentemente seguita anche dalla giurisprudenza, cfr. App. Trento, sez. Impr., 7 luglio 2023, che ha affermato il principio secondo cui "La prosecuzione dell'impresa sociale e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori dopo il verificarsi di una causa di scioglimento non costituisce di per sé violazione dell'art. 2486 cod. civ., essendo ravvisabile detta violazione solo qualora le condotte degli amministratori non siano tenute in funzione della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale". Occorre, peraltro, considerare che la giurisprudenza ha precisato che incombe sugli amministratori dimostrare che le operazioni compiute dopo il verificarsi della causa di scioglimento non comportino un nuovo rischio per l'impresa e siano coerenti con finalità liquidatorie (in questo senso da ultimo Cass. civ., 25 marzo 2024, n. 8069, in *Foro it.*, 2024, I, c. 1502 ss.).

⁷ L'art. 5 *bis* L.C. ha introdotto la possibilità, da parte dell'imprenditore insolvente, di comunicare al Tribunale competente per la dichiarazione del *concurso* l'avvio delle negoziazioni per raggiungere un piano di rifinanziamento, o per ottenere le adesioni al concordato preventivo, prevedendo altresì che in questo caso il dovere del debitore di domandare l'apertura della

preconcurso, da intendersi come l'insieme dei percorsi di negoziazione tra creditori e debitore che, ove caratterizzati da certi presupposti, sospendono il dovere di chiedere l'apertura del concorso; il *derecho preconcursal* è andato, poi, consolidandosi attraverso l'introduzione di forme di negoziazione caratterizzate da un margine di intervento giudiziale progressivamente minore (ossia gli accordi di rifinanziamento, le adesioni per giungere a una domanda concorsuale con *propuesta anticipada de convenio*, o anche gli accordi stragiudiziali di pagamento), e che la *Ley* del 6 settembre 2022, n. 16 ha riunificato nei piani di ristrutturazione cui è dedicato l'intero secondo libro del *texto refundido Ley Concursal*⁸.

5. Lo sviluppo dei due sistemi normativi ha, dunque, reso non troppo distanti gli esiti di due approcci molto diversi nelle premesse iniziali; ma è stata soprattutto la più recente evoluzione della disciplina italiana e spagnola in attuazione della *Directiva Insolvency*, che, pur in mancanza di una diretta trasposizione dell'art. 19 della medesima, ha portato ad una progressiva convergenza in ordine all'ampiezza dei poteri degli amministratori rispetto all'emergere della crisi, ed in particolare sotto il profilo della conservazione della gestione dell'impresa in capo agli amministratori in assoluta coerenza con l'art. 5, comma 1, della *Directiva* che prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché il debitore che accede alle procedure di ristrutturazione preventiva mantenga il controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa".

II. I doveri degli amministratori di società in crisi nell'ordinamento italiano: critiche alle tesi che valorizzano la causa di scioglimento per diminuzione del capitale al di sotto del limite legale

6. Come si accennava in precedenza, in assenza della previsione in capo agli amministratori del dovere di richiedere l'apertura del fallimento in presenza di uno stato di insolvenza, nella dottrina italiana hanno trovato ampio consenso le impostazioni che hanno valorizzato la disciplina dello scioglimento e liquidazione societaria, al fine di tutelare i creditori, rispetto a una gestione eccessivamente azzardata posta in essere sotto l'influenza dei soci ma a rischio esclusivo dei creditori⁹. La tutela dei creditori rispetto al compimento di operazioni irragionevolmente imprudenti è stata, allora, rinvenuta nella conformazione dei poteri gestori in senso conservativo, prevista dall'art. 2486, comma 1, cod. civ., che ha disposto al secondo comma la responsabilità personale e solidale degli amministratori per i danni arrecati alla società, ai creditori e ai terzi dalle operazioni che siano prive della finalità conservativa. Gli *iter* argomentativi attraverso cui si è giunti a limitare in senso conservativo i poteri gestori degli amministratori al verificarsi della crisi di impresa sono essenzialmente due, e si distinguono proprio sotto il profilo dell'individuazione della causa di scioglimento. Come si cercherà di dimostrare entrambi tali percorsi possono essere definitivamente confutati alla luce delle novità introdotte dal Codice della Crisi.

procedura concorsuale nel termine di due mesi è sospeso. Il *texto refundido* della *Ley concursal* ha confermato tale disposizione (oggi art. 582 TRLC) specificando che detta comunicazione deve essere inviata entro il termine di due mesi dal verificarsi dell'insolvenza attuale.

⁸ J. PULGAR EZQUERRA, "La autonomía sistemática del derecho preconcursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal", in J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid, La Ley, 2020, p. 39 ss.; F. CERDÁ ALBERO, "El plan de reestructuración: contenidos y aprobación (formación de clases de créditos, votación y mayoría)", in A. COHEN BENCHETRIT, *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 889 ss.; P. YANES YANES, *El precurso de acreedores. Estudio sistemático de los libros II y III de la Ley Concursal tras su adaptación a la Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

⁹ Come è stato ben posto in luce dalla dottrina, in situazioni di crisi caratterizzate da una riduzione totale o quasi del patrimonio netto, le conseguenze economiche delle operazioni compiute ricadono esclusivamente sui creditori, il che incentiva i soci a spingere gli amministratori al compimento di operazioni irragionevolmente imprudenti. Sul punto v. G. FERRI jr, *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in (AA.VV.), *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 31 ss., p. 36. In questo senso anche L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 50, e M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, Giappichelli Editore, p. 19; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 176 ss.; G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 233. Si noti, peraltro, quanto osservato da F. DENOZZA, "Le funzioni distributive del capitale sociale", in *Giur. comm.*, 2006, I, da p. 489, p. 502, che pone in rilievo come anche gli amministratori possono avere "un loro personalissimo interesse a tentare la sorte proseguendo attività che presentano ben poche possibilità di recupero".

7. Il primo si fonda sulla frequente coincidenza di fatto tra la crisi di impresa e la presenza di perdite di capitale, che determinino una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale, tali pertanto da integrare la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ., salvo il caso in cui ricorra una decisione assembleare di ricapitalizzazione o trasformazione della società secondo la disciplina di cui agli artt. 2447 e 2482-ter cod. civ.¹⁰. Del resto, in considerazione anche della svalutazione dei bilanci in sede concorsuale e la retrodatazione delle perdite di capitale, l'operatività di questa causa di scioglimento viene fatta retroagire, rendendo retrospettivamente illecita la continuazione della gestione produttiva da parte degli amministratori a partire dal momento in cui, secondo la valutazione fatta *ex post*, si è verificata la diminuzione del capitale al di sotto del limite legale per perdite superiori ad un terzo¹¹. Si consideri, peraltro, che il superamento dei limiti conservativi nella gestione degli amministratori ha costituito e continua a costituire l'addebito maggiormente ricorrente di responsabilità degli amministratori nell'esercizio delle azioni di responsabilità da parte degli organi delle procedure concorsuali¹², agevolato anche dalle presunzioni in merito alla quantificazione del danno previste nel nuovo art. 2486, comma terzo, cod. civ., come modificato dall'art. 378, comma 1, del d.lgs. 14/1¹³.

8. L'altro percorso argomentativo si fonda sull'interpretazione estensiva della causa di scioglimento consistente nella impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, cod. civ., che parte della dottrina ha ritenuto applicabile anche all'ipotesi di perdita della continuità aziendale¹⁴.

¹⁰ La valorizzazione della disciplina della riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale al fine di consentire la conservazione di un valore del patrimonio netto positivo a tutela dei soci è stata espressa con chiarezza da A. MAZZONI, "Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo", in P. BALZARINI, C. GIUSEPPE, M. VENTORUZZO (a cura di) *La società per azioni oggi*, Atti del Convegno di Venezia 10-11 novembre 2006, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 2007, da p. 511 ss., p. 518; peraltro l'A. ha successivamente (Id., "Responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale", in *Amministrazione e controllo delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, Giappichelli Editore, 2010, p. 813 ss., p. 838) limitato la vigenza di questo principio alle società di capitali, ritenendo invece sussistente nell'esercizio dell'impresa in altre forme un principio di corretta gestione imprenditoriale, che al venir meno della continuità aziendale imporrebbe di orientare le scelte gestorie alla tutela delle ragioni dei creditori. Si consideri, altresì, che A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli Editore, 2003, p. 209 ss., ha affermato che l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto all'esercizio dell'impresa costituisce un principio necessario di ogni forma di organizzazione dell'esercizio dell'impresa.

¹¹ Sulla precisazione del principio secondo cui la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ. si verifica esclusivamente quando la diminuzione del capitale al di sotto del limite legale è determinata da perdite che siano superiori ad un terzo del capitale sociale v. Cass. civ., sez. I, ord. 10 febbraio 2022, n. 4347.

¹² Si veda da ultimo nella giurisprudenza di merito Trib. Catania, sez. spec. impr., 21 gennaio 2020, n. 268; Trib. Napoli, sez. spec. impr., 20 ottobre 2022, n. 9266, in *Fall.*, 2023, da p. 1573 ss.

¹³ Sulla quantificazione del danno per violazione dei limiti gestori di cui all'art. 2486, comma 1, cod. civ. v. M. ROSSI, "Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2386, comma 1, cod. civ.", in *NGCC*, 2019, da p. 1137; E. PEDERZINI, "Amministratori e responsabilità: profili della quantificazione del danno alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in *NLCC*, 2022, p. 1319 ss.; F. DIMUNDO, "Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile", in *Fall.*, 2019, p. 1294 ss. In giurisprudenza Cass. civ., Sez. I, 5 gennaio 2022, n. 198, in *Soc.*, 2022, p. 541, con nota di G. MOIOLI, "Azione di responsabilità ed omessa tenuta delle scritture contabili: inversione dell'onere probatorio e quantificazione del danno"; Cass. Civ., Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4347, in *Soc.*, 2022, p. 961, con nota di L. GIANNATIEMPO, "Le diverse ipotesi di riduzione del capitale sociale per perdite e la determinazione equitativa del danno nelle azioni di responsabilità".

¹⁴ In questo senso G. STRAMPELLI, "Capitale sociale e struttura finanziaria della società in crisi", in *Riv. soc.*, 2012, p. 605 ss., p. 627; precedentemente M.S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. Dir.*, IV aggiornamento, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 230, aveva sostenuto come l'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale potesse derivare dall'insufficienza di mezzi finanziari. Favorevoli alla tesi che ritiene che la perdita definitiva della continuità aziendale integri la causa di scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale; v. anche F. BRIZZI, "Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori", in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1097 s.; G. RACUGNO, "Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari", in *Giur. comm.*, 2010, I, 223 ss.; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a.*, cit., p. 176; *contra* C. MONTAGNANI, "Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale", in *Riv. dir. comm.*, 2013, da p. 245 ss., p. 257, e F. GUERRERA, "Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione della crisi di impresa", in M. VIETTI (dir.), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, Egea Editore, 2013, p. 252; G. FERRI jr, "Fallimento e scioglimento delle società", in *Riv. dir. comm.*, 2009, da p. 1 ss., spec. p. 5 ss., il quale fondava tale ricostruzione sull'eliminazione del fallimento come causa di scioglimento. Su tale argomento può osservarsi come la previsione nell'art. 2484, comma 1, n. 7 bis, dell'apertura della liquidazione giudiziale come causa di scioglimento non può essere letto come un argomento a sostegno della riconduzione nell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale del venir meno della continuità aziendale, giacché non è l'insolvenza a

9. La tesi, che mira a tutelare i creditori sociali di una società in crisi attraverso la disciplina della riduzione obbligatoria del capitale per perdite al di sopra di un terzo del valore del capitale sociale, che abbiano determinato la diminuzione del valore del capitale effettivo al di sotto del limite legale, può essere criticata per una serie di ragioni. In primo luogo, detta ricostruzione è soggetta ad un limite applicativo, giacché la c.d. regola “ricapitalizza o liquida” che riassume (in modo, peraltro, non del tutto corretto, posto che la regola nella sua completezza dovrebbe essere così riferita “ricapitalizza, trasforma o liquida”) l’integrarsi della causa di scioglimento di cui all’art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ., costituisce uno dei profili della disciplina del capitale minimo legale previsto *esclusivamente per le società di capitali*. Detta disciplina impone, infatti, non soltanto che per l’adozione di uno dei tipi delle società di capitali debba essere sottoscritto un capitale sociale pari almeno al valore minimo previsto dalla legge per il tipo sociale prescelto, ma altresì che, al fine di mantenere tale organizzazione societaria, il capitale sociale reale, nonostante le sue variazioni (in senso negativo) dovute all’andamento economico, debba almeno eguagliare siffatto valore¹⁵.

10. Il secondo limite, di ordine concettuale, risulta dalla circostanza che, se è vero che il verificarsi di perdite in un determinato esercizio segnala uno squilibrio di tipo economico rappresentato dalla circostanza che i ricavi sono inferiori ai costi, è altresì vero che l’effetto sul patrimonio sociale consistente nella presenza di perdite di capitale sociale non indica di per sé né che vi sia uno squilibrio di tipo patrimoniale, consistente nella mancanza nell’attivo dei valori necessari ad eguagliare il valore dei debiti, né tantomeno uno squilibrio finanziario, rappresentato dalla circostanza che i flussi in entrata non permettono di far fronte al pagamento delle obbligazioni in scadenza. Anche in presenza di perdite di capitale, infatti, il patrimonio netto (considerato ad un valore effettivo e non contabile) potrebbe mantenere un valore positivo, che permetterebbe di provvedere al pagamento integrale delle obbligazioni¹⁶. Ma quel che appare ancor più importante è la circostanza che, pur in presenza di perdite di capitale sociale, potrebbe non essersi verificato lo squilibrio finanziario riconducibile alle situazioni di insolvenza ovvero di crisi¹⁷. In senso opposto, il mantenimento del valore del capitale minimo non esclude che possa essersi verificata, o sia ragionevolmente probabile, una disfunzione del rimborso del finanziamento¹⁸, e ciò in ragione del fatto che il valore minimo legale del capitale sociale prescinde del tutto dal corretto funzionamento dell’organizzazione del finanziamento dell’impresa. Del resto, la possibilità che la società, pur in presenza di perdite, possa evitare la liquidazione attraverso la trasformazione in una società con un capitale minimo inferiore dimostra come la norma favorisca la continuazione dell’attività di impresa mediante altra disciplina, senza peraltro richiedere un accertamento circa l’adeguatezza patrimoniale e/o la corretta organizzazione del finanziamento dell’impresa (come dimostra il fatto che nelle trasformazioni omogenee riguardanti le società di capitali non è riservato alcun potere di opposizione ai creditori sociali).

11. Ciò non esclude l’eventualità che, ove ricorrano perdite di capitale sociale, possa ricorrere *anche* una situazione di incapienza patrimoniale, ed *anche* di tensione finanziaria dell’impresa societaria,

costituire la causa di scioglimento, bensì l’apertura della liquidazione giudiziale, che ben potrebbe essere evitata per le società insolventi attraverso il ricorso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi previsto nel codice della crisi, o anche alla composizione negoziata della crisi, come si avrà modo di tornare nel testo.

¹⁵ Per questa ricostruzione v. G. FERRI jr, “Struttura finanziaria dell’impresa e funzioni del capitale sociale”, in *Riv. not.*, 2008, 741 ss., p. 778 ss.

¹⁶ Sul punto v. G. FERRI jr, “Insolvenza e crisi dell’impresa organizzata in forma societaria”, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 413 ss., che riconduce la perdita di capitale ad una crisi dell’investimento, e che pone in rilievo come le perdite di capitale emergano da un documento contabile, ossia lo stato patrimoniale, con contenuto del tutto convenzionale, e come tale inidoneo ad esprimere ogni indicazione sull’insolvenza della società. Sul punto v. anche R. SACCHI, “Capitale sociale e tutela dei fornitori di *equity* e di capitale di debito avversi al rischio dopo le opzioni del legislatore italiano nell’applicazione dei principi contabili internazionali”, in *Le società per azioni oggi*, cit., p. 1125 ss., il quale pone in luce come l’adozione delle valutazioni di bilancio sulla base del *fair value* rende ancor più volatili le valutazioni contabili e quindi la rilevazione delle perdite.

¹⁷ Sulla distinzione tra concetto di perdita di capitale, incapienza e insolvenza o stato di crisi, v. tra tutti G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, 30 ss.; A. NIGRO, “La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese”, in M. Bessone (dir.) *Trattato di diritto privato*, vol. XXV, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 232; la differenza è posta in assoluto rilievo da G. STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 606.

¹⁸ L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., p. 145 ss.

ma da un punto di vista di comprensione e applicazione delle norme occorre tenere distinto il concetto di perdita di capitale sociale, che segnala una crisi di quell'investimento iniziale che i soci hanno effettuato nella forma del conferimento¹⁹, da quelli di incapacienza e di insolvenza, che indicano entrambi la crisi del finanziamento apportato dai terzi creditori, seppure sotto due profili diversi. Infatti, mentre l'incapacienza, riferendosi ad un *confronto* statico *tra due valori*, ossia quello dell'attivo patrimoniale (inferiore) e quello del passivo reale (superiore al primo), non tiene conto delle scadenze dei debiti, ed esprime, pertanto, una lesione dell'interesse *collettivo* dei creditori, che prescinde dalla capacità solutoria dell'impresa, la ricorrenza di una disfunzione dell'organizzazione del finanziamento dell'impresa lede, invece, l'interesse *individuale* dei creditori al corretto soddisfacimento dei crediti vantati verso la società.

12. Il terzo ordine di argomentazioni che impedisce di fondare la tutela dei creditori di una società in crisi sulla ricorrenza della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 cod. civ., e sui conseguenti limiti ai poteri gestori degli amministratori, è costituito dai più recenti interventi normativi che limitano l'operatività della causa di scioglimento in questione pur ricorrendo il presupposto del verificarsi di perdite oltre un terzo del capitale sociale che riducano lo stesso al di sotto del limite legale. A tale riguardo deve menzionarsi la disciplina derogatoria introdotta con la decretazione emergenziale legata alla pandemia da Covid-19, ossia l'art. 6 del d.l. 23/2020 (come modificato dalla legge di bilancio 2021, ossia la legge 30 dicembre 2020, n. 178), che ha disposto per le perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020 un allungamento del periodo concesso alla società per riportare la perdita entro un valore inferiore al terzo del capitale sociale ed evitare in tal modo il perfezionarsi dell'obbligo di riduzione obbligatoria: dall'ordinario termine di un anno previsto dall'art. 2446, comma 2, cod. civ. e dall'art. 2482-*bis*, comma 4, cod. civ., si passa a quello della chiusura del quinto esercizio successivo all'emersione della perdita; inoltre, sempre in riferimento alle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020, detta norma ha disposto la facoltà per l'assemblea di avvalersi di una dilazione temporale di cinque anni per l'assunzione dei provvedimenti di riduzione del capitale e del suo contestuale aumento previsti dagli artt. 2447 e 2482 *ter*, cod. civ. in relazione alle perdite superiori ad un terzo del capitale da cui derivi una sua riduzione al di sotto del limite legale, sospendendo conseguentemente la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, primo comma, n. 4, cod. civ., fino all'assemblea di approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo all'emersione delle perdite²⁰. Provvedimenti legislativi successivi²¹ consentono alla società, su decisione dell'assemblea, di avvalersi della disciplina sospensiva per le perdite emerse nell'esercizio 2020, successivamente per quelle emerse nell'esercizio 2021, ed infine per quelle emerse nell'esercizio 2022²². Alla luce della richiamata disciplina emergen-

¹⁹ In questo senso G. FERRI *jr*, *Insolvenza e crisi*, cit., p. 431; ID., "La funzione del capitale sociale nel diritto azionario europeo", in *Riv. soc.*, 2022, da p. 683, *passim*, ove viene posto in rilievo come anche nella concezione del legislatore europeo, quale emerge dalla Direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017, concernente "taluni aspetti di diritto societario", la disciplina del capitale costituisce una regola dell'investimento dei soci effettuato nella forma del conferimento, e la perdita di capitale può, dunque, in senso prospettico essere considerata come un sintomo negativo dell'andamento dell'investimento.

²⁰ Per un approfondimento della disciplina e per l'interpretazione della sua portata applicativa v. G. FERRI *jr*, "La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite tra passato prossimo e futuro remoto", in *Riv. not.*, 2021, da p. 3; M. CAMPOBASO, "La riduzione del capitale "epidemic" e doveri degli amministratori", in *NLCC*, 2021, I, p. 301 ss.; I. DONATI, "Le società senza patrimonio netto: riflessi concorsuali del nuovo art. 6, D.L. "liquidità", in *Fallimento*, 2021, p. 463 ss.; G. STRAMPELLI, "La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti "Liquidità" e "Rilancio", in *Riv. soc.*, 2020, da p. 366; ID., "La disciplina europea dei doveri degli amministratori nelle società in crisi: problemi e prospettive", in *ODC*, 2020, da p. 723 ss., p. 736; G. D'ATTORRE, "Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale e obblighi degli amministratori di società in crisi", in *Fall.*, 2020, p. 597 ss., p. 598; N. ABRIANI e F. BUTTIGNON, *Legge di bilancio 2021 e patrimonio netto di bilancio nelle società di capitali in Italia: spunti per il superamento di un paradigma*, in *Il societario.it*, 17 febbraio 2021.

²¹ Il carattere eccezionale di tale disciplina è stato, infatti, attenuato dalle disposizioni contenute nei decreti Milleproroghe del 2021 e del 2022: in particolare il d.l. 228/2021, conv. in l. 15/2022, ha esteso la disciplina sospensiva alle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2021, e successivamente il d.l. 198/2022, conv. in l. 14/2023, ha ulteriormente previsto l'applicazione della disciplina derogatoria anche alle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2022.

²² Dalla circostanza però che nella nota integrativa le perdite devono essere indicate separatamente con specifica menzione dell'origine e delle movimentazioni, il periodo quinquennale scadrà per le perdite dell'esercizio 2020 all'assemblea di approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo e quindi orientativamente a marzo 2026; per le perdite emerse nell'esercizio 2021 gli obblighi di riduzione saranno sospesi sino all'assemblea di approvazione del bilancio 2026, e quindi presumibilmente sino a marzo 2027, e per quelle emerse nell'esercizio 2022 saranno sospesi orientativamente sino a marzo 2028.

ziale, la sospensione della causa di scioglimento costituita dalla diminuzione del capitale al di sotto del limite legale rende, dunque, del tutto lecita la continuazione dell'attività gestoria da parte degli amministratori per le società che si siano avvalse della facoltà prevista dalla legislazione appena richiamata, e ciò anche nell'ipotesi in cui il valore del patrimonio netto si sia di fatto azzerato o sia divenuto insufficiente rispetto alle pretese complessive dei creditori²³. Di fronte alla continuazione dell'attività gestoria da parte degli amministratori non sarà, dunque, possibile invocare la violazione del divieto di proseguire una gestione produttiva previsto nell'art. 2486, comma 1, cod. civ.: ne emerge in tale ipotesi l'assoluta inidoneità della disciplina del capitale sociale ad essere utilizzata per tutelare le istanze dei creditori sociali rispetto alla gestione di una società in crisi.

13. Un secondo elemento a riprova di tale inidoneità può essere rinvenuto nelle norme del Codice della Crisi che prevedono la sospensione della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4. cod. civ. al fine di consentire una riorganizzazione del finanziamento dell'impresa societaria²⁴. A tal proposito, può osservarsi che, se gli artt. 64 e 54, comma 3, c.c.i.i. relativi agli accordi di ristrutturazione dei debiti, e l'art. 89 c.c.i.i. concernente il concordato preventivo riproducono sostanzialmente quanto già disposto dall'art. 182-*sexies* l.fall.²⁵, appare ancora più rilevante la previsione di cui all'art. 20 c.c.i.i. in riferimento alla composizione negoziata, che prevede la sospensione, fino al termine delle trattative, della causa di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del limite legale per perdite superiori ad un terzo dello stesso sulla base della semplice *dichiarazione* resa dall'imprenditore nell'istanza di nomina dell'esperto o anche successivamente²⁶.

14. La disapplicazione della disciplina del capitale minimo sotto il profilo della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4, cod. civ. dimostra, allora, come gli interessi tutelati da questa disciplina non possano essere individuati nella tutela dei creditori sociali, posto che altrimenti non si spiegherebbe la ragione per cui nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi, normativamente rivolti alla protezione dei creditori sociali, come oggi cristallizzato nell'art. 4 c.c.i.i., se ne preveda la sospensione e si consenta la prosecuzione della gestione, e ciò non solo nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi, in cui l'esercizio dell'impresa rimane in capo all'imprenditore ma sotto la vigilanza degli organi della procedura ai sensi dell'art. 94 c.c.i.i., bensì anche nell'ambito della composizione negoziata della crisi, che si caratterizza per essere un percorso di negoziazione in cui l'imprenditore conserva la pienezza della gestione, fuori da ogni controllo di natura pubblicistica, ma nel rispetto dei criteri e degli interessi previsti nell'art. 21 c.c.i.i., sul quale torneremo nel prosieguo.

III. Segue. Critiche alla tesi che ricomprende nell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale il venir meno della continuità aziendale

15. Alla luce dei profili critici sopra evidenziati, e in funzione di tutelare i creditori sociali di fronte alla continuazione produttiva della gestione di società in crisi potrebbe allora apparire maggiormente fondata la ricostruzione che interpreta estensivamente l'integrarsi della causa di scioglimento

²³ Non convincono, infatti, le ricostruzioni che, interpretando la disciplina di cui al d.l. 6/2020, ritengono che la gestione degli amministratori debba orientarsi in senso conservativo (in questo senso v. ad esempio G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale*, cit., p. 379; G. D'ATTORRE, *Disposizioni temporanee*, cit., p. 601). Per l'approfondimento della questione sia consentito il rinvio al mio S. SERAFINI, "La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale e la gestione di società con capitale inferiore al minimo legale", in *Riv. soc.*, 2022, p. 808 ss.

²⁴ G. RACUGNO, "La sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale nel concordato preventivo", in *Giur. comm.*, 2023, da p. 713; G. FAUCEGLIA, "Brevi osservazioni sulla sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale negli strumenti di regolazione della crisi", in *Società*, 2023, p. 558.

²⁵ Per un approfondimento della normativa precedente, v., M. MIOLA, "Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182 *sexies* l.fall. Parte prima. La sospensione delle regole di riduzione del capitale sociale", in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 171 ss.; R. SACCHI, "La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria", in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss.; A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 135 ss.

²⁶ Sul punto v. G. FAUCEGLIA, *Brevi riflessioni*, cit., p. 560.

per impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, cod. civ., e che vi ricomprende il venir meno della continuità aziendale²⁷. Tale requisito, tenendo anche conto oggi di quanto previsto nell'art. 3, comma 3, lett. b), c.c.i.i., può essere definito come quello squilibrio finanziario che faccia venire meno la capacità dell'impresa di rimanere nel mercato come complesso funzionante *going concern* per un periodo di almeno dodici mesi e quindi sostanzialmente di produrre risultati positivi e generare correlati flussi finanziari nel medesimo periodo di temp

16. Occorre, tuttavia, osservare che la riformulazione dell'art. 2086 cod. civ. impedisce oggi di seguire questa strada. Se si considera, infatti, che il nuovo secondo comma impone, nel caso di perdita della continuità aziendale il dovere in capo agli amministratori di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il *recupero della continuità aziendale*, ciò significa che *ex lege* debba escludersi che il venir meno di tale presupposto costituisca una causa di scioglimento. Diversamente, infatti, ove la cessazione della continuità aziendale integrasse una causa di scioglimento, gli amministratori non avrebbero il potere ed anzi il dovere di rimuoverla, bensì avrebbero l'obbligo di accertare senza indugio la causa di scioglimento e iscriverla nel registro delle imprese (pena la responsabilità di cui all'art. 2485, comma 1, cod. civ.), determinando in tal modo l'apertura della liquidazione della società. Ne conseguirebbe che, per la rimozione della causa di scioglimento non sarebbe sufficiente che gli amministratori apprestassero un piano volto al recupero dell'equilibrio finanziario, fosse anche ricorrendo ad uno degli strumenti di regolazione della crisi previsti nel codice della crisi, essendo invece necessaria la rimozione della causa di scioglimento mediante una delibera dell'assemblea straordinaria assunta ai sensi dell'art. 2487 *ter* cod. civ.

17. Né a diversa conclusione potrebbe condurre la lettera dell'art. 2484, comma 1, n. 2, cod. civ., ai sensi del quale la causa di scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale non si integra quando l'assemblea, convocata all'uopo dagli amministratori, deliberi le opportune modifiche statutarie. Detta norma, chiaramente pensata per la modifica dell'oggetto sociale statutario, non potrebbe essere utilmente interpretata nel senso di includervi anche soluzioni volte a ripristinare un equilibrio finanziario dell'impresa, giacché, salvo il caso di una ricapitalizzazione da parte dei soci, non è possibile immaginare altre modifiche statutarie che possano condurre ad una riorganizzazione del finanziamento dell'impresa; ed inoltre avrebbe come conseguenza di sottrarre agli amministratori, in favore dell'assemblea, la competenza ad attuare gli strumenti previsti nel codice della crisi, in netto contrasto con quanto previsto dall'art. 120-*bis* c.c.i.i. che al primo comma riserva in via esclusiva agli amministratori la decisione sull'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi, unitamente alle condizioni della proposta e al contenuto del piano²⁸. Né, al contrario, potrebbe recuperarsi la legittimazione in questo senso degli amministratori affermando che, ove sia possibile ripristinare l'equilibrio finanziario tramite gli strumenti di regolazione della crisi, la causa di scioglimento verrebbe superata, senza necessità di rispettare l'*iter* e le tutele previsti dall'art. 2487 *ter* cod. civ. Appaiono evidenti le contraddizioni di un siffatto ragionamento: o si ritiene, infatti, che in questo caso non si integra la causa di scioglimento in quanto la perdita di continuità aziendale non risulta essere definitiva, essendo possibile ripristinare l'equilibrio finanziario, e allora non potrebbero neanche essere invocati i limiti ai poteri gestori di cui all'art. 2486, comma 1, cod. civ.; oppure, ove si ritenga sussistente la causa di scioglimento in questione, per la rimozione della stessa sarà necessaria una delibera assembleare ai sensi dell'art. 2487 *ter* cod. civ.²⁹,

²⁷ V. *retro* nota 14.

²⁸ Per un approfondimento sui poteri e i doveri degli amministratori rispetto all'accesso al concordato preventivo e all'esecuzione della proposta omologata v. G. FERRI *jr*, "Poteri e responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo delle società", in *Riv. dir. comm.*, 2023, da p. 15, p. 18 ss., ove viene posto in luce come l'adozione di uno degli strumenti di regolazione della crisi sia una scelta imprenditoriale, caratterizzata dalla *business judgment rule*, rivolta a soddisfare l'interesse dei soci al risanamento dell'impresa.

²⁹ Sulla necessità di applicare la disciplina di cui all'art. 2487 *ter* cod. civ. per l'eliminazione della causa di scioglimento anche prima della nomina dei liquidatori v. O. CAGNASSO, "La revoca dello stato di scioglimento delle società di capitali", in *Giur. it.*, 2023, p. 1608 ss., in commento a Trib. Milano, Giudice del Registro, decreto, 22 febbraio 2023, che aveva affermato che, prima della nomina dei liquidatori, gli amministratori conservano la competenza per richiedere la revoca dello stato di scioglimento sia quando la causa di scioglimento non sussisteva ed era stata accertata erroneamente, sia quando la causa di

ma ciò – si ripete – risulta essere in assoluto contrasto con le disposizione di cui all’art. 2086, comma 2, cod. civ. e 120 *bis* c.c.i.i.

18. Ed anzi si potrebbe osservare come, attraverso la previsione, ad opera dell’art. 380 del d.lgs. 14/2019, dell’ulteriore causa di scioglimento costituita dall’apertura della procedura di liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata (si veda il nuovo art. 2484, comma 1, n. 7 *bis*, cod. civ.), il legislatore abbia voluto ricondurre la dissoluzione dell’impresa societaria alla disfunzione del suo finanziamento limitatamente al caso in cui questa abbia non solo acquisito il *carattere strutturale dell’insolvenza*, ma ciò sia stato altresì *accertato giudizialmente* con sentenza del Tribunale competente e sia stata altresì *aperta una procedura concorsuale liquidatoria*. A dimostrazione di quanto appena affermato può, infatti, osservarsi che l’insolvenza può costituire il presupposto oggettivo tanto della composizione negoziata della crisi (come chiarito nella nuova formulazione dell’art. 12 c.c.i.i. risultante dal decreto correttivo d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, ai sensi della quale l’imprenditore può chiedere la nomina dell’esperto quanto si trova nelle condizioni di crisi e di insolvenza o *anche soltanto* in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza), così come dei piani di risanamento attestati di cui all’art. 56 c.c.i.i., soluzioni entrambe che si caratterizzano – come si spiegherà meglio prosiegua – per il mantenimento di pieni poteri in capo agli amministratori e per la continuazione della gestione dell’impresa volta a favorire soluzioni che portino al risanamento dell’impresa.

19. Partendo da quest’ultima considerazione, si può allora sollevare una critica ancor più sistematica alla ricostruzione che limita in senso conservativo i poteri degli amministratori, e consiste nella circostanza che non possono considerarsi come forme di tutela alternative per i creditori la liquidazione della società, da un lato, e il riequilibrio del finanziamento dell’impresa, dall’altro. Occorre, innanzitutto, osservare come appaia fuorviante la considerazione che una connotazione conservativa della gestione permetta di per sé di soddisfare le pretese dei creditori sociali. Se si considera che l’interesse dei creditori è quello di ottenere il pagamento integrale del proprio credito alla scadenza, ove ci sia una situazione di incapienza patrimoniale, da valutare sulla base dei valori di liquidazione, i creditori non troverebbero alcuna tutela nella circostanza che la gestione diventi di tipo conservativo. La gestione conservativa permetterebbe al più di impedire l’aggravamento dell’insufficienza patrimoniale ma non porterebbe di certo ad un ripristino dell’equilibrio patrimoniale. In questa situazione, ove ricorra anche uno squilibrio finanziario riconducibile alla crisi o all’insolvenza, l’interesse dei creditori potrebbe essere soddisfatto *soltanto* attraverso soluzioni che, mediante il risanamento dell’impresa o attraverso soluzioni di tipo liquidatorio, massimizzino il soddisfacimento di *tutti* i creditori dell’impresa, e che permettano, ove l’insolvenza sia già attuale, il rispetto della *par condicio creditorum*, seppure con modalità e limiti diversi a seconda della procedura seguita³⁰.

20. Si deve, peraltro, altresì osservare che dalla formulazione di molte disposizioni normative si evince un vero e proprio *favor* per soluzioni che permettano il risanamento delle imprese³¹. In questo senso deve essere letta la disposizione di cui all’art. 25-*sexies* c.c.i.i. che prevede la possibilità, nelle eventualità in cui le trattative, seppur condotte correttamente e in buona fede, non siano pervenute ad un esito positivo, di presentare un concordato di liquidazione c.d. semplificato, che non richiede l’approvazione da parte dei creditori. Nella stessa prospettiva va inquadrata anche la disciplina dei nuovi piani di risanamento attestati, normativamente rivolti al risanamento dell’esposizione debitoria dell’impresa e al riequilibrio della situazione patrimoniale ed economico finanziaria (art. 56, comma 1, c.c.i.i.), i cui atti di esecuzione, costituiti dagli atti, pagamenti e concessioni di garanzie, sono esentati dall’azione revocatoria

scioglimento è venuta meno. L’A. distinguendo le due ipotesi afferma che in caso di eliminazione della causa di scioglimento precedentemente sussistente deve applicarsi la disciplina di cui all’art. 2487 *ter* cod. civ.

³⁰ Sulla questione dell’applicazione del principio della *par condicio creditorum* fuori da una procedura concorsuale, v. M. FABIANI, La regola della *par condicio creditorum* all’esterno di una procedura di concorso, in *Fall.*, 2020, da p. 333.

³¹ In questo senso v. G. FERRI JR, *Poteri e responsabilità*, cit., p. 19.

concorsuale e ordinaria (art. 166, comma 3, lett. d c.c.i.i.), nonché dai reati di bancarotta semplice e preferenziale (art. 324, c.c.i.i.)³². Devono, altresì, essere considerati i maggiori oneri imposti nel concordato preventivo con liquidazione del patrimonio, costituiti sia dalla necessità di apporti esterni che assicurino l'incremento dell'attivo nella misura almeno pari al dieci per cento, sia dall'imposizione di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapacità, pari al venti per cento del loro ammontare complessivo (art. 84, comma 4, cod. civ.).

21. Sempre in questa prospettiva, appaiono, inoltre, significative le già richiamate norme del Codice della Crisi che prevedono la sospensione della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4. cod. civ. al fine di consentire una riorganizzazione del finanziamento dell'impresa societaria³³: la riduzione dell'ambito di applicazione della causa di scioglimento che frequentemente ricorre in caso di crisi di impresa dimostra, infatti, come la protezione dei creditori sociali, cui normativamente sono finalizzati gli strumenti previsti nel codice della crisi, sia meglio realizzabile attraverso la prosecuzione della gestione produttiva piuttosto che nella cessazione della medesima, o comunque nella sua prosecuzione finalizzata al miglior realizzo del patrimonio sociale in fase di liquidazione, come previsto dalla disciplina della liquidazione societaria.

22. Dalle suddette disposizioni possono, allora, evincersi due principi relativi alla gestione delle imprese societarie in crisi. In primo luogo, il principio secondo cui la migliore garanzia di soddisfacimento dei creditori di un'impresa è l'andamento economico positivo della stessa, per cui sono da favorire i tentativi di risanamento, che tuttavia, nel momento in cui si è verificata l'insolvenza, non dovranno essere condotti fraudolentemente in danno dei creditori, come può evincersi dall'art. 21 c.c.i.i. in materia di composizione negoziata, che prevede che la gestione dell'impresa, nel caso in cui risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, deve essere condotta nel prevalente interesse dei creditori. In secondo luogo, che ove sia possibile il risanamento dell'impresa, la gestione deve essere conservata in capo all'imprenditore (e quindi nel caso di imprese societarie, all'organo amministrativo), giacché è colui che meglio conosce le cause della crisi, lo stato di gravità della medesima, le strategie per la sua reversibilità, e le potenzialità ancora insite nell'organismo produttivo³⁴. La tutela dei creditori non deve quindi essere ricercata nella cessazione della gestione produttiva dell'impresa e nell'avvio di una gestione esclusivamente conservativa del valore del patrimonio, bensì nei criteri gestori che devono essere rispettati dagli amministratori nella continuazione dell'attività di impresa una volta deterioratisi gli equilibri economici e finanziari, sui quali occorre allora so fermarsi.

V. I doveri di corretta gestione dell'impresa in crisi nell'ordinamento italiano

23. Prendendo le mosse dalla conclusione cui siamo giunti, occorre, allora, ricostruire in senso positivo i doveri di corretta gestione che sono imposti nell'ordinamento italiano agli amministratori di società in crisi. A tale proposito deve, innanzitutto, essere posto in rilievo come uno dei principi cardine del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, presente altresì nella Direttiva *Insolvency*, è che la crisi costituisce *una fase di sviluppo dell'impresa*, con l'esito che il dovere di gestire correttamente la crisi deve permeare in modo continuativo e sistematico l'intera attività di gestione dell'impresa e della sua evoluzione. In altri termini, gli amministratori non hanno soltanto il dovere di intervenire sulla crisi a seguito del suo verificarsi, e quindi in una prospettiva *ex post*, bensì dovranno *ex ante* riferirsi costan-

³² Cfr. M. ROSSI, "Appunti sul piano attestato di risanamento nel codice della crisi", in *Riv. dir. comm.*, 2023, da p. 551.

³³ G. RACUGNO, "La sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale nel concordato preventivo", in *Giur. comm.*, 2023, da p. 713; G. FAUCEGLIA, "Brevi osservazioni sulla sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale negli strumenti di regolazione della crisi", in *Società*, 2023, p. 558.

³⁴ Risulta essere estremamente significativa la disposizione di cui all'art. 56 c.c.i.i. in ordine al contenuto del piano (come emendato dal codice correttivo d.lgs. 136/2024), che deve indicare, tra l'altro le cause della crisi e l'entità dello stato di crisi o dell'insolvenza (art. 56, lett. a), le strategie di intervento (lett. b), il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario nonché i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione economico-finanziaria (lett. g).

temente ad essa nell'ambito delle scelte attuabili in quelle che possono dirsi le due sfere di competenza della gestione propriamente intesa, cioè *la creazione e l'organizzazione dell'organismo produttivo* da un lato, e l'attività di *programmazione e indirizzo dell'esercizio dell'impresa* nel mercato dall'altro³⁵. Ciò è reso particolarmente evidente dall'art. 2086, comma 2, cod. civ., che ha previsto per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche *in funzione* della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale³⁶.

24. Rispetto alla questione se in ordine al dovere di creare assetti adeguati sia invocabile la *business judgement rule*³⁷ appare condivisibile la tesi che ne dà una soluzione positiva³⁸, seppure con due

³⁵ In questo senso R. SACCHI, "Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale utile o dannosa?", in *NLCC*, 2018, da p. 1280, p. 1286; v. anche G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 86 ss.; G. FERRI jr – M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello transalpino alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, da p. 575, p. 584.

³⁶ Il tema dell'adeguatezza degli assetti è stato trattato più recentemente sotto il profilo della loro funzionalità alla rilevazione della crisi; senza alcuna esautività v. P. MONTALENTI, "Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari", in A. JORIO e R. ROSAPEPE, *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2021, p. 41 ss.; R. SACCHI, *op. ult. cit.*, p. 1285 ss.; S. FORTUNATO, "Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità", in *Riv. soc.*, da p. 952, p. 958 ss.; M. CIAN, "Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto", in *NLCC*, 2019, da p. 1160, p. 1163 ss.; E. GINEVRA e C. PRESCIANI, "Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.", in *NLCC*, 2019, p. 1209 ss.; R. RORDORF, "Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.", in *Società*, 2021, p. 1325 ss.; sui risvolti applicativi del tema nell'ambito della società di persone v. O. CAGNASSO, "La predisposizione degli assetti adeguati nelle società di persone", in *Nuovo dir. società*, 2022, p. 9 ss.

³⁷ Come noto, il principio in questione di origine americana rende insindacabili da parte del giudice nel merito le scelte imprenditoriali degli amministratori, al fine di evitare che la scelta di compiere una determinata operazione economica, rivelatasi economicamente non conveniente, sia di per sé foriera di responsabilità per gli amministratori, consentendo dunque esclusivamente di valutare la correttezza del processo decisionale. A partire dalla storica sentenza Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 13 ss., e altresì in *Società*, 1997, da p. 1389 ss., il principio è stato affermato in numerose sentenze di legittimità (v. *ex multis* Cass. Civ., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 405; Cass. Civ., 22 giugno 2017, n. 15470, in *ilcaso.it.*, nonché più recentemente da Cass. Civ., 22 giugno 2022, n. 1218; e Cass. Civ., 19 gennaio 2023, n. 1678, in *Guida al Diritto*, 2023, p. 15 ss.), nonché in molte sentenze di merito (tra cui v. Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326 ss., con nota di A. TINA, "Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione di responsabilità (art. 2393 ultimo comma c.c.)"; Trib. Palermo 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 121 ss., con nota di M. CORDOPATRI, "La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa"; Trib. Bologna, 29 dicembre 2017, 2879; Corte Appello Torino, 8 settembre 2022, n. 965). Estremamente interessante appare il principio affermato poi da Trib. Bologna, 29 dicembre 2017, n. 2879, cit., secondo cui "L'agire diligente dell'amministratore deve essere parametrato all'importanza della scelta gestoria; pertanto, l'amministratore diligente non può procedere se non sulla base di un piano strategico che tenga conto nel periodo medio-lungo dei costi-benefici dell'operazione e del prevedibile sviluppo, con costante e periodica verifica ed aggiornamento"

³⁸ Nell'applicazione del principio, in Italia l'opinione prevalente ha affermato che, laddove vi siano norme che impongano un determinato comportamento, viene meno la discrezionalità degli amministratori nell'assunzione della scelta imprenditoriale, con l'esito che in tal caso non trova applicazione il principio dell'insindacabilità della scelta gestoria (c.d. *business judgment rule*). In questo senso v. C. ANGELICI, "La società per azioni I. Principi e problemi", in *Trattato di diritto civile e commerciale, dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 407; P. FERRO-LUZZI, "Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema", in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 661 ss., p. 671; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, p. 147. A partire da questo principio parte della dottrina ha ritenuto che il canone della *business judgement rule* non potrebbe applicarsi al dovere degli amministratori di istituire assetti adeguati; in questo senso v. C. AMATUCCI, "Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule", in *Giur. comm.*, 2016, I, da 643, 667; ed altresì anche P. MONTALENTI, "Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma", in *Giur. comm.*, 2020, I, 829 ss.

Altra parte della dottrina ha proposto un significato più ampio del principio in questione che la estenderebbe a tutte le competenze imprenditoriali degli amministratori, caratterizzate da margini di discrezionalità, anche quando non foriere di ricadute economiche dirette. Di qui, l'applicazione del principio è stata predicata anche in ordine alle scelte organizzative dell'organismo imprenditoriale nell'ambito dei margini di discrezionalità lasciati agli amministratori, tra cui appunto l'istituzione di assetti adeguati. In questo senso v. N. ABRINI e A. ROSSI, "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", in *Società*, 2019, p. 396; V. CALANDRA BUONAUORA, "Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi", in *Giur. comm.*, 2020, p. 12; A. BARTALENA, "Assetti organizzativi e *business judgment rule*", in *Società*, 2020, p. 1346 ss.,

precisazioni. La prima consiste nella considerazione secondo cui nel compimento delle scelte gestorie gli amministratori sono gravati da un dovere di corretta amministrazione che richiede in primo luogo il dovere di agire in modo informato, il che implica che nella predisposizione degli assetti dovranno assumere tutte le informazioni necessarie per poter predisporre assetti *adeguati a quell'impresa*, specifica per natura e dimensioni³⁹. Di qui ne deriva che, come per le scelte imprenditoriali, potrà essere oggetto del sindacato giudiziale il processo decisionale e quindi la mancata assunzione delle informazioni necessarie. La seconda precisazione consiste nell'affermazione secondo cui, così come l'applicazione del principio della *business judgment rule* alle scelte imprenditoriali trova un limite nel caso in cui risultino essere del tutto irragionevoli⁴⁰, anche le scelte che riguardano la conformazione degli assetti potranno essere oggetto di sindacato del giudice quando essi siano *manifestamente inadeguati* rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Risulta evidente, infatti, che per ogni impresa possono esserci molteplici assetti altrettanto adeguati, e tra questi gli amministratori hanno piena discrezionalità nel caratterizzarli concretamente, ma è altrettanto vero che, in base ai parametri della natura dell'attività e delle dimensioni dell'impresa, una determinata predisposizione degli assetti può risultare essere adeguata per una certa impresa, e *manifestamente inadeguata* per un'altra impresa⁴¹. Il punto cruciale è, allora, capire se la valutazione stessa di adeguatezza possa essere compiuta soltanto dagli amministratori oppure possa essere oggetto di un sindacato giurisdizionale⁴², nei limiti quantomeno di una *manifesta inadeguatezza*. A mio avviso appare preferibile questa seconda ricostruzione, posto che altrimenti si ricadrebbe nell'opposto paradosso di considerare di per sé adeguata qualunque conformazione organizzativa posta in essere dagli amministratori, potendo riscontrare la violazione del dovere soltanto nel caso, piuttosto di scuola, di mancata istituzione di una qualunque anche elementare articolazione organizzativa, amministrativa e contabile.

25. Ciò considerato, sotto il profilo dell'*organizzazione*, sarà allora richiesto agli amministratori di creare un sistema che preveda la distribuzione di competenze tra gli organi societari e le funzioni

p. 1350; L. BENEDETTI, "L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori", in *Riv. soc.*, 2019, p. 413 s. In giurisprudenza il principio è stato affermato in alcune sentenze del Tribunale di Roma, cfr. Trib. Roma, sez. spec. impr., 16 ottobre 2019, n. 19881; Trib. Roma, sez. spec. impr., 6-8 aprile 2020, in *Banca borsa*, 2021, 284, con nota di L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle scelte organizzative: spunti giurisprudenziali*; Trib. Roma, sez. spec. impr., 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, II, da p. 1358, con nota di S. FORTUNATO, "Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi", in *ODC*, 2021, p. *tti di organizzazione*, cit., da p. 549, p. 579.

³⁹ In questo senso cfr. G. FERRI JR e M. ROSSI, "Assetti dell'impresa e responsabilità degli amministratori", in *Riv. dir. comm.*, 2024, da p. 27 ss., p. 35 in cui gli AA. pongono in luce come la decisione circa gli assetti da predisporre sia essa stessa una scelta gestoria di carattere discrezionale e che il canone della *business judgment rule* può essere invocato rispetto al processo decisionale che ha portato alla scelta sulla concreta articolazione degli assetti adottati, al fine di verificare se, in base alla diligenza dovuta, gli amministratori hanno ottenuto e valutato tutte le informazioni necessarie per predisporre assetti adeguati.

⁴⁰ Si osservi come nelle sentenze più recenti, sia di legittimità che di merito, appaia assolutamente pacifico che l'applicabilità del principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali trovi un limite nel caso in cui siano omesse le cautele preventive richieste dall'ordinaria diligenza professionale, e sulla scorta dei criteri di prevedibilità e prevenibilità, l'operazione risulti del tutto contraria ai principi di ragionevolezza. In questo senso si legga Cass. Civ., 22 giugno 2020, n. 1218, ove si afferma che "l'insindacabilità delle scelte di gestione (cd. "business judgment rule") trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi *ex ante*, secondo i parametri di diligenza di cui all'art. 2392 c.c., tenuto conto in particolare della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per decisioni di quel tipo, oltre che della cura mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione intrapresa. Cfr. in questo senso anche Corte App. Torino, 8 settembre 2022, cit., ove si afferma il principio secondo cui le scelte degli amministratori sono insindacabili a meno che valutate *ex ante* risultino manifestamente avventate ed imprudenti.

⁴¹ Sottolinea l'importanza del parametro dell'adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa nella condotta richiesta agli amministratori nell'istituzione degli assetti M. IRRERA, "Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e *Business Judgment Rule*", in P. MONTALENTI e M. NOTARI (a cura di) *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di, Milano, Giuffrè Editore, 2021, da p. 81, p. 91, che afferma che il parametro dell'adeguatezza implica necessariamente la discrezionalità delle scelte degli amministratori, in modo non dissimile dal principio sottostante la *BJR*. Tuttavia, secondo l'A., la questione dell'applicabilità della *BJR* risulterebbe mal posta, proprio in quanto il legislatore ha offerto una clausola generale, l'adeguatezza appunto, più rigorosa e certa.

⁴² Considerato che di per sé l'inadeguatezza degli assetti non sono causa diretta di un danno al patrimonio sociale, o a quello personale di un socio o di un terzo, il sindacato giurisdizionale sull'inadeguatezza degli assetti, ai fini della responsabilità degli amministratori, potrebbe invero prospettarsi soltanto ove si possa ravvisare un'incidenza causale tra detta inadeguatezza e il compimento di un'operazione dannosa, che sia stata posta in essere dagli amministratori nella violazione di un dovere gravante sui medesimi.

aziendali in ordine a: (i) la definizione dei processi concernenti la raccolta delle informazioni necessarie all'elaborazione, alla misurazione e al monitoraggio degli indici reddituali, patrimoniali e finanziari, al fine di permettere la costante valutazione dell'incidenza delle operazioni gestorie rispetto al mantenimento delle condizioni di continuità aziendale, nonché (ii) la valutazione dell'efficacia ed efficienza di tali processi e infine (iii) la revisione continua ed eventuale modifica degli stessi. In questo senso è significativo l'art. 3, comma 3, c.c.i.i. ai sensi del quale l'apprezzamento dell'adeguatezza degli assetti deve essere compiuto tenendo conto dell'idoneità degli stessi a fornire agli amministratori tutte le informazioni che permettano di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore

26. Sotto il profilo della *programmazione* dell'attività di impresa, l'organo gestorio dovrà pianificare la gestione del rischio di perdita di continuità aziendale, attraverso l'indicazione del livello di rischio sopportabile, delle metodologie di valutazione dello stesso, degli indicatori di allerta specifici per i singoli rischi o aree di rischio, nonché dei meccanismi di reazione, la cui definizione implicherà, conseguentemente, la determinazione delle strategie imprenditoriali da attuare in conseguenza del deterioramento delle condizioni economiche dell'impresa. Ciò significa che, da un punto di vista previsionale, parte integrante del processo decisionale sarà costituita dalla valutazione del rischio che le conseguenze economiche delle operazioni gestorie possano far venir meno la continuità aziendale, con l'esito che quanto più il patrimonio sociale diminuisca in conseguenza dell'andamento economico negativo dell'attività di impresa, tanto più sarà richiesto agli amministratori di verificare con estrema cautela l'incidenza delle operazioni gestorie sul mantenimento del presupposto della continuità aziendale. La formulazione dell'art. 2086, comma 2, cod. civ. esplicita, dunque, come rientri nei principi di corretta gestione imprenditoriale il dovere in capo agli amministratori di verificare costantemente l'incidenza delle operazioni programmate sul mantenimento dell'equilibrio finanziario, economico e patrimoniale, e quindi di monitorare la sostenibilità dell'indebitamento attraverso un'attività continua di valutazione, revisione e adattamento dei piani finanziari e industriali che permettano di mantenere intatta la capacità dell'impresa di far fronte con i flussi di cassa in entrata alle obbligazioni contratte per l'esercizio dell'attività di impresa.

27. Agli amministratori è, peraltro, richiesto non soltanto di riprogrammare costantemente l'attività d'impresa tenendo conto degli equilibri economici e finanziari, bensì di intervenire il più tempestivamente possibile per far fronte all'emergere della crisi, nel presupposto che quanto prima si intervenga sulle sue cause e sulle sue manifestazioni tanto maggiori saranno le possibilità di un suo superamento e della conservazione dell'impresa *going concern*⁴³. Il dovere di intervento tempestivo è esplicitato sia nell'art. 2086, comma 2, cod. civ., che lo riconduce alla perdita della continuità aziendale, sia nell'art. 3, comma 1, c.c.i.i., che prevede che l'imprenditore deve assumere senza indugio iniziative idonee a far fronte allo stato di crisi; e può desumersi altresì dall'art. 25-*octies* c.c.i.i., che impone all'organo di controllo, nonché al soggetto incaricato della revisione legale, di segnalare agli amministratori il ricorrere di una situazione di crisi o di insolvenza e di indicare un termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale gli amministratori dovranno riferire delle iniziative intraprese. Da queste disposizioni è possibile, innanzitutto, osservare come gli amministratori conservino pieni poteri gestori nella continuazione dell'attività di impresa anche nel momento in cui ricorra una situazione di crisi, continuazione dell'attività che dovrà essere proseguita, ove possibile, per recuperare gli equilibri economici, finanziari e patrimoniali dell'impresa societaria.

V. La continuazione della gestione dell'impresa e gli strumenti previsti nel Codice della Crisi. 28

Appare necessario, a questo punto, interrogarsi sulla questione se sia doveroso per gli amministratori affrontare la crisi attraverso le soluzioni e gli strumenti previsti nel codice della crisi. Il discrimine

⁴³ Si veda in questo senso il considerando 70 della Direttiva *Insolvency* n. 2019/1023.

a tal proposito può, a mio avviso, essere rinvenuto nella ricorrenza o meno di una situazione di insolvenza, per cui fino al momento in cui il deterioramento dell'equilibrio finanziario non determini l'incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, rimarrà nella piena discrezionalità degli amministratori la scelta delle iniziative da intraprendere per fare fronte alla crisi, e quindi sostanzialmente se ricorrere alla composizione negoziata della crisi, e ciò anche solo in caso di probabilità di crisi, o anche, a partire dal momento in cui vi sia uno stato di crisi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), c.c.i.i., agli strumenti di regolazione della crisi, oppure attuare iniziative sul piano della riorganizzazione finanziaria della società che non includano la negoziazione con i creditori. Deve, peraltro, essere posto in luce come il ricorso agli strumenti e istituti previsti nel codice della crisi fondati sulla negoziazione con i creditori⁴⁴ sia fortemente incentivato laddove la crisi abbia determinato una disfunzione del finanziamento dell'impresa per cui sia necessario procedere ad una riorganizzazione complessiva dello stesso, in quanto l'attuazione di tali strumenti permetterà di porre in essere il risanamento dell'impresa richiesto dall'art. 2086, comma 2, cod. civ. molto più agevolmente, giacché si avrà la possibilità di: (i) ottenere le misure di protezione e cautelari, tali da impedire le azioni individuali dei creditori, ma altresì di (ii) mettere a riparo, in caso di eventuale apertura della liquidazione giudiziale, dall'azione revocatoria gli atti di disposizione patrimoniale compiuti nell'ambito di tali strumenti, ai sensi dell'art. 166, comma 3, lett. d) e e), e dell'art. 24 c.c.i.i.⁴⁵, ed escludere la loro riconduzione nelle condotte integranti i reati di bancarotta semplice e preferenziale; e infine di (iii) ottenere nuova finanza, incentivata dal vantaggio della prededuzione, e fuori dal rischio della configurabilità del reato di ricorso abusivo al credito in capo all'imprenditore, e dalla responsabilità (non solo civile) per la concessione abusiva del credito in capo al finanziator⁴⁶.

29. Deve, invece, osservarsi che, nel momento in cui ricorra l'insolvenza, la discrezionalità dell'organo gestorio subirà inevitabilmente una compressione, considerato che alla ricorrenza di tale presupposto l'ordinamento riconosce ai creditori, e in certi presupposti anche al Pubblico Ministero⁴⁷, l'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale con conseguente estromissione dalla gestione dell'imprenditore al fine di applicare, sul patrimonio impiegato produttivamente nell'esercizio dell'impresa, una disciplina volta a garantire prioritariamente il soddisfacimento delle pretese patrimoniali dei creditori. Invero, su tale esito il diritto concorsuale ha conosciuto forse la più grande evoluzione. Già con le modifiche apportate alla legge fallimentare dal d.l. 35/2005 conv. in l. 80/2005, che hanno portato al completo rinnovamento del concordato preventivo, all'introduzione *ex novo* degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l. fall., e del piano di risanamento attestato, e soprattutto hanno previsto, nell'art. 67, comma 3, lett. d) e e), l. fall., l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in attuazione delle suddette procedure negoziate, si poteva affermare che gli amministratori non sarebbero incorsi in alcuna grave colpa rilevante ai fini dell'integrarsi del reato di bancarotta semplice, laddove il fallimento fosse stato dichiarato successiva-

⁴⁴ Il novero degli strumenti di regolazione di tipo negoziale, che presuppongono una proposta del debitore ai propri creditori, avente come oggetto e scopo il soddisfacimento dei creditori in esecuzione di un piano economico-finanziario (per questa definizione v. M. IRRERA, "Il lungo articolato e complesso cammino dal fallimento al diritto della crisi", in *Dialoghi di Diritto dell'economia*, Agosto 2023, da p. 1, p. 17) è stato ampliato dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, anche in recepimento della Direttiva *Insolvency* n. 2019/2023 del 20 giugno 2019, e attualmente può dirsi comprensiva oltre che degli strumenti espressamente definiti come di "regolazione della crisi", ossia il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'accordo di moratoria, il piano di ristrutturazione omologato, i piani di risanamento attestati, anche della composizione negoziata della crisi.

⁴⁵ Appare del tutto condivisibile la tesi proposta da M. Rossi, *Appunti sul piano attestato*, cit., p. 568, secondo cui l'esonero dall'azione revocatoria riguarderebbe anche gli atti compiuti nel momento in cui l'insolvenza non si era ancora verificata ed è sorta successivamente.

⁴⁶ Decisivo rilievo assume, infatti, il regime di prededucibilità, ai sensi degli artt. 99, 100 e 102 c.c.i.i., dei finanziamenti funzionali all'esercizio dell'attività di impresa, nonché dei soci (che saranno altresì sottratti alla regola della postergazione di cui all'art. 2467 cod. civ.) in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati (e che possono essere autorizzati anche prima dell'omologazione). Sul punto v. N. ABRIANI e L. BENEDETTI, "Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi", in *Banca borsa e tit. cred.*, 2020, da p. 41, spec. p. 68 ss.

⁴⁷ Da segnalare, sul punto, che l'iniziativa del Pubblico Ministero risulta ampliata nell'art. 38 del Codice della Crisi a tutte le ipotesi in cui abbia avuto notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.

mente all'ammissione ad un concordato preventivo, o al ricorso alle altre procedure negoziate⁴⁸. Ma è soprattutto con l'introduzione delle scriminanti di cui all'art. 217-*bis* l.fall. che viene ad essere corroborato giuridicamente il principio in forza del quale anche in presenza di uno stato di insolvenza gli amministratori non hanno l'obbligo di cessare la gestione dell'impresa societaria e chiedere l'apertura della procedura concorsuale, bensì conservano intatta la sfera dei propri poteri gestori, sebbene sia necessario, a partire dal momento in cui essi devono avere conoscenza – secondo lo *standard* di diligenza ad essi richiesto – del verificarsi dello stato di insolvenza, che il compimento di atti di disposizione del patrimonio, compreso il ricorso a nuova finanza, venga compiuto nell'ambito degli strumenti previsti dalle discipline concorsuali, quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, il piano di risanamento attestato e il concordato preventivo, che garantiscono la tutela dei creditori nelle diverse modalità in esse previste.

30. Il principio trova ancor più valorizzazione nel Codice della Crisi, che ha riconosciuto espressamente la preferenza, a partire dalla disciplina della domanda di accesso alla procedura concorsuale di cui agli art. 40 ss., agli strumenti di regolazione della crisi, che consentono di evitare l'apertura della liquidazione giudiziale, e permettono dunque agli amministratori di continuare la gestione dell'impresa insolvente⁴⁹, seppure nell'ambito di una cornice normativa che va a graduare l'intervento autoritativo a seconda dello strumento prescelto. In ogni caso, è significativo che, *dopo* l'accesso a tali strumenti⁵⁰, la gestione dell'impresa dovrà proseguire nell'interesse prevalente dei creditori come previsto dall'art. 4, comma 2, lett. c), e richiamato, ad esempio, anche nell'art. 64-*bis* comma 5, c.c.i.i. relativo al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. E', del resto, di estremo rilievo che l'apertura della liquidazione giudiziale potrà essere evitata anche con l'avvio della composizione negoziata della crisi, di cui agli art. 12 ss. c.c.i.i. L'art. 21, comma 1, c.c.i.i. prevede, infatti, che nel caso in cui l'impresa risulti insolvente, ma con concrete prospettive di risanamento, l'imprenditore conserva la gestione dell'impresa e la competenza ad individuare la soluzione per il risanamento della medesima, seppure nell'interesse prevalente dei creditori. In tal caso infatti, essendosi attualizzato il presupposto dell'incapacità di soddisfacimento regolare dei crediti, che permetterebbe di avviare la liquidazione giudiziale anche contro la volontà dell'imprenditore, il legislatore consente di conservare la gestione in capo all'imprenditore, purché sia funzionale al risanamento dell'impresa e alla migliore soddisfazione dei creditori, da intendersi nel senso che l'obiettivo della conservazione dell'impresa *going concern* non deve essere condotto, una volta verificatasi l'insolvenza, in pregiudizio dei creditori⁵¹.

VI. La continuazione della gestione da parte degli amministratori in situazione di crisi nell'ordinamento spagnolo

31. Anche nell'ordinamento spagnolo è stata fortemente avvertita la necessità di tutelare i creditori nelle situazioni di crisi rispetto ad una gestione eccessivamente imprudente che, da un lato non sia rivolta a risanare l'impresa, e dall'altro esponga i creditori alle conseguenze economiche di un peggioramento del deficit patrimoniale. Come abbiamo ricordato in premessa, all'esito della riforma della legge concorsuale del 2003, l'ordinamento spagnolo risultava essere fortemente orientato verso la cessazione della gestione dell'impresa al verificarsi della crisi. In questo senso, era rilevante sia la disciplina

⁴⁸ In questo senso già G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 241 ss.

⁴⁹ Nel Codice della Crisi trovano conferma per i pagamenti, operazioni e garanzie compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, o degli accordi di ristrutturazione omologati, ovvero degli accordi in esecuzione di un piano di risanamento attestato tanto le scriminanti, ai sensi dell'art. 324 c.c.i.i., dal reato di bancarotta c.d. preferenziale prevista dall'art. 322, comma 3, c.c.i.i., e dal reato di bancarotta semplice, quanto le esenzioni dalle azioni revocatorie di cui all'art. 166, comma 3, lett. d e e, c.c.i.i.

⁵⁰ G. FERRI jr, *Poteri e responsabilità*, cit., p. 20, il quale pone in luce come la portata precettiva dell'art. 4, comma 2, lett. c., c.c.i.i. "si coglie essenzialmente nel suo significato, negativo ed implicito, di escludere che, al di fuori di una procedura già aperta, l'interesse dei creditori possa ritenersi "prioritario", non anche quello, positivo ed esplicito, di affermare che al suo interno debba esserlo".

⁵¹ Sul punto v. M. RUBINO DE RITIS, "La nuova finanza negli strumenti preconcorsuali di risanamento: la prededuzione prevista nell'ambito della composizione negoziata della crisi", in *Giust. Civ.*, 2024, da p. 71, p. 80 ss.

concorsuale, ed in particolare la previsione del *dovere* degli amministratori di presentare la *solicitud de concurso* nel termine di due mesi dal verificarsi della situazione di insolvenza attuale⁵², la cui violazione poteva portare alla qualificazione come *culpable* del concorso con possibilità di condannare gli amministratori alla responsabilità per il deficit concorsuale; sia la disciplina societaria, che, dopo aver previsto tra le cause di scioglimento delle società anonime e a responsabilità limitata la riduzione per effetto delle perdite del patrimonio netto al di sotto della metà del capitale sociale, sanciva il dovere in capo agli amministratori di convocare la *junta general* per l'assunzione della decisione di sciogliere la società, o eventualmente di presentare domanda per l'apertura della procedura concorsuale, e sanzionava la violazione dell'obbligo con la responsabilità degli amministratori per i debiti sociali sorti dopo il verificarsi della causa di scioglimento (artt. 262 LS e 105 LSRL).

32. Con la Ley 1/2010 di riforma delle società di capitali è stato reso maggiormente coerente il coordinamento tra la disciplina societaria dello scioglimento e la disciplina concorsuale, ed in particolare l'art. 367 LSC esonerava da responsabilità gli amministratori che nel termine di due mesi dal verificarsi della causa di scioglimento avessero presentato domanda di apertura della procedura concorsuale, sempre che, evidentemente, ricorresse il presupposto dell'insolvenza attuale (essendo in questo caso del reso obbligati) o dell'insolvenza imminente. Ciò che, tuttavia, era assente era un coordinamento tra la causa di scioglimento in questione e gli strumenti preconcorsuali, costituiti dalle trattative (i) per ottenere adesioni per la presentazione di una *propuesta anticipada de convenio*, o (ii) per raggiungere un accordo di rifinanziamento, oppure (iii) per ottenere un accordo stragiudiziale sui pagamenti. Rispetto a tali strumenti la legge concorsuale (prima nell'art. 5 bis, poi confluito negli artt. 582 e 583 LC) si limitava infatti a prevedere che la comunicazione al tribunale competente delle trattative potesse essere fatta prima della dichiarazione dell'apertura della procedura concorsuale, e comunque, in caso di insolvenza attuale, prima del trascorrere dei due mesi dal suo verificarsi dell'insolvenza attuale.

33. La Ley 16/2022 ha introdotto modifiche significative che consentono di affermare come anche nell'ordinamento spagnolo gli amministratori abbiano la competenza per continuare a gestire l'impresa in crisi. Se da un lato, infatti, sono stati mantenuti sia l'obbligo di chiedere l'apertura del concorso in caso di insolvenza attuale, sia il sistema di qualificazione del concorso previsto oggi negli artt. 442 e 444 TRLC, è stata modificata completamente la disciplina del *preconcurso*, che si riferisce attualmente agli accordi di ristrutturazione. Un'importante novità riguarda il presupposto oggettivo della comunicazione delle trattative per raggiungere detti accordi, costituiti non più soltanto dall'insolvenza attuale o da quella imminente – presupposto quest'ultimo che l'attuale testo dell'art. 2 TRLC ha definito come situazione nella quale il debitore preveda di non riuscire ad adempiere puntualmente e regolarmente le proprie obbligazioni⁵³ nel termine dei tre mesi successivi – ma anche dalla *probabilidad de insolvenza*, intesa come quella situazione in cui sia obiettivamente prevedibile che, laddove non si raggiunga un piano di ristrutturazione, il debitore non potrà compiere regolarmente le proprie obbligazioni che andranno a scadenza nei successivi due anni. Attraverso l'introduzione della probabilità di insolvenza anche nell'ordinamento

⁵² Nella dottrina spagnola appare fortemente avvertito il problema della responsabilità degli amministratori nel caso di insolvenza della società. Sul tema, prima della riforma delle procedure concorsuali, v. F. V. CHULIA, "Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal", in *Derecho de los Negocios*, 2002, Sept., p. 1 ss.; F. CERDÁ ALBERO, "Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 73 ss. Successivamente all'emanazione della Ley concursal del 9 luglio 2003 n. 22, v. F.M. DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, "Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital", in *RDS*, 2005, n. 24, p. 91 ss.; M.J. MORILLAS JARILLO, "Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores", in *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, cit., tomo II, p. 219 ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, "La responsabilidad de los administradores sociales en el concurso", in (AA. VV.) *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, A. Sarcina e J.A. García-Cruces (a cura di), Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 185 ss.

⁵³ Sul concetto di insolvenza imminente come *presupposto* oggettivo per richiedere da parte del debitore l'apertura della procedura concorsuale v., E. BELTRÁN SANCHEZ, "Insolvencia, insolvencia imminente e insolvencia cualificada", in AA. VV., *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, cit., da p. 51 ss., e specialmente p. 63 ss.

spagnolo si è voluto perseguire l'obiettivo di un intervento tempestivo sulla crisi, sul fondamento che quanto prima si intervenga su di essa e sulle sue cause, maggiori saranno le probabilità di un risanamento dell'impresa. In ogni caso la comunicazione dell'inizio delle trattative, se effettuata prima del termine dei due mesi dal ricorrere dell'insolvenza attuale, sospende il dovere di chiedere l'apertura del concorso, ai sensi dell'art. 585 TRLC. Peraltro, trascorsi tre mesi dalla comunicazione delle trattative, salvo una proroga del termine, il debitore che non abbia raggiunto un piano di ristrutturazione dovrà richiedere l'apertura della procedura concorsuale entro il mese successivo, salvo che non sussista insolvenza attuale, dato che in questo caso dovrà richiederla immediatamente (v. art. 611 TRLC).

34. Le modifiche intervenute nel 2022 hanno anche permesso un coordinamento tra la disciplina del *preconcorso* e gli obblighi degli amministratori derivanti dal ricorrere della causa di scioglimento costituita dal verificarsi delle perdite che portino il valore del patrimonio netto al di sotto della metà del capitale sociale. L'art. 613 TRLC prevede, infatti, che fino al momento in cui siano in vigore gli effetti della comunicazione delle trattative rimarrà sospeso il dovere di sciogliere la società in cui si siano verificate le suddette perdite. Coerentemente, sono stati modificati gli artt. 365 e 367 LSC, che attualmente prevedono che il dovere di convocare la *junta general* per le decisioni di scioglimento della società entro due mesi dal verificarsi di una causa di scioglimento resta sospeso nel caso di comunicazione delle trattative secondo la disciplina del *preconcorso*, fino al momento in cui la comunicazione non perda efficacia. Conseguentemente non si ha responsabilità degli amministratori per le obbligazioni sorte successivamente al verificarsi della causa di scioglimento. La sospensione della disciplina dello scioglimento, anche in presenza di perdite qualificate, consente dunque agli amministratori di continuare la gestione dell'impresa al fine di conseguire un risanamento attraverso i piani di ristrutturazione.

VII. Conclusioni

35. Possiamo, allora, avviarci alle conclusioni formulando alcune osservazioni. In particolare, le modifiche apportate recentemente in entrambi gli ordinamenti risultano essere il frutto dell'accoglimento di due importanti principi espressi dalla direttiva *Insolvency*, ossia (i) l'anticipazione dell'intervento sulla crisi di impresa (v. considerando 22 della direttiva e art. 4), (ii) il mantenimento della gestione dell'impresa in capo agli amministratori per favorire il risanamento della stessa (v. considerando 30, e l'art. 5).

36. Proprio sotto quest'ultimo profilo, sebbene le distanze tra i due ordinamenti si siano sicuramente ridotte, continuano ad esservi al momento notevoli differenze negli approcci normativi. In primo luogo, come abbiamo analizzato prima, l'ordinamento italiano si caratterizza per una specificazione dei doveri degli amministratori rispetto alla gestione della crisi, che consistono (i) nei doveri di *organizzare* l'impresa attraverso assetti adeguati che consentano una rilevazione tempestiva della crisi, ai sensi dell'art. 2086 cod. civ. e 3 c.c.i.i.; (ii) nel dovere di *intervenire tempestivamente* sulla crisi per recuperare la continuità aziendale. Rispetto al dovere di intervento per il superamento della crisi si è visto, peraltro, come sia lasciata ampia discrezionalità agli amministratori nella scelta delle strategie e degli strumenti da attuare per risanare ove possibile l'impresa, discrezionalità che si comprime soltanto nel momento in cui l'impresa versi in una situazione di insolvenza, posto che in questo caso gli amministratori dovranno ricorrere agli strumenti e alle procedure previsti nel Codice della Crisi, che sono volti a consentire la continuazione dell'impresa, la riorganizzazione del suo finanziamento, e il ritorno alla sua produttività attraverso soluzioni che non pregiudicano i creditori. In ogni caso, è prevista una varietà di strumenti di regolazione della crisi, che si contraddistinguono per il diverso grado di intervento autoritativo e tra i quali gli amministratori avranno la piena libertà di scelta.

37. Nell'ordinamento spagnolo, invece, manca una espressa declinazione contenutistica dei doveri degli amministratori di fronte alla crisi, che deve quindi essere delineata a partire dai doveri generali diligenza e di lealtà di cui agli artt. 225 e 227 LSC. Un elemento che, peraltro, potrebbe trovare particolare valorizzazione proprio rispetto alla gestione della crisi è costituito dal riferimento nell'art. 225

LSC all'interesse dell'*impresa*, al quale gli amministratori non devono mai preferire i propri interessi. La considerazione di tale interesse, lungi dal permettere una sorta di rivisitazione della teoria istituzionalistica dell'interesse sociale, deve invece trovare rilevanza nella prospettiva di rendere doveroso per gli amministratori, nella pianificazione e modificazione dell'attività strategica, una costante valutazione della sussistenza della prospettiva della continuità aziendale, dell'evoluzione economica dell'impresa, della sua sostenibilità finanziaria. L'ordinamento spagnolo sembra poi distinguersi per una maggiore rigidità della disciplina del *preconcurso*, tanto sotto l'aspetto degli strumenti messi a disposizione, costituiti esclusivamente dai piani di ristrutturazione, quanto sotto il profilo delle tempistiche, soprattutto se considerate in relazione alle conseguenze della perdita di efficacia della comunicazione delle trattative previste dall'art. 611 TRLC, che sancisce l'obbligo di presentare la *solicitud de concurso* immediatamente in caso di insolvenza attuale, e entro un mese in caso di insolvenza imminente o, come sembra possibile interpretarsi, anche di probabilità di insolvenza, esito questo che sembra contraddire quella volontarietà di chiedere l'apertura del concorso fino al verificarsi dell'insolvenza attuale, desumibile dall'art. 5 TRLC.

38. Un importante punto di contatto tra i due ordinamenti attinente ai doveri gestori degli amministratori rispetto alla crisi è costituito, invero, dallo strumento che permette di dare effettività ai principi che gli amministratori devono perseguire nella prosecuzione della gestione, costituito, a mio avviso, dalla legittimazione dei creditori all'esercizio dell'azione di responsabilità prevista nell'ordinamento italiano negli artt. 2394 e 2476, comma 6, cod. civ., e in quello spagnolo nell'art. 240 LSC, accomunabili nella funzione e nei presupposti nonostante le differenti formulazioni delle norme. La previsione nella disciplina italiana del presupposto della violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale non introduce, infatti, una differenza significativa rispetto al dettato della norma spagnola, che si limita a prevedere la legittimazione sussidiaria di terzo grado dei creditori rispetto a quella della società e a quella dei soci di minoranza senza introdurre un presupposto specifico: laddove si accolga l'interpretazione offerta dalla dottrina italiana maggioritaria, secondo cui tale presupposto può ravvisarsi ogni qual volta dalla violazione dei principi di corretta gestione discenda causalmente un danno per il patrimonio sociale, è possibile affermare, infatti, come l'azione esercitata dai creditori abbia il medesimo presupposto sostanziale dell'azione di responsabilità esercitata dalla società⁵⁴, e si contraddistingua in realtà dal punto di vista della legittimazione, che riflette il diverso fondamento

⁵⁴ L'interpretazione è sostenuta non solo dagli autori che attribuiscono all'azione natura surrogatoria, quali G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, vol. X, tomo III, 3^a ed., Torino, Utet, 1987, p. 721, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè Editore, 1956, p. 333, ma anche da coloro che ritengono che l'azione dei creditori sociali abbia natura autonoma come F. GALGANO, in *Il nuovo diritto societario*, in F. Galgano (dir.) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, Cedam, 2003, p. 286, in cui l'A. osserva che "Gli amministratori diventano, a questo modo, responsabili verso i creditori della società per la diligenza con la quale gestiscono l'impresa sociale, giacché ogni atto di impresa è atto di disposizione del patrimonio sociale, e, quindi, atto suscettibile di essere valutato sotto l'aspetto del pregiudizio al patrimonio della società". Per l'interpretazione estensiva degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, v. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, p. 221; M. CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.a.*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 99; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 14; più recentemente questa impostazione è stata sostenuta da M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, 24 ss.; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, Giappichelli Editore, 2015; sia consentito altresì rinviare a S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 173 ss. *Contra* per una lettura che interpreta restrittivamente il presupposto della responsabilità degli amministratori verso i creditori limitandola alla violazione di specifici obblighi che abbiano la funzione di tutelare l'integrità del patrimonio sociale, v. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 67 ss., il quale riconduce la responsabilità degli amministratori verso i creditori alla violazione degli obblighi di comportamento sanzionati con la bancarotta patrimoniale; v. anche G. COTTINO, *Le società. Diritto Commerciale*, I, tomo II, 4^a ed., Padova, Cedam, 1999, p. 435, in cui osserva che la locuzione *obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale* abbraccia ogni ipotesi di perdite provocate dalla violazione di doveri di sorveglianza, di attività e di revisione facenti capo agli amministratori e si collega alla disciplina degli artt. 2343, 2423 e segg. 2446-2447; contrario all'estensione degli obblighi di conservazione patrimoniale fino a ricomprendere qualunque atto di *mala gestio* degli amministratori anche F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p. 148 s.; per una interpretazione restrittiva più recentemente v. E. LA MARCA, "Variazioni in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni verso i creditori sociali", in *RdS*, 2019, da p. 691 ss., p. 718 s.

dell'interesse ad agire. La previsione *in entrambi gli ordinamenti* del presupposto dell'insufficienza del patrimonio sociale può, infatti, agevolmente spiegarsi considerando che è solo in questo caso che i creditori hanno l'interesse ad agire, sussistendo il pericolo del mancato soddisfacimento del proprio credito.

39. Attraverso tale legittimazione i creditori potranno, allora, far ricadere sugli amministratori i danni al patrimonio sociale riconducibili eziologicamente ai doveri che devono connotare la gestione rispetto al sorgere della crisi, che, ove possibile, dovrà essere rivolta al risanamento dell'impresa, e in ogni caso dovrà essere caratterizzata da una ponderazione degli effetti economici delle operazioni sulla sostenibilità economica e finanziaria dell'impresa medesima. Nell'ordinamento italiano l'effettività del mezzo di tutela è assicurata dalla peculiare disciplina dell'azione dei creditori sociali, caratterizzata dall'insensibilità della medesima rispetto a preventive autorizzazioni (che, come si evince dall'art. 2364, comma 1, n. 5, cod. civ., non esonerano gli amministratori dalla responsabilità) o successive rinunce da parte dei soci (che, come emerge dagli art. 2394, comma 3, e 2476, comma 6, cod. civ., non impediscono l'azione dei creditori sociali): siffatte caratteristiche dell'azione rafforzano l'efficacia deterrente della stessa rispetto al compimento di operazioni che, pur sollecitate dai soci, comportano un rischio non ragionevole e sostenibile in relazione alle condizioni economiche e patrimoniali della società. Peraltro, anche nell'ordinamento spagnolo nonostante la legittimazione sia configurata come sussidiaria e di terzo grado, appare del tutto condivisibile l'interpretazione secondo cui la rinuncia all'azione esercitata dalla *junta general*, sebbene impedisca l'azione della minoranza dei soci, non può precludere l'esercizio dell'azione da parte dei creditori, posto che la norma si riferisce a tutti i casi in cui l'azione non sia stata esercitata⁵⁵.

40. Si può, allora, concludere affermando come, riconosciuta in entrambi gli ordinamenti una sfera di competenza nella gestione della crisi, orientata laddove possibile alla ristrutturazione dei debiti e al risanamento dell'impresa, la legittimazione dei creditori a proporre l'azione di responsabilità verso gli amministratori possa contribuire significativamente a bilanciare l'esigenza di prosecuzione dell'attività gestoria, indispensabile per mettere in atto una strategia di intervento tempestivo e risanamento della crisi, con la tutela dei creditori rispetto all'attuazione di strategie imprenditoriali irragionevolmente azzardate e a rischio esclusivo di costoro.

⁵⁵ In questo senso L. SUARAZ-LLANOS GOMEZ, "Responsabilidad de los administradores de sociedad anonima. (Disciplina juridica de la accion social)", in *Anuario de Derecho civil*, 1962, da p. 921, p. 990 ss.

Las plataformas creadoras de mercado como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen

Market makers platforms as “false intermediary platforms” and responsible for the products or services they offer

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Navarra*

Recibido: 05.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9351

Resumen: Las plataformas digitales de dos lados que facilitan transacciones entre proveedores, de un lado, y clientes, de otro, crean mercados específicos caracterizados porque la plataforma estructura una relación contractual triangular y establece toda una serie de servicios complementarios que hacen necesaria su participación para la celebración del negocio. Esas plataformas a menudo se presentan como simples intermediarias que alojan datos, pero exceden de esa función de intermediarias para ser verdaderas “creadoras de mercado”. En consonancia con eso, no pueden acogerse al sistema de exoneración de responsabilidad de los intermediarios, y debe delimitarse un sistema de responsabilidad específico que responda a esa condición central de la plataforma en la celebración de negocios

Palabras clave: plataformas digitales, plataformas creadoras de mercado, intermediarios de internet.

Abstract: Two-sided digital platforms that facilitate transactions between suppliers, on the one hand, and customers, on the other, create specific markets characterized by the fact that the platform structures a triangular contractual relationship and establishes a whole series of complementary services that make their participation necessary for the celebration of the business. These platforms often present themselves as simple intermediaries that host data, but they go beyond that function of intermediaries to be true “market makers”. In line with this, they cannot benefit from the intermediary liability exemption system, and a specific liability system must be defined that responds to this central condition of the platform in conducting business.

Keywords: online platforms, platforms market-makers, internet Intermediaries.

Sumario: I. La evolución de las plataformas digitales y de los modelos de negocio que crean. 1. La evolución de los modelos de negocio en Internet. 2. La categoría de “plataforma digital”. II. Las plataformas digitales como prestadoras de “servicios intermediarios” de la sociedad de la información. 1. La figura de los “servicios intermediarios” de la sociedad de la información. 2. La exención de responsabilidad de los “alojadores de datos” en la Directiva de Comercio Electrónico y en la *Digital Services Act*. 3. La exención de responsabilidad de los “servicios intermediarios” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Las plataformas que crean mercados como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen. 1. Las plataformas que crean mercados no deben ser consideradas como simples intermediarios. A). La jurisprudencia relativa a los “falsos intermediarios”. B). Las plataformas creadoras de mercado como falsas plataformas intermediarias. C) Indicios de que una plataforma supuestamente intermediaria es creadora

de mercados. 2. Las plataformas que crean mercados como responsables de los productos o servicios que ofrecen. A) Responsabilidad si no se hace constar la condición de servicio intermediario. B) Responsabilidad por ilicitud de los contenidos alojados. C) Responsabilidad contractual solidaria por las faltas de conformidad o incumplimientos del contrato entre proveedor y cliente, y por productos defectuosos. D). Aspectos comunes a la responsabilidad: derecho de reembolso y régimen de protección de los consumidores. F) Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones propias de la plataforma. IV. Conclusiones.

I. La evolución de las plataformas digitales y de los modelos de negocio que crean

1. Cuando surgió el “comercio electrónico” en los años 80 del siglo pasado pareció un cambio revolucionario respecto de las formas clásicas de comercialización de bienes¹. El comercio electrónico varió sustancialmente las formas de realizar la contratación, tanto de mostrar las mercancías o servicios como de discutir y cerrar el contrato, facilitando mucho la negociación a costa de complicar la ejecución del contrato. Pronto la facturación del comercio electrónico pasó a ser una parte importante del total de mercancías y servicios contratados en la economía real. Pero el esquema de la forma de negociar se mantenía esencialmente igual a la contratación presencial, simplemente cambiando un escaparate o una tienda presencial por un escaparate virtual fácilmente accesible a distancia. Las páginas web consistían en una forma de exponer las mercancías o servicios, que se contrataban a través de un “click”.

2. Tras la primera década del siglo XXI podemos constatar que la forma de negociarse bienes y servicios en Internet ha cambiado drásticamente respecto del surgimiento de comercio electrónico. Y posiblemente las grandes causantes de ese cambio han sido las llamadas “plataformas”, denominando así a páginas web que ofrecen servicios muy variados de mediación, comparación, agregación, baremación, servicios auxiliares, etc. respecto de los bienes o servicios ofertados. Surge, así, la normalmente denominada “economía de plataformas”, caracterizada porque estos sujetos canalizan información y facilitan la contratación entre empresarios y consumidores con unos nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios. El comercio presencial o el electrónico se basaban en la exposición de la mercancía o servicio en la tienda física o en la página web del vendedor, y en la elección del cliente visitando una u otra. Pero las plataformas cambian la forma de encontrar ese bien o servicio a través de toda una pléyade de sujetos con funciones diversas (*market-places*, comparadores, agregadores, etc.) y también las influencias para tomar la decisión (porque los resultados se muestran según cierto orden, a veces de forma distinta para cada usuario, y porque se añaden opiniones y valoraciones de terceros, entre otros efectos). Posiblemente nos hemos acostumbrado tanto a ellas que no apreciamos la enorme importancia de su existencia en la contratación diaria actual, y cómo han cambiado la forma de negociar, además tanto para los oferentes de bienes y servicios (que ya orientan sus estrategias de negocio en función de la existencia de plataformas) como para los clientes².

¹ El autor de este trabajo conoció al director de esta magnífica revista, el prof. Alfonso Calvo Caravaca, en los años 90 del siglo pasado, y desde entonces se ha lucrado de su amistad y de su valía científica. Alfonso nos mostró a muchos que el derecho del comercio internacional existe y que le dan su sentido los enfoques desde muchas de las ramas del derecho, entre ellas el derecho internacional privado, el civil o el mercantil. Sirva este trabajo como humilde homenaje a su figura y como gratitud por los valores y los conocimientos que nos ha transmitido.

² En la Comunicación *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*, publicada el 25 de mayo de 2016, COM(2016) 288 final, la Comisión comienza afirmando que “Las plataformas en línea han cambiado radicalmente la economía digital en las dos últimas décadas, aportando múltiples beneficios a la sociedad informática actual. Desempeñan un papel fundamental en la creación del «valor digital» en el que se apoya el futuro crecimiento económico de la UE y revisten por tanto capital importancia para el funcionamiento eficaz del mercado único digital” (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288>).

La expresión “economía de plataformas” ya se ha generalizado en la legislación y en la doctrina, véase a modo de ejemplo I. TORRENT – J. SELLENS, “Economía colaborativa o economía de plataforma? Más allá de un debate inacabable”, *Harvard Deusto Business Review*, núm. 289, 2019; M. CUENA CASAS, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12(2), 2020, pp. 290-294; C. SANCHIS CRESPO, “La Economía de plataforma y la entidad confianza online”, en A. MARTÍNEZ NADAL (Dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 435

3. En toda esta economía de plataformas tiene una gran importancia el tratamiento masivo de datos (*big data*) y las técnicas de inteligencia artificial³. Muchas de las plataformas (que, como veremos, tienden a la concentración) tienen acceso a un enorme volumen de datos de oferentes y de clientes. En cuanto a los primeros, se trata tanto datos tomados de las fuentes de información accesibles -páginas web de todos los oferentes del sector, estudios de mercado, etc.- como los proporcionados por los oferentes que se promocionan o anuncian en la plataforma. Y por lo que se refiere a los datos de clientes, son tanto los aportados por los propios clientes al darse de alta en los servicios de la plataforma, como los derivados de su tráfico de red, búsquedas, decisiones, etc. Pues bien, la combinación y tratamiento de todos estos datos proporcionan a las plataformas no sólo un gran conocimiento, sino también, si así lo programan, una capacidad de decidir la presentación de los datos a cada cliente para influir en su decisión, y ahí suelen entrar en juego las técnicas de inteligencia artificial. En muchas ocasiones la búsqueda de un mismo tipo de bienes o servicios arrojará distintos resultados para clientes diferentes en función de los “perfiles” que, lícita o ilícitamente, haya formado la plataforma respecto de cada usuario. Por otra parte, toda esa información tratada y combinada supone retroalimentación para los oferentes, que modelan las características de los bienes y servicios o las ofertas, actualizándolas en cada momento en función de las preferencias de los clientes.

4. Las “páginas web” clásicas de los oferentes de comercio electrónico eran “de un solo lado” (*one sided*) y unidireccionales, el titular de la web ofrecía sus productos a los clientes, y éstos no interactuaban con la plataforma ni con otros clientes. Pero las modernas plataformas cambian esa forma de operar, porque en muchos casos son “de dos lados” (*double sided*) y bidireccionales. Son de dos lados porque operan con dos tipos de sujetos: p.ej., en los *marketplaces* se encuentran de un lado los oferentes que alojan sus productos o servicios en la plataforma, y los clientes que lo contratan; o en las redes sociales, los oferentes que quieren publicitar sus productos o servicios, y los usuarios de la red social que “cuelgan” sus comentarios y opiniones⁴. Y a su vez son bidireccionales o dinámicas, porque las opiniones y comentarios de cada cliente a su vez influyen tanto en otros usuarios de ese mismo lado (p.ej., en los comentarios acerca de la calidad de productos o servicios) como en los sujetos del otro lado (que acomodan sus productos o su publicidad a las decisiones y comentarios). Esto, a su vez, suele ocasionar una enorme “concentración” de las plataformas, con los conocidos “efectos de red”, que significan en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios⁵. En muchos sectores hay unas pocas plataformas con una enorme cantidad de usuarios, de forma que cuantos más sujetos hay en uno de los lados, tanto más atraerán a otras personas de ese lado (“efecto de red directo”) y a su vez, también resultará más provechosa esa plataforma para los sujetos del otro lado (“efecto de red indirecto”). En una plataforma que “busca y evalúa” a restaurantes, por ejemplo, cuantos más usuarios de servicios de restauración realicen opiniones y valoraciones, tantos más tendrán interés de entrar como usuarios, y a su vez, tantos más restaurantes querrán incluir sus perfiles y ofertas en el otro lado. Por eso suele ser tan difícil “entrar” en esos sectores, alcanzar un volumen tal de sujetos (en ocasiones “restándolo” a otras plataformas) que la plataforma resulte atractiva. Esta concentración se incrementa, por ende, porque en muchas ocasiones un mismo sujeto es titular de diversas plataformas en varios sectores (redes sociales, oferta de servicios, etc.), que le dan acceso a una mayor cantidad de datos combinados que a su vez, tras tratamientos de *big data* y de inteligencia artificial, le permiten mejorar sus prestaciones o influir más en los sujetos que opera en uno u otro lado⁶.

y ss.; o V. JIMÉNEZ SERRANÍA, “Los «mercados» de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿es realmente necesaria una redefinición del concepto de mercado de referencia?”, en la misma obra colectiva *Plataformas digitales...* cit., págs. 135-136.

³ En este sentido M. KENNEY / J. ZYSMAN, “The Rise of the Platform Economy”, *Issues in Science and Technology*, vol. XXXII, núm. 3, 2016, disponible en <https://issues.org/rise-platform-economy-big-data-work/>; DE ARTIÑANO MARRA, Pastora, *Régimen jurídico de las plataformas de mediación electrónica: nuevas perspectivas para un fenómeno en constante desarrollo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, págs. 115-141.

⁴ J. C. ROCHET – J. TIROLE, “Platform competition in two-sided markets”, *Journal of European Economic Association*, 2003, vol. 1, núm. 4, pp. 990 y ss.; A. CANALS / I. HÜLSKAMP, “Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación”, *Oikonomics*, núm. 14, noviembre 2020, p. 4.

⁵ J. J. MONTERO PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa”, en J. J. MONTERO PASCUAL (dr.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 26.

⁶ Sobre la gran concentración en estos mercados, que operan el llamado efecto *winner takes-it-all*, y las otras características

5. No vamos a entrar a fondo en cada uno de estos aspectos, porque ahora lo que nos interesa resaltar es la novedad de estos modelos de negocio, la enorme diferencia cuantitativa y cualitativa con las técnicas “clásicas” de obtención y fidelización de clientela de hace unas décadas. En muchos sectores ideas que ahora nos parecen relativamente sencillas han supuesto una revolución en la forma de prestar los servicios, y basta pensar para ello en cómo ha cambiado el sector del alquiler turístico vacacional, de la contratación de viajes y estancias, de los servicios de transporte de viajeros, o de los servicios de mensajería o de transporte de comida. También podemos pensar en lo difícil que resultaría para cualquier empresa entrar con ese mismo modelo de negocio en uno de esos sectores. La economía de plataformas tiene unas características propias de innovación, importancia de la “economía de datos” y concentración que configuran una nueva forma de hacer negocio. Y para esa economía las figuras originales de los operadores de la sociedad de la información creadas hace más de dos décadas posiblemente ya no resulten adecuadas, como vamos a defender en ciertos aspectos en este trabajo.

2. La categoría de “plataforma digital”

6. Antes de continuar con la parte central de esta aportación nos parece importante intentar aclarar cuál es el concepto de “plataforma”, porque muchas veces se utiliza este término sin especificar a qué se está refiriendo, a cualquier tipo de página web, a las plataformas de la economía colaborativa, a los alojadores de datos, a webs que ofrecen servicios de intermediación, etc. En la legislación comunitaria, que últimamente se ha preocupado mucho de regular ciertos aspectos de actuación de las plataformas, no se ha operado con una terminología única, ni con un concepto concreto, y esto no hace sino introducir más imprecisión en esta materia.

7. En las primeras aproximaciones a esta materia se propuso un concepto próximo a la idea de las plataformas de mediación de dos lados mencionadas en el epígrafe anterior. Así, en una Consulta pública realizada en 2015 se partía de una categoría de *online platform* como “an undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups. Certain platforms also qualify as Intermediary service providers”⁷. Era un concepto muy amplio, que cubría no solo *marketplaces* sino también redes sociales, buscadores, etc., siendo lo relevante el permitir interacción entre dos grupos de agentes y la “creación de valor”.

8. En la reforma operada en el derecho del consumo por la Directiva 2019/2161 se incluyó una definición de “mercado en línea” en el artículo 2.17) de la Directiva 2011/83/UE, conforme al cual: “«mercado en línea»: un servicio que emplea programas («software»), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores”. Obviamente esta definición se utiliza a efectos de las ventas a distancia a consumidores en mercados en línea, y se refiere a una categoría específica de plataformas, sin usar este término. Una aproximación parecida se realiza en el Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que utiliza el término “servicio de intermediación en línea”⁸.

novedosas de estos mercados véanse ROCHET – TIROLE, *op. cit.*, pp. 995 y ss.; E. CRISTINA TUDOR, “Los retos del derecho de la competencia en la economía de plataformas”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 151-156; M. P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, “El reto regulatorio de una economía basada en plataformas digitales”, *La Ley mercantil*, núm. 99, 2023. Específicamente sobre los grandes “conglomerados digitales” véase últimamente C. HERRERO SUÁREZ, “Los nuevos conglomerados digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16 núm. 2, 2024, pp. 958-961.

⁷ Véase *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, concretamente el documento alojado en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing>, p. 5.

⁸ Art. 2.2) Reglamento 2019/2020: “«servicios de intermediación en línea»: los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes: a) constituyen servicios de la sociedad de la información [...]; b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer

9. Esta idea de webs que permiten interacción entre dos grupos de personas o la celebración de contratos se abandona, en cambio, en los dos Reglamentos recientes que conciben las plataformas más bien como alojadores de datos, sin prejuzgar la funcionalidad que tiene ese alojamiento. Así, el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, de mercado único de Servicios Digitales (en adelante, DSA por el nombre común en inglés “*Digital Services Act*”), establece el régimen de los servicios intermediarios en la sociedad de la información, y dentro del mismo una materia de especial importancia para nuestro tema, como es la exención de responsabilidad por los contenidos que se difunden a través de o se alojan en esos servicios intermediarios. En su artículo 3.i) caracteriza la “plataforma en línea” como un “servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público”. Por lo tanto, las “plataformas” parecen limitarse a las webs que almacenan y difunden datos, a las que prestan el servicio de “alojamiento de datos”, mientras que otras páginas que también realizan funciones auxiliares o intermediarias como los motores de búsqueda se caracterizan de forma específica⁹. El Reglamento en varias partes del articulado expresa que las plataformas en línea son una especie dentro de la categoría “prestadores de servicios de alojamiento” (p.ej., Sección 2 del Capítulo III, “Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea”, frente a la Sección 3, que establece únicamente disposiciones aplicables a plataformas), pero no aclara cuáles de esos prestadores no son plataformas.

10. Por su parte el Reglamento (UE) 2022/1925, de 24 de septiembre, de mercados disputables y equitativos en el sector digital (en adelante DMA, por las siglas en inglés de *Digital Markets Act*), regula cuestiones de competencia para las grandes plataformas que constituyen “guardianes de acceso” (*gatekeepers*) para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales. Esta norma, curiosamente, no usa el término “plataformas en línea” sino el de “servicio básico de plataforma”, que engloba a servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, servicios de redes sociales en línea, servicios de plataforma de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, navegadores web, asistentes virtuales, servicios de computación en la nube, y servicios de publicidad en línea (art. 2.2 DMA). Como se aprecia, es un enfoque muy diferente, porque no se refiere únicamente a alojadores de información, sino a todo tipo de servicios intermediarios y a otros servicios auxiliares que, eso sí, son distintos a las páginas web que una empresa utilice para vender o promocionar sus propios productos.

11. Lo que los recientes Reglamentos citados no hacen es establecer qué modelo de negocio caracteriza a las plataformas. La amplitud es más clara aún en la *Digital Markets Act*, pero limitándonos a las plataformas alojadoras de datos de la *Digital Services Act*, éstas pueden tener muy distintas finalidades y estructuras: desde los *marketplaces* que alojan ofertas de terceros dirigidas al público en general, hasta redes sociales que recogen y difunden publicidad de terceros y comentarios y noticias de usuarios, pasando por motores de búsqueda, comparadores o agregadores de información. Esto es muy relevante porque, a menudo, el modelo de negocio de la “plataforma” engloba toda una serie de prestaciones que alejan a ese sujeto de ser un simple, ni siquiera principalmente, “alojador” de datos, para pasar a ser justamente una estructura negocial que incluye, pero únicamente como algo accesorio y necesario para cumplir sus fines, el alojamiento de datos

12. El enfoque cambia en un instrumento de *soft law* que podemos tomar en cuenta porque ha sido elaborado por expertos en la materia y con referencia específica a la integración legal en el ámbito

bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia; c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores”.

⁹ Crítico con esta calificación como meros alojadores C. CAMACHO PEREIRA, “Reflexiones a la luz de los requisitos específicos de información exigidos al proveedor del mercado en línea en la contratación con consumidores”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 745, por no hacer referencia al carácter de intermediaria en la contratación.

europeo. Se trata de las *Model Rules on Online Platforms* elaboradas por el *European Law Institute* (en adelante, *Model Rules* del ELI)¹⁰. Este Instituto ha confeccionado unas Reglas para plataformas que median en la celebración de negocios, y centrándose más en las relaciones entre los operadores de plataformas y los usuarios de las mismas, con especial referencia a la posible responsabilidad de la plataforma ante el usuario¹¹. Pues bien, en las *Model Rules* no se caracteriza a las plataformas por su condición de alojadores, sino fijándose en el modelo de negocio o en la función que cumple la plataforma entre proveedores de bienes y servicios y usuarios de la plataforma. Para las *Model Rules* “plataforma” es un servicio de la sociedad de la información que proporciona uno o más de los siguientes servicios: permitir la contratación entre proveedores y usuarios dentro de un entorno digital controlado por el operador de la plataforma; permitir que los proveedores realicen anuncios que luego sean utilizados por los clientes para concluir un contrato fuera de la plataforma; ofrecer comparaciones u otros servicios de asesoramiento para dirigir a los clientes a las web o contactos de los proveedores; y permitir a los usuarios proporcionar reseñas sobre los proveedores, a través de un sistema de reputación. En definitiva, el ámbito de aplicación de las *Model Rules* se ciñe a las webs que permiten o facilitan la contratación de bienes o servicios entre proveedores y clientes, dejando fuera otros modelos operativos de plataformas como los buscadores o las redes sociales. Quizás hubiera sido más preciso calificar de algún modo a estas plataformas mediadoras en la celebración de negocios, y no presentar las reglas como relativas a todas las *Online Platforms*, pero queda claro que es un instrumento de *soft law* para ciertas plataformas, que por otra parte son las que más problemáticas plantean en cuanto a la posible responsabilidad del operador de la plataforma por los bienes o servicios contratados (en los motores de búsqueda o en las redes sociales una posible responsabilidad operaría por unas vías completamente distintas a las aplicadas para estos mediadores de negocio).

13. La imprecisión acerca de qué entender por plataforma resulta, por lo tanto, exasperante, porque en ciertos documentos se refieren a las webs de dos lados que facilitan la celebración de negocios, mientras que otros se ciñen a los alojadores de datos (que no siempre tienen esa función facilitadora de la negociación). En este “río revuelto” de conceptos ha venido a añadir aún más confusión el surgimiento de las “plataformas de economía colaborativa”, que para cierta doctrina son el único tipo de web al que denominan plataforma, y que inicialmente se referían a nuevas formas de compartir el uso de bienes o servicios entre consumidores de forma casi altruista, pero luego han derivado a modelos de negocio muy diversos y más próximos a la economía capitalista clásica¹². No vamos a entrar ahora en estas cuestiones porque no hacen sino oscurecer aún más el panorama, y por lo tanto a lo largo de este trabajo no utilizaremos ni el término ni las categorías de la “economía colaborativa”.

14. En cualquier caso, y tras esta breve exposición de cuál pueda ser la categoría “plataforma”, queremos señalar que esta imprecisión no debe afectar demasiado al tema de nuestro estudio, porque vamos a referirnos fundamentalmente a las plataformas que facilitan la negociación entre proveedores de bienes o servicios, por un lado, y clientes, de otro, que son las que más problemas plantean en cuanto al cumplimiento de obligaciones. De esta forma partimos fundamentalmente de una categoría de “platafor-

¹⁰ El documento que recoge las *Model Rules* y los comentarios de los autores de las mismas (en adelante, Documento *Model Rules*) puede consultarse en <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-model-rules-on-online-platforms/>

¹¹ Como expresa el Documento *Model Rules*, pág. 23, las Reglas buscan mejorar la posición de los usuarios de las plataformas en dos aspectos: mejorar la calidad de la información sobre los bienes y servicios, y hacer responsable en determinados casos al operador de la plataforma de la calidad de tales bienes o servicios; y evitar que la plataforma abuse de la ventaja que tiene debido a su posición central entre proveedores y clientes en detrimento de sus usuarios, en particular de los proveedores.

¹² Sobre la evolución de estos conceptos y la imprecisión actual de los mismos véase M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. (1) Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber”, *La Ley Mercantil*, núm. 50, 2018, pp. 2-4 versión electrónica; I. GONZÁLEZ CABRERA, “La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 309, 2018; TORRENT – SELLENS, *op. cit.*, pp. 58-59; y últimamente M. J. MORILLAS JARILLO, «Economía colaborativa y ánimo de lucro: deshojando la margarita», en M. V. PETIT LAVALL – A. PUETZ, Achim (drs.), *Transporte, competencia y nuevas tecnologías*, Marcial Pons, Madrid, 2022, págs. 137-172.

mas” que combina los enfoques de la *Digital Services Act* y de las *Model Rules*, un servicio que consiste en el alojamiento de datos de terceros (enfoque de la *Digital Services Act*) que gracias a una serie de funciones complementarias de alguna forma permite o facilita la contratación de bienes o servicios (enfoque de las *Model Rules*)¹³. Por lo tanto, a partir de ahora nos referimos a ese tipo de plataformas alojadoras que facilitan la negociación, sin presuponer que “plataforma” suponga un concepto jurídico único o preciso. Otras webs que desarrollan modelos distintos quedan fuera de este estudio. Por otra parte, utilizaremos el término para referirnos tanto a la “plataforma” en sí, como sistema tecnológico que combina una serie de contratos y de funciones complementarias, cuanto al “operador de la plataforma”, que será la persona jurídica titular de esa estructura tecnológica. En particular, cuando nos refiramos a la responsabilidad de la plataforma, obviamente queremos significar una responsabilidad del operador de la plataforma.

15. En la regulación inicial del llamado “comercio electrónico”, realizada por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (Directiva de aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en adelante DCE), los actores principales del comercio electrónico eran las páginas web de los oferentes de productos y servicios, y las plataformas eran intermediarios que alojaban sus datos. Pero en la economía actual de plataformas los actores principales son tales plataformas que han creado nuevos modelos de negocio, y que están condicionando las formas de actuación tanto de los profesionales que ofertan productos y servicios *online* como de los usuarios digitales. En algunos sectores los oferentes sí operan buena parte de su negocio de venta *online* a través de sus propias webs, pero en otros muchos tienen que canalizar la información y la contratación a través de esas plataformas que de hecho dominan la contratación masiva en ese ámbito. Ese cambio de forma de operar es el que justifica, igualmente, un cambio en las soluciones jurídicas que se apliquen en cuanto al régimen jurídico de las plataformas. A continuación se expondrá cuál ha sido el planteamiento ante la actuación de esos operadores en las dos primeras décadas de este siglo (*sub II*), y cómo podría cambiar debido a la evolución que venimos señalando (más adelante *sub III*).

II. Las plataformas digitales como prestadoras de “servicios intermediarios” de la sociedad de la información

1. La figura de los “servicios intermediarios” de la sociedad de la información

16. La categoría “servicio de la sociedad de la información” se acuñó inicialmente en la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, definiéndola por las tres notas de servicio a distancia, por vía electrónica, y a petición individual de un destinatario de servicios¹⁴. Pues bien, la Directiva de Comercio Electrónico parte de ese concepto, pero dentro de la categoría distingue a los servicios de mera transmisión, de memoria tampón y de alojamiento de datos para establecer un régimen específico de exención de responsabilidad por los contenidos que transmiten o alojan. A estos tres tipos de servicios se les ha denominado comúnmente “servicios intermediarios de la sociedad de la información”: no son “principales” porque el titular ofrece “servicios intermediarios” que permiten la difusión (los de mera transmisión y los de memoria tampón) y el alojamiento de datos, para lograr una puesta a disposición de los datos a los clientes de los servicios principales. En esta función de mera puesta a disposición no influyen en ni modifican los contenidos que transmiten o alojan, y esto corrobora su actuación como simples servicios auxiliares para permitir técnicamente el acceso a los datos. Por eso, aunque los “servicios intermediarios” constituyen, en sí mismos, “servicios de la sociedad de la información”, actúan únicamente como algo intermediario y accesorio para poner a disposición de los usuarios la información de los proveedores que sí ofrecen bienes o servicios principales.

¹³ En cambio la *Digital Markets Act* amplía el espectro de sujetos concernidos con la norma porque busca limitar la forma en que ciertas grandes plataformas de gran tamaño e importancia pueden influir en los usuarios de cada uno de los lados de la plataforma. Se trata de una norma pensada en clave de derecho de competencia, de las consecuencias de la posición de dominio de ciertos sujetos, y no en clave de régimen jurídico de esos sujetos.

¹⁴ Actualmente el concepto se recoge en la Directiva 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, art. 1.1.b).

2. La exención de responsabilidad de los “alojadores de datos” en la Directiva de Comercio Electrónico y en la *Digital Services Act*

17. Una de las regulaciones más relevantes, y más aplicadas, de la Directiva de Comercio Electrónico ha sido la llamada “exención de responsabilidad” de los servicios alojadores de datos. La idea fundamental era que como el alojador únicamente guarda y da acceso a datos en los que él no influye, no responde de esos contenidos si son ilícitos *per se* o si suponen infracción de derechos de terceros. P.ej., un periódico que publica noticias y, además, permite comentarios de lectores, no responde de posibles comentarios ofensivos, porque no los ha redactado ni influido él; o un *marketplace* que aloja ofertas de bienes de terceros, no responde si esos bienes infringen los derechos del titular de una marca registrada, porque no realiza esa oferta ni modifica en nada los términos que ha introducido el oferente. Para que opere la exoneración, además, es preciso que el alojador no conozca que los datos son ilícitos, o que en cuanto tenga conocimiento de esa infracción de derechos actúe rápidamente para eliminar o impedir el acceso al contenido ilícito¹⁵. El régimen se completaba con la regla de inexistencia de una obligación general de supervisión de los datos que transmitan o almacenen, de forma que no se imponía a los alojadores una conducta activa para controlar la licitud de los datos a los que daban acceso¹⁶.

18. Este régimen estaba totalmente justificado porque el alojador de los datos no creaba los datos ilícitos ni modificaba su contenido, constituía un puro custodio instrumental para tener acceso a datos, y además no conocía tal carácter ilícito. Y en el mismo sentido se regulaba esta exención también para los servicios de transmisión o de memoria tampón (arts. 12 y 13 DCE), que de igual manera únicamente transmiten datos ajenos sin conocer su ilicitud ni modificarlos. De hecho el citado artículo 14.1 ha sido objeto de numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia, algunas de las cuales luego se exponen sintéticamente, que exoneraron a muchos alojadores tanto por comentarios ilícitos como por la promoción de mercancías que infringían derechos marcarios, si bien en ocasiones no con base en este precepto sino en otras normas de derecho marcario, de propiedad intelectual o de prestación de servicios.

19. El régimen no ha cambiado en lo central más de veinte años después en la *Digital Services Act*. Los artículos 4 a 6 de esta norma han derogado y sustituido a los 12 a 14 de la Directiva de Comercio Electrónico, pero manteniendo lo esencial de la regla (si bien añadiendo matices importantes). Así, el artículo 6 de este Reglamento establece actualmente que “Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios: a) no tenga conocimiento efectivo de una

¹⁵ Así, el apartado primero del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico especifica que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Sobre el contenido y los diversos matices de esta regla pueden verse S. CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, en S. CAVANILLAS MÚGICA (dr.), *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 1-39; J. M. BUSTO LAGO, “Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (SPS)”, en J. M. BUSTO LAGO – L. F. REGLERO CAMPOS (COORDS.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 597-747; J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016; E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1-2020, pp. 808-837; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas, 2023, pp. 331-377; Á. GARCÍA VIDAL, “La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16 núm. 2, 2024, pp. 699-711.

¹⁶ Art. 15.1 DCE: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”.

actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este”. Prácticamente con las mismas palabras se repiten las ideas de exoneración si no se conoce la ilicitud del contenido, y si se actúa prontamente cuando se alcance ese conocimiento o consciencia de la ilicitud.

20. Sin embargo los matices son importantes. Fundamentalmente, porque si bien se mantiene la inexistencia de una obligación de monitorización, se regulan de forma mucho más detallada diversos aspectos acerca de la diligencia en la retirada de contenidos cuando se advierte su posible ilicitud: actuación pronta cuando se reciban órdenes de actuación contra uno o varios elementos concretos de contenido ilícito, dictadas por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes (art. 9); establecimiento de mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que considere contenidos ilícitos (art. 16.1); sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones (art. 20); u otorgamiento de prioridad a las notificaciones enviadas por “alertadores fiables” (art. 22). Se articula así un sistema mucho más completo y complejo que puede facilitar a los terceros la actuación contra contenidos ilícitos. Además, se añaden otras obligaciones de comprobación que exigen un carácter más activo de la plataforma al alojar los datos (fundamentalmente véase la obligación de “trazabilidad” de los proveedores cuando la plataforma permite a consumidores celebrar contratos con comerciantes, de forma que la plataforma debe comprobar la identidad y constitución legal de los proveedores; debe exigir una certificación del propio proveedor por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión; y además la plataforma debe realizar indagaciones acerca de si esa información es veraz y completa, art. 30 DSA)¹⁷.

21. Por ende, si bien se mantiene la idea central de que los alojadores no responden por contenidos ilícitos cuando no conocen tal ilicitud, también se mantiene una regla y se añade otra que son importantes. La que se mantiene es que la exoneración “no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios” (art. 6.2 DSA, regla ya existente en el art. 14.2 DCE). Y la que se añade es que igualmente no opera la exención de responsabilidad en las plataformas B2C que puedan inducir a un consumidor medio a creer que la información, producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control¹⁸. Esto introduce ya la idea de que el régimen sólo se

¹⁷ Sobre este nuevo enfoque véase DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado ... cit.*, p. 374 y, del mismo autor, «Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas», *La Ley Unión Europea*, núm. 111, febrero 2023, p. 6 versión electrónica; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2-2021, pp. 412-415; A. FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, “Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación”, en A. MARTÍNEZ NADAL (dra), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 31-35; F. CARBAJO CASCÓN, «Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 30, 2022, p. 17 versión electrónica; M. BARRIO ANDRÉS, “El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE: su sentido”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR (dr.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 31-36; y en esta misma obra colectiva C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “El régimen de responsabilidad de las plataformas *online* en la DSA ante contenidos ilícitos lesivos de derechos fundamentales: evolución de la figura de puerto seguro”, pp. 86-91, y J. J. CASTELLÓ PASTOR, “Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el Reglamento Platform to Business (P2B): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las plataformas en línea”, pp. 361-397; GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, pp. 707-711.

¹⁸ Art. 6.3 DSA: “El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”. Sobre esta regla véase CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 755; M. T. RODRÍGUEZ

aplica a “alojadores puros”, a servicios de alojamiento que no controlen a los usuarios (en este caso, a los proveedores de bienes y servicios) o que no añadan otras características que pueden hacer creer al consumidor que en vez de alojadores son -en este caso- comercializadores. Así se está reflejando, en cierta forma, la jurisprudencia de dos décadas que ha ido poniendo de manifiesto que servicios añadidos al puro alojamiento pueden desnaturalizar la posición del alojador de datos como puro intermediario neutro¹⁹. Con eso ni se matiza ni se contradice la regla general, únicamente se explicita o corrobora que rige para puro alojamiento de datos. Sobre estas reglas volveremos más adelante (*sub* apartado III.2).

3. La exención de responsabilidad de los “servicios intermediarios” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

22. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en muchas ocasiones acerca de la actuación de los alojadores de datos cuando comercializan mercancías que son de marca falsa, o bien mercancías cuyo derecho de marca no está agotado (mercancías no comercializadas por primera vez en la Unión Europea). En la mayoría de los supuestos se trata de cuestiones prejudiciales planteadas con base en la normativa de marcas, por lo que si bien resultan de interés para nuestro tema, no se refieren específicamente al supuesto que justifica ahora este trabajo. En algunos casos, junto a la normativa marcaria se plantea la pregunta también con base en las normas de exención de los alojadores de datos de la Directiva de Comercio Electrónico, y a estas decisiones nos vamos a referir concretamente.

23. Como regla general, lo que tiene declarado el Tribunal de Justicia es que para que opere la excepción “es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena”²⁰. Si el alojador únicamente recopila datos y los pone a disposición de los usuarios sin añadir absolutamente nada, actúa de forma neutra (y si además no conoce que existe alguna ilicitud, queda exonerado). En la medida en que realice alguna labor más, puede dejar de tener ese papel puramente neutro²¹. Por eso en la misma Sentencia en que formuló esa frase el Tribunal

DE LAS HERAS BALLEL, “La fórmula de la DSA para resolver el «dilema de la responsabilidad de las plataformas: un equilibrio entre continuidad e innovación», en E. HERNÁNDEZ SÁINZ – L. C. MATE SATUÉ – M. T. ALONSO PÉREZ (dras.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 42-44.

¹⁹ En este mismo sentido, hay que resaltar que la categoría “plataforma en línea” de la DSA se refiere a servicios de alojamiento de datos “salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento” (art. 3.i DSA). Una alojadora de datos en la que tal alojamiento sea una característica menor de otra (como, en nuestro caso, un medio para la celebración de negocios) deja de ser plataforma en línea, y de regirse por el señalado sistema de exención de responsabilidad.

²⁰ STJUE 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (en adelante STJUE Google France y Google), apartado 114. En el supuesto de hecho de esta cuestión prejudicial tres empresas (la de productos de marroquinería Vuitton, una agencia de viajes, y una agencia matrimonial) habían demandado a Google en tres pleitos distintos por permitir que imitadores de productos (en el caso de Vuitton) o competidores (en los otros dos supuestos) utilizaran como “palabras clave” las marcas de los demandantes para aparecer en los resultados de búsqueda de Google. Junto al tema marcario, una tercera pregunta cuestionaba sobre el alcance de la exoneración de responsabilidad del art. 14 DCE. El Tribunal declaró a este respecto que “debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Este criterio ya se recogió en el Considerando 42 de la Directiva de comercio electrónico. “Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

²¹ Resaltan específicamente esta necesidad de una actuación pasiva o neutra para acogerse a la exención de responsabilidad, remarcando que eso rara vez se produce en la economía actual de plataformas, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *El régimen*

añadió unas precisiones interesantes. La cuestión fundamental se ceñía al sistema de referenciación *Ad-words* del buscador de *Google*, que permitía a los oferentes de productos seleccionar como palabras clave marcas conocidas, de forma que al teclear esa marca concreta en el buscador el primer resultado fuera el de los oferentes de productos falsos o con derechos no agotados. El Tribunal consideró que la mera circunstancia de que el servicio de referenciación fuera remunerado, de que *Google* fijara las formas de remuneración o, incluso, de que diera información general a sus clientes no podía implicar que se excluyera a *Google* de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. De igual modo, la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido por un internauta no bastaba por sí mismo para que se considerara que *Google* tenía conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor. Sin embargo, sí era pertinente “el papel que desempeña *Google* en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave”, debiendo ser el órgano nacional el que determinara si en esa labor mantenía ese carácter neutro señalado²². Por lo tanto, obviamente el Tribunal de Justicia no podía dar solución a ese tema de si *Google* desarrollaba en ese caso concreto un comportamiento “meramente técnico, automático y pasivo”, porque eso era competencia de los tribunales que planteaba la cuestión prejudicial, pero sí apuntaba que el mensaje promocional o la forma de seleccionar las palabras clave podía alejar ese carácter neutro, y que no operara la exención de responsabilidad.

24. Algo parecido sucedió en el otro caso en que se planteó directamente la interpretación del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico, el resuelto por la Sentencia *L’Oreal*²³. El Tribunal de Justicia entendió que si el operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas²⁴. Por supuesto la decisión final se remitía igualmente al tribunal nacional, pero es claro el criterio de que algo que exceda del puro almacenamiento mecánico de datos puede alejar la exoneración de responsabilidad.

25. Los artículos 14 de la Directiva de Comercio Electrónico o 6 de la *Digital Services Act* exoneran si el operador no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos, y respecto de tal conocimiento el Tribunal ha establecido que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar si la plataforma alojadora ha tenido, en relación con las ofertas de venta en cuestión y en la medida en que éstas han redundado en perjuicio de las marcas de la demandante, “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”. A este último respecto, para

jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces), Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 147; P. MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación. Algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 88, 2007, pp. 9 y ss.; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 312-321; FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *op. cit.*, pp. 39-42; CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, pp. 15-16 versión electrónica; R. C. ROSINO CALLE, “La protección de marcas en las plataformas «híbridas» de comercio electrónico”, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 15, 2023; I. ANTÓN JUÁREZ, «Louboutin vs. Amazon. ¿Un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca? Comentario de la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2002, asuntos C-148/21 y C-184/21», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2-2023, pp. 1024-1028; P. DE ARTIÑANO MARRA, “El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno”, *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 276, enero 2024, p. 45.

²² STJUE *Google France y Google*, apartados 115 a 119.

²³ STJUE 12 de julio de 2011, *L’Oreal y otros*, C-324/09, ECLI:EU:2011:474 (en adelante, *STJUE L’Oreal*). La cuestión se planteó porque varios empresarios ofertaban en la plataforma *eBay* bien “muestras” de productos de *L’Oreal* no destinadas a la venta, bien productos de *L’Oreal* no comercializados por la marca en el Espacio Económico Europeo, bien productos falsos con marcas de *L’Oreal*, bien productos de *L’Oreal* sin embalaje.

²⁴ STJUE *L’Oreal*, apartados 114 a 117: «114. Del expediente y de la descripción contenida en los anteriores apartados 28 a 31 se desprende que *eBay* realiza un tratamiento de los datos introducidos por sus clientes vendedores. Las ventas a las que pueden dar lugar estas ofertas se ajustan a las condiciones establecidas por *eBay*. En su caso, *eBay* también presta asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta. [...] 116. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas».

que se le niegue al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exención de responsabilidad basta con que haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico²⁵. Por lo tanto, la conducta mecánica o neutra en cierta forma hace presumir la falta de conocimiento; pero no es suficiente, porque si bien no existe una obligación de control previo absoluto, es preciso que no haya hechos o circunstancias que puedan hacer deducir el carácter ilícito (como podrían ser denuncias de terceros afectados, circunstancias del anunciante que puedan hacer desconfiar de la licitud del género, etc.).

26. Por último, cabe hacer referencia a una última decisión del Tribunal de Justicia, la recaída en el caso *Louboutin vs. Amazon*²⁶. El supuesto de hecho consistía en la presencia en la web de Amazon de ofertas de zapatos de la marca Louboutin vendidos por proveedores ajenos a Amazon, y comercializados sin el consentimiento de Louboutin. En este litigio, fundamentalmente, el Tribunal de Justicia consideró que ciertas actuaciones de Amazon al reflejar las ofertas en su web, tales como “combinar” las ofertas de otros proveedores y las de productos propios con rótulos como “los diez más vendidos”, realizar una presentación uniforme de todos los productos (los de su titularidad, y los de proveedores que ofertaban en el *marketplace*), ocuparse del envío, etc., podía hacer que un usuario normalmente informado y razonablemente atento estableciera un vínculo entre los servicios de Amazon y la marca de los productos vendidos por otros²⁷. Aunque la cuestión prejudicial se planteó con base en preceptos de Derecho marcario, el propio Tribunal de Justicia citó el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico como norma dentro del “Marco jurídico”, y señaló en el Apartado 37 que el papel de la plataforma también podría examinarse con arreglo a esa norma o a la Directiva 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual²⁸. Como se aprecia, se trataría de una aplicación de la idea de la “actuación neutra”, Amazon no respondería si únicamente hubiera alojado la oferta de zapatos falsos, pero al tratar los datos y conjuntarlos con los suyos no podría acogerse a la exención de responsabilidad.

27. La regla de los artículos 14 de la Directiva de Comercio Electrónico y 6 de la *Digital Services Act* únicamente supone una exoneración de posibles contenidos ilícitos mostrados en una web de alojamiento (comentarios ofensivos ilícitos, comercialización de productos falsos, etc.). Aunque el hecho ilícito lo realiza un tercero, el alojador puede ser corresponsable si conocía tal ilicitud y no ha actuado con prontitud para eliminar el acceso. La jurisprudencia ha remarcado la idea de la actuación neutra, técnica, automática y pasiva para explicar que únicamente el intermediario que no añada nada relevante

²⁵ STJUE L’Oreal, apartado 120.

²⁶ STJUE 22 de diciembre de 2022, *Louboutin*, C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022:1016 (en adelante, STJUE *Louboutin*).

²⁷ Parte dispositiva STJUE *Louboutin*, “puede considerarse que el operador de un sitio de Internet de venta en línea que integra, además de sus propias ofertas de venta, un mercado electrónico utiliza él mismo un signo idéntico a una marca de la Unión ajena, para productos idénticos a aquellos para los que está registrada la marca, cuando terceros vendedores ofrecen para su venta en dicho mercado, sin el consentimiento del titular de la marca, tales productos provistos de ese signo, si un usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio establece un vínculo entre los servicios de ese operador y el signo en cuestión, lo que ocurre, en particular, cuando, habida cuenta de todos los elementos que caracterizan la situación, ese usuario podría tener la impresión de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo. Es pertinente a este respecto que dicho operador utilice un modo de presentación uniforme de las ofertas publicadas en su sitio de Internet, mostrando al mismo tiempo los anuncios de los productos que vende en su nombre y por cuenta propia y los de los productos ofrecidos por terceros vendedores en dicho mercado, que incluya su propio logotipo de distribuidor de renombre en todos esos anuncios y que ofrezca a los terceros vendedores, en el marco de la comercialización de los productos provistos del signo en cuestión, servicios complementarios consistentes, en particular, en el almacenamiento y el envío de dichos productos”.

Sobre lo que supone esta Sentencia al fijar criterios más exigentes y más protectores tanto respecto de los titulares de marcas como respecto de los consumidores véase ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 1016-1027

²⁸ Señalan también esta posible aplicación del criterio del Tribunal al ámbito de la regla del art. 14 DCE DE MIGUEL ASENSIO, «Mercados en línea ... cit., p. 5 versión electrónica; A. ASENSI MERÁS, “Los asuntos *Louboutin* contra Amazon (c-148/21 y c-184/21) y la responsabilidad directa de los intermediarios de internet por infracción del derecho de marcas en la Unión Europea”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 43, 2023, p. 401.

al simple alojamiento puede acogerse a la exoneración. Como regla de exoneración, no regula de qué y cómo se responde cuando no opera tal exoneración, porque dependerá del ilícito concreto cometido en cada caso y, como luego veremos, de cada derecho nacional. La aplicación práctica de este régimen muestra que en realidad el intermediario alojador que añade un tratamiento relevante de los datos deja de ser intermediario y de beneficiarse del régimen lógico de los mismos, para convertirse en una web de otro tipo que se registrará por sus reglas específicas

III. Las plataformas que crean mercados como “falsas plataformas intermediarias” y responsables de los productos o servicios que ofrecen

1. Las plataformas que crean mercados no deben ser consideradas como simples intermediarios

A) *La jurisprudencia relativa a los “falsos intermediarios”*

28. Aparte del tema de los “puertos seguros” de la exención de responsabilidad, la figura de los “servicios intermediarios” en Internet ha sido objeto de muchas resoluciones judiciales por una cuestión que guarda gran paralelismo con aquella. Se trata de en qué medida un intermediario que aloja datos y los pone a disposición de los usuarios, si además añade otras prestaciones al usuario desnaturaliza su condición y deja de ser un simple intermediario. El problema tratado en estos casos no es su posible responsabilidad por alojar contenidos ilícitos, sino el estatus de esa página web a efectos administrativos o laborales. En los casos de *Uber*, *TaxiApp* o *Airbnb*, por ejemplo, la cuestión es si la plataforma era un simple intermediario entre proveedores y usuarios, o más bien un prestador del servicio principal (de transporte de viajeros, o de alojamiento de personas), que por ello debería cumplir los requisitos administrativos correspondientes (licencias de taxi, licencias de alojamiento, etc.). En cambio en los casos de *Glovo* o *Yodel*, por tomar otro ejemplo, la problemática era laboral, si la plataforma únicamente alojaba de datos de transportistas de mercancías a los que ponía en contacto con sus clientes, o si la plataforma actuaba realmente como empleador de los transportistas porque determinaba la forma de realizar el transporte. Lo importante en cada supuesto concreto es, de forma parecida a lo expuesto en el epígrafe anterior, determinar si el alojador de datos únicamente realiza la función de guardar datos y ponerlos a disposición del público, o si añade otras funciones que modifican ese simple carácter de intermediario, y hacen que en realidad esté prestando un servicio material de suministro de bienes o de servicios²⁹. La cuestión se han planteado desde los inicios del comercio electrónico, y ya la Comisión Europea había propuesto criterios al respecto³⁰. No es casualidad que en todos los litigios las plataformas alegaran que actuaban únicamente como alojadores, para así evitar la aplicación de normas administrativas o laborales concretas, de forma que podríamos calificar que cuando no se les dio la razón, se les vino a calificar de “falsas plataformas intermediarias”, porque se autocalificaban como plataformas alojadoras, pero respondían a otra figura

²⁹ Como se afirmó en la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (STJUE Airbnb Ireland, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, en adelante STJUE Airbnb), apartado 50, “el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien un servicio de intermediación que cumpla todos esos requisitos constituye, en principio, un servicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por consiguiente, debe calificarse de «servicio de la sociedad de la información», no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica”

³⁰ En efecto, la Comisión en su Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* de 2 de junio 2016, COM(2016) 356 final, ya había establecido tres criterios para considerar que una plataforma prestaba el servicio subyacente, y no actuaba como intermediaria: fijación del precio, fijación de otros términos y condiciones que determinen la relación contractual con el usuario, y propiedad de activos clave. Además consideraba otras circunstancias que podían indicar una influencia, como el dato de que la plataforma sufragara los gastos de prestación de los servicios subyacentes, o de que existiera una relación laboral entre los prestadores de los servicios subyacentes y la plataforma digital. En cambio, valoraba que ofrecer ciertos servicios complementarios, como medios de pago, o servicios de reseña, no suponía tal influencia. Como enseguida se verá, en parte estos criterios han sido asumidos por el Tribunal de Justicia y por la doctrina. Sobre los criterios de la Comunicación véase MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, pp. 7-8 versión electrónica.

29. En el primer grupo de casos cada supuesto de hecho generó soluciones distintas, porque todo depende de qué servicios se añaden al alojamiento y de su relevancia funcional dentro del sistema que se crea. En el supuesto de *Uber* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó dos Sentencias de signo coincidente³¹. *Uber* alegaba que únicamente ponía en contacto a chóferes de vehículos privados con usuarios del transporte de viajeros, de forma que la plataforma era una simple mediadora entre proveedores de servicios y clientes, y quedaba cubierta por la libre prestación de servicios³². En los hechos dados por acreditados por los tribunales que plantearon la cuestión prejudicial los más relevantes eran que *Uber* establecía al menos el precio máximo de la carrera, que recibía este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y que ejercía cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores. Esto llevó al Tribunal de Justicia a considerar que *Uber* no solo intermediaba, sino que creaba al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, proporcionaba una aplicación sin la cual los conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, y además ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación. Por todo ello determinó que el servicio de intermediación de *Uber* estaba indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, había de calificarse de “servicio en el ámbito de los transportes”³³. En cambio, en el supuesto de *TaxiApp* quedó acreditado que la plataforma cobraba una tarifa mensual a los taxistas, pero únicamente mostraba al cliente una lista de posibles taxistas, y era el cliente el que los contrataba directamente, basándose en su caso en los comentarios y calificaciones atribuidos anteriormente por otros clientes. La plataforma *Star Taxi App* no transmitía las solicitudes de taxi, no fijaba el precio de la carrera ni lo percibía de los clientes, que lo pagaban directamente al conductor del taxi, y tampoco ejercía control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores, ni sobre el comportamiento de estos últimos³⁴. Por eso dicha plataforma únicamente ofertaba un servicio intermediario de la sociedad de la información, y no un servicio de transporte.

30. Pasando al ámbito del alojamiento, la plataforma *Airbnb* ponía en contacto a arrendadores que ofrecían servicios de alojamiento de corta duración con potenciales arrendatarios. La plataforma ofrecía a los arrendadores una plantilla que definía el contenido de la oferta, un servicio opcional de fotografía del inmueble que se arrienda, un sistema de evaluación de los arrendadores y los arrendatarios accesible para los futuros arrendadores y arrendatarios, una garantía por daños, y con carácter opcional

³¹ SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (STJUE Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981, en adelante STJUE *Uber I*) y 10 de abril de 2018 (STJUE *Uber France*, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221, en adelante STJUE *Uber II*).

³² Concretamente, el art. 56 TFUE establece la libre prestación de servicios como regla general, pero el art. 58 TFUE establece que en materia de transportes, la prestación de los servicios se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes.

³³ STJUE *Uber I*, apartados 38 a 40: “38. En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

39. A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de *Uber* se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, *Uber* ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. [...].

40. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», [...].”

³⁴ STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980 (en adelante STJUE *Taxi APP*), parte dispositiva: “El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, [...], debe interpretarse en el sentido de que constituye un «servicio de la sociedad de la información», con arreglo a dichas disposiciones, un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y a cambio de una remuneración, a personas que desean efectuar un desplazamiento urbano y a conductores de taxi autorizados, cuyo prestador ha celebrado al efecto contratos de prestación de servicios con esos conductores a cambio del pago de un abono mensual, pero no les transmite las solicitudes de taxi, no fija el precio de la carrera ni lo percibe de esas personas, que lo pagan directamente al conductor del taxi, y tampoco ejerce control sobre la calidad de los vehículos o de sus conductores, ni sobre el comportamiento de estos últimos”.

un seguro de responsabilidad civil. Además, la plataforma instrumentaba el pago, de forma que el arrendatario pagaba el precio a Airbnb Payments, más una comisión; y ésta transfería el precio al arrendador una vez que el arrendatario había entrado en el piso y daba su conformidad a la recepción. Con estos mimbres, el Tribunal de Justicia estimó que el servicio de mediación de Airbnb era un servicio de la sociedad de la información, y no consistía en un servicio de alojamiento³⁵. Además, para justificar esta decisión respecto del caso Uber argumentó que, a diferencia de aquel supuesto, Airbnb no ejercía una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento, y porque no determinaba ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos, ni seleccionaba a los arrendadores ni los alojamientos que estos ofrecen en su plataforma³⁶.

31. Por último, en cuanto al ámbito laboral es fundamental la resolución del Tribunal de Justicia en el caso *Yodel*. El supuesto de hecho era el de un mensajero de paquetería de Reino Unido que realizaba servicios de transporte para la empresa Yodel, que le indicaba los servicios disponibles. El mensajero alegaba su condición de trabajador, y el tribunal inglés planteó la cuestión prejudicial. En este caso el Tribunal de Justicia estimó que, en principio, la posibilidad de subcontratar el servicio o utilizar suplentes, de aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por Yodel, de ofrecer servicios a terceros, y de organizar sus horarios libremente, se oponía a considerarlo un trabajador, siempre que la independencia de esa persona no parezca ficticia, y que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación³⁷.

³⁵ STJUE Airbnb, apartados 54 a 58: “54 Sobre este particular, la presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas, constituye, por su importancia, un servicio que no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente, a saber, la prestación de alojamiento.

55. Por otra parte, un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. A este respecto, el mero hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento.

56. Por último, ni de la resolución de remisión, ni de la información que figura en los autos resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento

57. De ello se deduce que, en cuanto tal, un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento.

58. Ninguna de las otras prestaciones que se mencionan en el apartado 19 de la presente sentencia, consideradas en su conjunto o de forma aislada, pone en tela de juicio esta constatación. Por el contrario, tales prestaciones presentan un carácter accesorio, dado que no constituyen para los arrendadores un fin en sí mismo, sino el medio de disfrutar del servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland o de ofrecer prestaciones de alojamiento en las mejores condiciones [...].

³⁶ Sobre la STJUE Airbnb, y considerando acertado el criterio de la falta de influencia de la plataforma en la actuación de los arrendadores, M. BUSTILLO SAIZ, «Plataformas digitales de alojamiento: ¿ofrecen prestaciones constitutivas de servicios de la sociedad de la información o del servicio subyacente de alojamiento?», en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 225-243.

³⁷ ATJUE de 22 de abril de 2020, B contra Yodel Delivery Network, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (en adelante ATJUE *Yodel*), parte dispositiva: “La Directiva 2003/88/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo debe ser interpretada como oponiéndose a que una persona contratada por su presunto empleador en virtud de un contrato de servicios que estipula que es un prestador de servicios autónomo, sea calificada como un “trabajador” a los efectos de dicha Directiva, cuando esa persona dispone de la facultad discrecional de:

- subcontratar o utilizar suplentes para prestar el servicio al que se ha comprometido realizar;
- aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por su presunto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;
- proporcionar sus servicios a terceros, incluidos los competidores directos del presunto empleador, y
- establecer su propio horario de “trabajo” dentro de ciertos parámetros y organizar su tiempo a su propia conveniencia en vez de únicamente a la conveniencia del presunto empleador,

siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no parezca ficticia y, en segundo lugar, no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre dicha persona y su presunto empleador. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, considerando todos los factores relativos a esa persona y a la actividad económica que ejerce, calificar la condición profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88”

En un supuesto también de mensajeros de paquetería el Tribunal Supremo español en cambio consideró que los “repartidores” de la empresa Glovo sí eran trabajadores de la misma, porque no disponían de esa libertad de rechazar pedidos sin consecuencias o de decidir libremente sobre su horario y trayectos³⁸. En definitiva, los hechos concretos de cómo se realiza la prestación, y la existencia de una subordinación real o no, determinará si la plataforma que ofrece servicios de transporte a los mensajeros es empleadora de éstos, o simple mediadora en un servicio de la sociedad de la información.

32. Reasumiendo todos estos criterios la doctrina, en general, ha propuesto como determinante el criterio de la “influencia decisiva” para concluir si una plataforma es intermediaria entre proveedores de servicio y clientes, o ella misma es una proveedora del servicio. Si la plataforma se limita a alojar datos y ponerlos a disposición de los usuarios para que éstos contraten con los proveedores de servicio, sin influir en tal servicio, será un “prestador de servicios intermediarios de la sociedad de la información”, que podrá beneficiarse de la libertad de prestación de servicios del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento, o de la exoneración de responsabilidad de la *Digital Services Act*. Si, en cambio, la plataforma supuestamente “mediadora”, “intermediaria” o simple “alojadora” de datos influye de manera determinante en la forma en que los proveedores realizan su prestación dejaría de ser un simple “servicio intermediario” para prestar un servicio principal distinto, sea de transportista, alojador o empleador. Por supuesto todo depende de las circunstancias concretas y de las relaciones tal y como se pacten entre las partes (fundamentalmente entre la plataforma y entre el proveedor de los bienes o servicios), porque como hemos visto una plataforma de mediación para contratar servicios de taxi puede actuar de una u otra forma en función de diversos aspectos.

33. Este criterio de la “influencia decisiva”, que ya estaba formulado en la Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* de 2016 antes citada, se ha recogido, además, en las *Model Rules* propuestas por el ELI. En efecto, dichas reglas proponen –como luego se verá– una responsabilidad contractual de los operadores de las plataformas cuando el cliente puede confiar razonablemente en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor. Y a estos efectos considera como relevantes varios criterios, que son los siguientes: a) que el contrato entre proveedor y cliente se concluya exclusivamente a través de las facilidades proporcionadas en la plataforma; b) que operador de la plataforma retenga la identidad del proveedor o los datos de contacto hasta después de la celebración del contrato entre proveedor y cliente; c) que el operador de la plataforma utilice exclusivamente sistemas de pago que le permiten retener los pagos realizados por el cliente al proveedor; d) que los términos del contrato entre proveedor y cliente sean fijados fundamentalmente por el operador de la plataforma; e) que el precio que deba pagar el cliente sea fijado por el operador de la plataforma; f) que la comercialización se centre en el operador de la plataforma y no en los proveedores; o g) que el operador de la plataforma se comprometa a supervisar la conducta de los proveedores y a hacer cumplir sus estándares más allá de lo exigido por la ley (art. 20). Se trata de criterios puramente indicativos, que deben ser apreciados caso-por-caso en la operativa de cada plataforma concreta³⁹. Des-

³⁸ STS (Social) de 25 de septiembre de 2020: “Para prestar estos servicios Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 del ET, estimando el primer motivo del recurso de casación unificadora”. Este criterio dio lugar a la introducción de una disposición adicional vigesimotercera en el Estatuto de los Trabajadores, que establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

³⁹ *Model Rules*, pág. 40: “In paragraph (2), some indicative criteria are given that should be taken into consideration when assessing the predominant role of the platform operator. This is, however, not a conclusive check-list of criteria that can be applied mechanically. The criteria are only indicative and part of a case-by-case weighing. The more comprehensively the criteria were fulfilled, the more apparent a pre-dominant influence was. Ultimately, however, a court (or a neutral evaluator in an alternative dispute resolution procedure) must decide on a case-by-case basis whether there was a predominant influence”

de luego son elementos tomados de la práctica real de muchas de las plataformas que son dominantes en cada mercado, y que muestran que la plataforma incide en la forma de negociar de los proveedores (controla su actuación y el cumplimiento de ciertos estándares, retiene el precio, fija fundamentalmente los términos de los contratos entre proveedor y cliente, etc.). De esta forma cada proveedor ya no actúa conforme a su iniciativa, sino mediatizado por las condiciones “negociadas” (o en la mayoría de los casos “impuestas”) con la plataforma. Posiblemente las plataformas justifican esta forma de actuación para “uniformizar” el servicio a los clientes, pero ciertamente de esta manera condicionan la actuación de los proveedores. Como queda señalado, las *Model Rules* van mucho más allá de las consecuencias fijadas por el Tribunal de Justicia, que en cada caso consideró que la influencia decisiva podría ocasionar que el operador de la plataforma debiera cumplir ciertas normas de ordenación administrativa o laborales. En cambio el ELI determina que cuando existe tal influencia, el operador será responsable del cumplimiento del contrato entre proveedor y cliente (véase más adelante epígrafe III.2).

B) Las plataformas creadoras de mercado como falsas plataformas intermediarias

34. Los nuevos modelos de negocios que ha generado la actual economía de plataformas hacen que, a nuestro juicio, debamos también modificar los criterios jurídicos con los que venimos operando a este respecto. La muy reciente *Digital Services Act* es heredera de los planteamientos de la Directiva de Comercio Electrónico, como antes hemos señalado, y sigue pensando en un tipo de “intermediarios alojadores de datos” que ya pocas veces se dan. Eso no está mal en sí, pero entonces simplemente hay que constatar que no todas las plataformas alojadoras de datos caen bajo su ámbito de regulación. Las plataformas han evolucionado mucho en estas dos décadas, y de ser simples mediadores entre proveedores y clientes, como las contempladas en la *Digital Services Act* o en las *Model Rules*, muchas se han transformado en verdaderas “creadores de mercados” y de modelos de negocio, en nuevas formas de ofrecer y contratar bienes o servicios.

35. La doctrina ya ha puesto de relieve que la actuación de estas plataformas crea una estructura triangular, en la que operan como sujetos la plataforma, los proveedores y los clientes, y existen tres relaciones contractuales distintas: la relación proveedor-plataforma y la relación plataforma-cliente, y gracias a la operativa que genera, el contrato final que normalmente es proveedor-cliente⁴⁰. Todo funciona porque, primero, la plataforma ha cerrado relaciones con muchos proveedores, normalmente estandarizadas, que le permiten recoger una enorme cantidad de ofertas y servicios en la plataforma; a su vez, esa cantidad de ofertas resulta muy atractiva para un alto número de clientes, lo que genera muchos usuarios bien con relaciones de suscripción bien con situaciones de “alta” en la plataforma; y todo ese magma de muchos proveedores oferentes relacionados con muchos clientes se ve facilitado por todos los servicios complementarios (pago del precio, reseñas, servicios de entrega, etc.) que ofrece la plataforma, y que forman parte también de los contratos con una u otra parte. Es toda esa “superestructura” de relaciones negociales la que hace que el modelo comercial funcione, y a mucha mayor escala y con más éxito que las formas de negocio tradicionales. Y es la plataforma la que genera ese nuevo mercado, y la

⁴⁰ La frase “From «bipolar» to «triangular» relationships” (BUSCH, Christoph – SCHULTE NÖLKE, Hans – WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Anete – ZOLL, Fryderyk, «The Rise of the Platform Economy: a New Challenge for EU Consumer Law?», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5-2016, pág. 5), y el desarrollo posterior en ese trabajo, escenifica perfectamente este cambio de relaciones bilaterales a una estructura de relaciones triangulares. En este sentido de enfatizar el cambio que supone estas relaciones a tres bandas R. TEIXEIRA PEDRO, “¿Tres es una multitud? La contratación a través de plataformas *online* y los desafíos a la ortodoxia contractual”, en M. T. ÁLVAREZ MORENO (coord.), *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2018, pp. 118-119 (“Se generan entonces dos relaciones jurídicas (contractuales) –cada una por su parte– que son instrumentales para la creación, subsecuente, de otra (tercera) relación jurídica destinada a la prestación del servicio o atribución del bien objeto de la transacción. Lo que pretendemos destacar en este estudio es que hay siempre un conjunto de contratos que son celebrados para que la operación económica subyacente se concrete”); M. D. GRAMUNT FOMBUENA, “Contratación de consumo mediante plataformas digitales”, en G. GARCÍA GONZÁLEZ – M. R. REDINHA – M. R. GUIMARÃES – B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 202-204; DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, pp. 90-94.

que por lo tanto debe responder como parte necesaria de todas las relaciones negociales (contratante con proveedores y clientes, y mediadora en su caso en el contrato entre éstos).

36. En este ámbito tanto la legislación como la doctrina reconocen que la economía de plataformas genera sus propios mercados, y esa generación tiene un “valor añadido” respecto de las formas de contratación tradicionales⁴¹. Pues bien, ese particular ecosistema debe tener también sus propias reglas, ajenas y alejadas de los estrechos cauces que la actual legislación brinda a los servicios intermediarios, y también a los cauces del simple negocio de mediación. Con esto no criticamos a la legislación actual, simplemente constatamos que esa legislación se refiere a otros actores distintos a las plataformas creadoras de mercados. Es lógico, por otra parte, que con tantos intereses en conflicto y con la prudencia que se le exige a una legislación ponderada, no exista por ahora una regulación adecuada de esas plataformas.

37. Basta para ello con pensar en cómo ha cambiado la realidad del transporte de viajeros en ciudades, la contratación de viajes y estancias a través de comparadores, o los servicios de comida rápida a domicilio, o cómo las plataformas han llevado a una eclosión de los alquileres turísticos. Técnicas digitales relativamente sencillas combinadas entre sí han supuesto un cambio total del negocio, al permitir a distancia visionar ofertas, compararlas, ver opiniones sobre ellas, contratarlas, pagarlas, contratar el transporte, etc., todo a la simple distancia de un *click* en el ratón del ordenador o en la *app* del teléfono móvil. Esos “nuevos mercados” caracterizados por las plataformas de dos lados, por la concentración, por los efectos de red, por la utilización del *big data* y de la inteligencia artificial para modificar las ofertas y optimizar los servicios, suponen una verdadera disrupción respecto de las formas clásicas de negociación. ¿Cómo podemos afirmar que todas esas plataformas que guardan y dan acceso a datos y facilitan y optimizan la contratación, creadoras de mercado, son simples alojadores de datos?

38. La contraposición entre las soluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia en los casos *Uber* y *Airbnb* constituyen un ejemplo claro de lo que queremos decir. En la Sentencia *Uber* el Tribunal de Justicia consideró acertadamente que “en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, *el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano*, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas” (la cursiva es nuestra)⁴². Y, sin embargo, en la Sentencia *Airbnb* se afirma que “un servicio como el prestado por *Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable* para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos *disponen de otros muchos cauces*, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. A este respecto, el mero hecho de que *Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces* ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento”⁴³. Esta misma frase se podría haber aplicado, punto por punto, al servicio de taxi de

⁴¹ La Comunicación de la Comisión Europea *Las plataformas en línea y el mercado único* de 2016, ya citada, enfatizó estos cambios en la estructura de mercado y el valor añadido que genera la actuación de las plataformas. En la doctrina véanse, entre otros muchos, RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4-2016, págs. 164-169; KENNEY – ZYSMAN, *op. cit.*, versión electrónica; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 304 o 318; RODRÍGUEZ BALLEL, “Las plataformas ... cit., pp. 405-406; CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 738-739; J. M. BECH SERRAT, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *InDret*, núm. 2.2024, p. 48. Acerca de las grandes eficiencias y ahorro de costes que provoca la economía de plataformas, pero también la necesidad de regularlas, véanse B. G. EDELMAN – D. GERADIN, «Efficiency and Regulatory Shortcuts: How should we regulate Companies like Airbnb and Uber?», *Stanford Technology Law Review*, núm. 19, 2016, pp. 293-328; O. LOBEL, «The Law of the Platform», *Minnesota Law Review*, vol. 101, núm. 1-2016, pp. 88-166, y del mismo autor «Coase & the Platform Economy», *Legal Studies Research Paper Series*, núm. 17-318, 2017, pp. 1-14.

⁴² STJUE *Uber*, apartado 38.

⁴³ STJUE *Airbnb*, apartado 55.

plataformas como Uber: la plataforma no es indispensable porque hay otros cauces de contratación de taxis que han funcionado perfectamente hasta ahora, y además la plataforma compite con ellos con un servicio innovador. Por supuesto, pero es que el modelo de negocio de la plataforma es muy diferente, mucho más atractivo, fácil de usar, permite el acceso a muchas más posibilidades, otorga mayor transparencia en la contratación al existir valoraciones previas, etc. En ambos casos el servicio de la plataforma no solo es una alternativa, sino una nueva forma de concertar el negocio más interesante en muchos aspectos. La prueba es que han surgido otras plataformas con el mismo modelo, y que las clásicas formas de contratación se han modificado para adoptar elementos de las plataformas digitales (contratación por Internet, pago del precio por cuentas de empresa, etc.). Uber ha cambiado el modelo de contratar los taxis, al igual que Airbnb y otras plataformas han cambiado la forma de contratar los alojamientos de todo tipo⁴⁴. Todas esas plataformas han creado nuevos modelos de negocio mucho más complejos. También podemos ver otros ejemplos, como las plataformas híbridas que combinan *marketplaces* con la venta de productos propios y una gran cantidad de servicios accesorios, y que constituyen una nueva forma de venta mucho más completa que las simples alojadoras de ofertas de hace décadas⁴⁵.

39. Desde otro punto de vista, la cantidad de servicios accesorios que proporcionan buena parte de las plataformas digitales actuales es indicativo de que exceden con mucho del simple alojador de datos en el que piensan las normas actuales⁴⁶. Volviendo al ejemplo de la Sentencia Airbnb, en la misma se acreditó que la plataforma ofrecía numerosos servicios complementarios a arrendadores y arrendatarios: fotografía de los alojamientos, garantía de daños al arrendador, posible seguro de responsabilidad civil,

⁴⁴ En igual sentido crítico con el criterio del TJUE acerca de la “falta de influencia” de Airbnb en el mercado de los alojamientos V. MAK, “Private Law Perspectives on Platform Services (Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY)”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1/2016, p. 20; P. HACKER, “UberPop, UberBlack and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi Judgment of the CJEU”, *European Review of Contract Law*, vol. 14, issue 1, 2018, pp. 80-96; P. IAMICELI, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity», *European Review of Contract Law* 4/2019, p. 417. Expresamente considera que Airbnb sí ejerce una influencia indirecta en la fijación de los precios de los alojamientos P. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2-2023, pp. 511-512. Sin embargo, considera fundamentalmente acertado el criterio de la STJUE Airbnb T. ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, Reus, Madrid, 2021, p. 243; R. LÓPEZ ORTEGA, “Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿intermediarias o prestadores del servicio subyacente?”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021, págs. 59-62.

En este sentido, parte de la doctrina considera que si bien Airbnb es una plataforma “creadora de mercado”, no tiene una influencia decisiva sobre los proveedores de alojamiento (o, al menos, no tan decisiva como la del caso Uber), y que por eso constituye un *tertium genus* de plataforma creadora de mercado, pero sin influencia decisiva y no suministradora del servicio subyacente, véanse N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 214-226; M. C. MAYORGA TOLEDANO, “La intermediación en línea de las plataformas. El caso de Airbnb”, en I. GONZÁLEZ CABRERA – M. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (dirs.) - B. FONTICIELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 63-64; L. VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, «Un nuevo desafío normativo: las plataformas digitales ¿de intermediación?», *Actualidad Civil*, núm. 6-2021.

⁴⁵ Sobre las plataformas híbridas, que actúan como “mediadoras” en la venta de ciertos productos, y como vendedoras de productos propios, véase fundamentalmente J. PADILLA, «Trademark liability in hybrid marketplaces», disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4074076, p. 9. El frecuente equívoco que crean al “mezclar” productos ajenos y propios ha dado lugar a la STJUE Louboutin antes reseñada.

⁴⁶ Como ha señalado T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea”, en P. CASTAÑOS CASTRO – J. A. CASTILLO PARRILLA (dirs.) – A. M. PASTOR GARCÍA – I. L. MARTENS JIMÉNEZ (coords.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2017, pág. 96, “la capacidad de crear valor del operador de una plataforma excede de la mera prestación de servicios de intermediación [...] o la provisión de contenidos”. Precisamente esa “creación de valor” hace que las plataformas hagan surgir nuevas formas de contratación.

En general en la doctrina está generalizado este criterio de que las actuales plataformas exceden del modelo legal de la web simplemente alojadora de datos, véase entre otros muchos C. HERRERO SUÁREZ, “La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico. Reflexión desde la óptica de la competencia desleal”, en L. MIRANDA SERRANO – J. PAGADOR LÓPEZ (drs.), *Retos y tendencias del derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 156; FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *op. cit.*, pp. 35-37; I. FERNÁNDEZ CHACÓN, “Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los *e-marketplaces*”, en F. GÓMEZ POMAR – I. FERNÁNDEZ CHACÓN (drs.), *Estudios de Derecho Contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 694-695; BECH SERRAT, *op. cit.*, p. 50; DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, p. 170.

reseñas sobre la calidad del servicio, realización del pago, bloqueo del pago hasta comprobar el acceso al alojamiento, etc. Incluso, al parecer, ya para cuando se dictó la Sentencia la panoplia era más amplia (aunque lógicamente el Tribunal solo pudo operar con los datos suministrados por el tribunal nacional), como asesoramiento a los alojadores para optimizar sus ofertas. Ante un paquete tan completo de prestaciones, ¿cómo puede afirmarse que Airbnb era un mediador que realizaba una simple puesta en contacto de arrendadores y arrendatarios? Airbnb creó una nueva forma de instrumentar el arrendamiento, y añadió muchos aspectos de los que no se ocupa un mediador, como la garantía de que el precio solo se transfiere al arrendador cuando se ha entrado en la vivienda

40. Podemos pensar, incluso, en la importancia actual que tiene para muchas plataformas funciones complementarias muy concretas. Una de ellas es el sistema de reseñas, de los propios clientes para informar o asesorar a otros clientes, o de los proveedores en ciertos casos. Ese aspecto, que puede parecer tan sencillo de implementar, ha cambiado en muchos aspectos la forma de contratar y ha creado incluso plataformas cuyo principal atractivo es ofrecer reseñas de los establecimientos de sectores concretos. Ya solo ese aspecto añade una funcionalidad importante que supone un cambio respecto de los viejos sistemas de contratación, y en la actualidad muchos clientes solo contratan tras comprobar la valoración de los establecimientos. Incluso el cúmulo de problemas jurídicos que presenta ese fenómeno de las reseñas, de posibles reseñas falsas o tendenciosas, etc. pone de manifiesto que cada una de estas características complementarias suponen cambios de modelo de negocio⁴⁷.

41. En definitiva, no podemos estar de acuerdo (de nuevo) con la Sentencia Airbnb cuando afirma que “Aun cuando se consideren en su conjunto, las prestaciones, opcionales o no, de Airbnb Ireland que se han mencionado en los apartados 59 a 63 de la presente sentencia *no ponen en entredicho el carácter dissociable del servicio de intermediación* prestado por esta sociedad y, por consiguiente, su calificación como «servicio de la sociedad de la información», puesto que *no modifican de forma sustancial las características específicas de dicho servicio*. A este respecto, resultaría además paradójico que tales prestaciones accesorias que *aportan valor añadido*, ofrecidas por una plataforma electrónica a sus clientes esencialmente a fin de *distinguirse de sus competidores*, pudieran, a falta de elementos complementarios, conducir a que se modificara la naturaleza y, por consiguiente, la calificación jurídica de la actividad de esta última”⁴⁸. En fin, una “intermediación” a la que se añaden multitud de aspectos deja de ser una simple intermediación, y además no se puede despedazar en varios servicios complementarios. El régimen jurídico propio de los intermediarios sólo se puede aplicar a intermediarios puros, verdaderos, netos, que únicamente median o alojan, no a los que crean una nueva forma de negociar. Que se crea un modelo de negocio nuevo se deriva de las propias palabras del Tribunal de Justicia, se añaden características que “aportan un valor añadido”, y que permiten “distinguirse” de los competidores. Nada que ver con el modelo de “servicios intermediarios de la sociedad de la información” en que piensa el legislador.

42. El criterio de que un intermediario deja de serlo únicamente cuando tenga una “influencia decisiva” en el lado de los proveedores de bienes o servicios también oscurece el problema⁴⁹. Es verdad que Uber o Glovo, en los casos antes expuestos, influían en la forma de prestar el servicio de taxi o el de reparto de paquetes, pero eso constituye únicamente un aspecto más que corrobora que no son inter-

⁴⁷ Sobre el sistema de reseñas y los muchos problemas jurídicos que estas plantean pueden verse, entre otros, P. BELLE-FLAMME – M. PEITZ, “La sala de máquinas de las plataformas digitales: opiniones, evaluaciones y recomendaciones”, *Papeles de economía española*, núm. 157, 2018, pp. 42-67; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 321-327; M. FARINHA – J. MORAIS CARVALHO, «Tecnología, plataformas digitales y derecho del consume: evolución legislativa reciente en la Unión Europea», en A. MARTÍNEZ NADAL (dra.), *Aportaciones jurídicas a la economía de plataformas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 46-48, L. M. MIRANDA SERRANO, «Contratos de consumo, reseñas online de bienes y servicios y libertad de expresión: a propósito de las cláusulas mordaza o antirreseñas», en G. A. GARCÍA ESCOBAR – A. GÁLVEZ JIMÉNEZ (drs.), *Derecho de la publicidad en Internet: redes sociales y plataformas digitales*, Aranzadi, 2023, págs. 157-198; también en L. M. MIRANDA SERRANO – J. PAGADOR LÓPEZ (drs.), *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente-consumidor*, Marcial Pons, 2023, pp. 203-234.

⁴⁸ STJUE Airbnb, apartado 64.

⁴⁹ En el mismo sentido BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 87, 92 o 95, para quien el criterio de la influencia predominante no debe ser el que justifique una posible responsabilidad contractual de la plataforma

mediarios puros. Pero es que aunque no haya esa influencia decisiva, como en cierta forma ocurría en el caso Airbnb, el intermediario deja de serlo si las funciones que añade le confieren una posición central de creador de un mercado concreto de servicios prestados de una forma digital eficiente. Puede que Airbnb no influya en el precio que ponen los arrendadores, pero esa plataforma y las demás creadas en ese ámbito, han cambiado por completo la forma de lograr los alojamientos turísticos⁵⁰.

43. En definitiva, la idea que queremos defender aquí es que todas las plataformas que han creado nuevos mercados, nuevos modelos de negocio, aunque cumplan también una función de alojadores de datos, no pueden ser consideradas “plataformas intermediarias”, o “prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información”. Es verdad que cumplen una función de alojamiento, pero el resto de funciones que añaden a la forma de prestar un servicio más completo y totalmente distinto. El alojamiento de datos es imprescindible para cumplir las demás funciones, pero existen otras muchas funcionalidades inescindibles entre sí que hacen que el modelo de negocio final sea otro mucho más complejo.

C. Indicios de que una plataforma supuestamente intermediaria es creadora de mercados

44. No existe un criterio decisivo para saber cuándo una plataforma es creadora de mercado, y por eso deberá avanzarse caso por caso teniendo en cuenta las características de cada plataforma concreta (como se ha hecho en los supuestos de Uber, Star Taxi App, Airbnb, Yodel, Glovo, Amazon, etc.). En todo caso la idea fundamental es clara en cuanto a que creen (y normalmente luego participen en) nuevos modelos de negocio digital caracterizados por las plataformas de dos lados con diversas funcionalidades que cambian la forma clásica de contratación. Por ejemplo, si Amazon se hubiera limitado a ser un “escaparate” de productos de terceros, y a facilitar la contratación entre los proveedores y los clientes, no estaría creando un mercado distinto, una nueva forma de contratación, sino manteniendo las características fundamentales de la contratación tradicional y aprovechando las posibilidades y facilidades que brinda la contratación digital (posibilidad de albergar miles de ofertas distintas, facilidad de contratar, etc.). Pero si, en cambio, normaliza de alguna manera las ofertas de los proveedores; añade oferta de bienes propios; compara y combina las ofertas de bienes propios y ajenos; confiere bonos por las compras, o de alguna forma fideliza o abarata las compras de clientes habituales o de suscriptores de servicios específicos permite guardar elecciones como “Favoritos” para seguir los cambios de precio; adiciona un servicio de reseñas; establece medios de pago propios; añade medios de transporte baratos debido a su posición de dominio en el mercado; facilita devoluciones sin coste, también gracias a su posibilidad de influir en los transportistas; etc., está creando un mercado mucho más complejo y también atractivo. Esto es evidente cuando se observa cómo ese modelo se ha replicado por otras plataformas, y además ha cambiado los hábitos de consumo y de compras, incrementando notablemente la operativa del comercio electrónico.

45. Y esta categoría de “creadoras de mercado” es conceptualmente distinta, y va más allá, de la “influencia decisiva” que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado como criterio para determinar si una plataforma deja de ser pura intermediaria y debe cumplir los requisitos del servicio principal (véase apartado III.1.1). Normalmente cuando se crea mercado es a costa de influir decisivamente en la actuación de los proveedores, pero no es algo que deba concurrir necesariamente.

2. Las plataformas que crean mercados como responsables de los productos o servicios que ofrecen

46. Teniendo en cuenta que las plataformas que crean mercados no pueden ser consideradas simples servicios intermediarios de la sociedad de la información, debe estudiarse cómo responden frente

⁵⁰ La citada Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* afirma que la existencia de servicios complementarios no supone, *per se*, una influencia decisiva en los proveedores, y eso puede ser correcto. Pero sí es un medio para crear el mercado y para que los clientes contraten con ese proveedor no de forma directa (si es que esto fuera posible) sino a través de la plataforma.

al cliente por los servicios que prestan como plataformas, y por los contratos que se celebran a través de ella. El régimen de exención de responsabilidad por contenidos ilícitos de la *Digital Services Act* no se aplica, pero es que aparte de los posibles contenidos ilícitos debe dilucidarse si de alguna forma el cliente que contrata a través de la plataforma puede dirigirse contra el operador de ésta por ciertos incumplimientos, y específicamente si existe alguna falta de conformidad en el contrato celebrado entre proveedor y cliente. A estos efectos podemos señalar diversos supuestos con un régimen específico

A) Responsabilidad si no se hace constar la condición de servicio intermediario

47. Como queda señalado, si la plataforma realmente actúa solo como servicio intermediario, como mero alojador de datos que tiene una conducta neutra y pasiva, no responde por los contenidos ilícitos que pueda alojar siempre que cumpla una serie de requisitos (art. 6 DSA), ni tampoco por los contratos que se celebren por su mediación entre proveedor y cliente, ya que no ha tenido una intervención relevante en los mismos. Ahora bien, para que opere esta falta de responsabilidad sí sería preciso advertir claramente esta condición de pura intermediaria, de forma que el cliente no pueda tener duda alguna de que el contrato se celebra con el tercero que aloja datos en la plataforma. A nuestro juicio quizás no haría falta una “cláusula” expresa de falta de responsabilidad si por la forma de presentación de los bienes o servicios quedara claro que la plataforma actúa exclusivamente como intermediario. Pero, desde luego, será mejor en todo caso incluir una advertencia expresa, para evitar cualquier equívoco, más aún si el posible cliente fuese un consumidor.

48. Una propuesta de regulación de este tipo se incluye en las *Model Rules* con dos mandatos concretos: por un lado, el artículo 13 establece un deber de informar al cliente a la mayor brevedad, y en todo caso antes de celebrarse el contrato, de que el contrato se celebra con el proveedor, y no con la plataforma; y por otro el artículo 19 determina que el incumplimiento de ese deber hace que el cliente pueda ejercer contra el operador de la plataforma los derechos que tuviera contra el proveedor⁵¹. La verdad es que la consecuencia que proponen las *Rules* nos resulta excesiva, sobre todo por su automatismo, porque consideramos que el operador de la plataforma intermediario solo debería responder si ha creado la apariencia de que él es el prestador del servicio. La justificación que presentan las propias *Rules* resulta poco convincente, porque hasta ahora el Derecho comunitario no ha ido tan lejos como para defender esta vinculación “contractual” por el mero hecho de no introducir una cláusula de actuación como mediador, menos aún para todo tipo de contratantes (consumidores o no)⁵². El operador de

⁵¹ “Article 13: Duty to Inform About the Role of the Platform.

At the earliest opportunity and directly before the conclusion of the supplier-customer contract, the platform operator must inform the customer, in a prominent manner, that the customer will be entering into a contract with a supplier and not with the platform operator”.

“Article 19: Liability of the Platform Operator for Lack of Transparency.

In the case of a violation of Article 13, the customer can exercise the rights and remedies available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator”.

⁵² Los comenariarios de las *Model Rules* alegan como “fuentes” de la regla el art. 13.1 de la Directiva 2015/2302 de viajes combinados, y el caso *Wathelet*: “This Article partially corresponds with Article 13 (1) Package Travel Directive (EU) 2015/2302 in providing remedies to the customer in relation to a third party. However, the platform operator (as a third party) will not become part of the supplier-customer contract. In contrast to the Directive, the responsibility is justified by the fact that the platform operator did not fulfil its own duty to inform. The CJEU case C-149/15 (*Wathelet*) shows that in certain circumstances in which the consumer can easily be misled in light of the conditions in which the sale is carried out, eg leading the consumer to believe that the platform operator is the owner of the good, liability can be imposed on an intermediary”.

Sin embargo, el art. 13.1 de la citada Directiva no propone esta solución, es mucho menos radical, y desde luego no exige para nada una cláusula expresa de no responsabilidad por actuar como intermediario (en definitiva, como reconocen los propios redactores de las *Rules*, es una fuente o precedente muy parcial): “1. Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje. Los Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado. En ese caso, las disposiciones del artículo 7 y del capítulo III, del presente capítulo y del capítulo V que sean aplicables al organizador se aplicarán también, *mutatis mutandis*, al minorista”.

la plataforma debería responder bien porque no es un verdadero intermediario, bien porque siéndolo ha creado el equívoco de que actúa como proveedor del cliente. Pero si es un simple intermediario que no crea equívoco alguno, consideramos que no se le puede imputar una responsabilidad aunque no incluya una cláusula expresa en ese sentido.

49. Por otra parte, una “cláusula de no responsabilidad” por ser simple intermediario únicamente será efectiva, y supondrá esa falta de responsabilidad, si la plataforma realmente actúa como intermediaria. Si actúa como creadora de mercado responderá de contenidos ilícitos o del cumplimiento del contrato aunque esa citada cláusula haya sido aceptada por el cliente⁵³.

50. Obviamente, si la plataforma no indica que actúa como mediadora, y se presenta ella como prestadora del bien o servicio, respondería por ser la que figura contractualmente como contraparte⁵⁴. Es lo que ocurría en el supuesto de la Sentencia del Tribunal de Justicia del caso *Wathelet*, el vendedor actuaba por cuenta un tercero, pero ocultó tal situación y actuó como si fuera vendedor⁵⁵. No es lo más común que una plataforma que opera por cuenta del proveedor se presente, ella misma, como la comercializadora, pero no habría ningún problema por esta actuación como representante que actúa en nombre propio. En la normativa de consumo actualmente el art. 6 bis Directiva 2011/83 exige la identificación del proveedor y de su carácter de consumidor o de empresario, lo cual implica también que la plataforma se identifique como intermediaria. Se ha defendido que si el proveedor es consumidor y la plataforma no hace constar esa condición, esta plataforma debería responder como proveedora y además como empresaria (véase un criterio semejante más adelante, en el epígrafe 2.5)⁵⁶.

B) Responsabilidad por ilicitud de los contenidos alojados

51. En los casos que ahora se tratan es claro que no se aplica la regla de exoneración por los contenidos ilícitos del artículo 6 de la *Digital Services Act*, dado que la plataforma no tiene el papel neutro y mecánico que exige para ello la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo que no aclara el precepto es de qué responde, entonces, y con qué alcance, en cuanto a contenidos ilícitos alojados. La doctrina ha interpretado, conforme a los documentos previos a la Directiva, que no cabe realizar una interpretación *a contrario*, de forma que si no se exonera, responde de los contenidos. Para ello haría falta que la Directiva fijara una regla general de responsabilidad de los intermediarios, algo que no hace. Por eso se concluye que en caso de no regir la regla de exoneración, la posible responsabilidad se determinará conforme al derecho nacional que resulte aplicable⁵⁷.

En cuanto al caso *Wathelet*, véase lo dicho más adelante en el texto y en nota a pie de página. Es una fuente también muy remota como para justificar una regla de tanta radicalidad como la propuesta en las *Model Rules*, pues se basa en normativa de consumidores y no trata de plataformas.

⁵³ En este sentido defiende A. E. VILALTA NICUESA, “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, enero 2018, p. 314, que aunque la plataforma advierta que actúa como intermediaria, debería responder si existe una influencia predominante sobre el proveedor que la acerque a una relación jurídica de tipo asociativo o si existe dependencia funcional o económica del segundo respecto de la plataforma.

⁵⁴ En este sentido CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 752, o FERNÁNDEZ CHACÓN, *op. cit.*, pp. 683-685, basándose en la STJUE *Wathelet*.

⁵⁵ El supuesto de hecho de la STJUE de 9 de noviembre de 2016, *Wathelet*, C-149/15, ECLI:EU:3:2016:840, trataba una compraventa de un vehículo entre particulares, C2C, en la que actuó como intermediario un taller de reparación que, al parecer, aparentó actuar como vendedor ante la compradora, sin manifestar su condición de intermediario. Por eso el Tribunal de Justicia declaró que “El concepto de «vendedor» [...] debe interpretarse en el sentido de que comprende también al profesional que actúa como intermediario por cuenta de un particular sin informar debidamente al consumidor adquirente de que el propietario del bien vendido es un particular, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tomando en consideración el conjunto de las circunstancias del caso”. Es una solución que se adoptó fundamentalmente con base en la normativa de consumidores y en la idea de protección del consumidor, y sin referencia alguna a plataformas.

⁵⁶ J. TOMILLO URBINA, “Los consumidores ante las plataformas de intermediación *Online*: algunas reflexiones”, *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 27, 2021-I, pp. 125-126.

⁵⁷ M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en A. LÓPEZ-TA-

52. Pues bien, conforme a las normas generales de derecho privado español, consideramos que la plataforma que crea mercado debe responder de los contenidos que aloja, pues está creando los mecanismos que facilitan ese alojamiento y puesta a disposición masiva de contenidos. La plataforma responde como si fuera proveedor, aunque formalmente no lo sea, porque “materialmente” está originando la estructura y las relaciones negociales interconectadas que son necesarias para esta singular forma de la contratación.

53. Partamos del supuesto más común, el que normalmente se plantea en la jurisprudencia: plataforma que opera como *marketplace* creador de mercado, y en la cual un proveedor ofrece productos falsos, o cuyos derechos de propiedad industrial no le pertenecen y no están agotados. Es muy posible que el operador de la plataforma no sea consciente de esa falsedad o falta de titularidad, pero al fin y al cabo está contribuyendo de forma decisiva, y masiva, a la infracción de los derechos del titular de la propiedad industrial. A ese operador no se le achaca una falta de diligencia (o, al menos, no se presume esta), simplemente se le hace responsable porque crea un mercado específico (del que se lucra) en el que facilita las ventas de productos falsos. Si fuera un simple alojador de datos que cumple otros requisitos añadidos la Ley le exonera, pero al crear un mercado específico debe responder de las infracciones que se cometen en él. Luego tendrá derecho de repetición frente al proveedor, de forma que esta responsabilidad no constituye una sanción ni una pena, es simplemente un mecanismo de indemnidad para los titulares de derechos defraudados. Además, esta responsabilidad supone un acicate para que la plataforma establezca sistemas de control sobre la titularidad de derechos por parte de los proveedores⁵⁸, u otras medidas que desincentiven las ventas de productos falsos (por ejemplo, cláusulas penales en el contrato entre proveedor y plataforma, si sobre los productos comercializados por aquél no tiene los derechos de comercialización). En definitiva, el titular del derecho de propiedad industrial tendrá frente al operador de la plataforma los mismos derechos de paralización de la actividad infractora, indemnización por el daño causado, etc. que tuviera frente al proveedor infractor.

54. Recuérdesse que conforme al apartado tercero del artículo 6 de la *Digital Services Act* la exención de responsabilidad del operador de la plataforma no opera en contratos con consumidores si dicha plataforma en línea presenta el elemento de información concreto, o hace posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que puede inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. Esta regla corrobora lo antes expuesto, la no irresponsabilidad cuando no se actúa de forma neutra, si bien ceñido a un supuesto muy concreto, la creación de una apariencia de que el contenido se proporciona por la plataforma. Lo que se defiende en este trabajo va mucho más allá, se trata de una “no irresponsabilidad por contenidos ilícitos” cuando la plataforma crea nuevos modelos de negocio (uno de cuyas manifestaciones más usuales es precisamente esa de la creación de una apariencia de que es la plataforma la que crea los contenidos y la que celebra los contratos).

RUELLA MARTÍNEZ (dr.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 76-77 versión electrónica; M. A. DÍAZ GÓMEZ, “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 39-41. Igualmente en cuanto a la aplicación de las reglas de responsabilidad nacionales J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Función y responsabilidad de las plataformas en línea: una aproximación”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, p. 347; L. C. MATE SATUÉ, “La responsabilidad de las plataformas de intermediación contractual en línea: de la Directiva de comercio electrónico al Reglamento de servicios digitales”, en E. HERNÁNDEZ SÁINZ – L. C. MATE SATUÉ – M. T. ALONSO PÉREZ (dras.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, Colex, Madrid, 2023, p. 135. En este sentido la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, establece en su art. 13.1 que “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”.

⁵⁸ Los simples alojadores de datos no tienen una obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos, art. 8 DSA, pero los alojadores de datos que exceden de ese cometido y crean mercados o influyen en los proveedores no pueden acogerse a esa regla. Tienen una “carga” de controlar, y si no controlan y a través de la plataforma se infringen derechos de terceros, responden por esa infracción. Nótese que en la propia DSA los operadores de plataformas que permitan a los consumidores celebrar contratos con comerciantes sí tienen una obligación de trazabilidad (art. 30), a la que hemos hecho referencia, que excepciona de forma relevante la no obligación de monitorización.

C) Responsabilidad contractual solidaria por las faltas de conformidad o incumplimientos del contrato entre proveedor y cliente, y por productos defectuosos

55. Si la plataforma actúa como proveedora del servicio, obviamente responde contractualmente del cumplimiento por ser la contraparte del cliente⁵⁹. En la Directiva 2019/771, de determinados aspectos de la compraventa de bienes, no se recoge en el articulado ninguna referencia a las plataformas, pero su Considerando 23 sí establece la obviedad de que los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores “si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes”⁶⁰.

56. El problema más importante se plantea en el caso contrario de plataformas que se presentan como simples intermediarias, identificando al proveedor como contratante del usuario, pero que crean mercados. En estos supuestos, consideramos que, pese a dicha presentación como intermediaria, la plataforma debe responder de los contratos celebrados a través de ella como si fuera la proveedora del bien o servicio, bajo un régimen de responsabilidad contractual, y de forma solidaria con el proveedor. La razón es que aunque el contrato se hubiera celebrado formalmente entre proveedor y cliente, e incluso en el supuesto de que no hubiera equívoco acerca de este aspecto, es la plataforma la que crea el sistema que ha logrado esa contratación, y debe responder por los efectos de la misma. Sin esta “intermediación” (que es mucho más que una simple intermediación) el negocio no se habría celebrado con esas características: posiblemente el cliente no habría encontrado a ese proveedor, o aunque lo hubiera encontrado no habría contratado con él (lo ha hecho debido a las reseñas favorables, a la inclusión del proveedor en la plataforma, a la forma de presentación en la misma, etc.), o aunque hubiera contratado sería con otras cláusulas específicas. La plataforma ha sido un actor necesario para ese contrato, y debe responder como contraparte del cliente. Podríamos decir que si bien formalmente el contrato del usuario es con el proveedor, materialmente se realiza con el proveedor y con la plataforma cuya participación ha sido necesaria para la celebración. Esa plataforma no puede alegar ser un “tercero” respecto del contrato⁶¹. Tampoco puede presentarse como un simple mediador que ha facilitado la negociación o ha puesto en contacto a las partes, acogiendo al régimen (de no responsabilidad) de los corredores o mediadores⁶². La labor de la plataforma excede con mucho de la de los mediadores (o de la propia de los intermediarios que actúan en nombre ajeno) porque han establecido unos contratos con los proveedores que les confieren una posición privilegiada y les permiten ofrecer muchos bienes o servicios a unos precios muy competitivos, y han creado todo un entramado de servicios complementarios que es el que logra, en la mayoría de los casos, que el cliente haya acudido a contratar a la plataforma. La plataforma es tan contratante como el proveedor⁶³.

⁵⁹ Por supuesto, la misma regla se aplica si la plataforma actúa en sí como proveedora del servicio, DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 54. Las llamadas “plataformas híbridas” comercializan productos propios y de otros, y respecto de los suyos sí responden como vendedoras, G. MINERO ALEJANDRE, “¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su Marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro”, *CESCO*, núm. 37, 2021, pp. 37-38.

⁶⁰ El término “socios” es impropio, y como indica ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 173-174, se refiere a que la plataforma sea la contratante o “parte contractual directa” del consumidor. Este Considerando establece igualmente que los Estados miembros tienen la libertad de ampliar la aplicación de la Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva.

⁶¹ Dentro de nuestra doctrina BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 33-37, argumenta largamente que hacer responsable a la plataforma atentaría contra el principio de relatividad de los contratos (aunque luego defiende que en realidad la plataforma, en ciertos casos, será la contraparte del cliente). A nuestro juicio el principio de relatividad se refiere a terceros ajenos a la relación comercial, pero en este caso difícilmente podemos concebir que la plataforma sea un “tercero”, ya que no solo su intervención ha sido necesaria para contratar, es que además ha creado todo el ecosistema que facilita y encauza esa negociación. Si genera ese sistema luego no puede alegar una ajenidad cuando se trata de responder.

⁶² En general, buena parte de la doctrina señala que las plataformas, aun cuando excedan de ser simples “servicios intermediarios” de Internet, actúan como mediadoras en la celebración de los negocios, y responden (o no responden) como tales, DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 334-335.

⁶³ Ya algunos autores, con diferentes fundamentos, han defendido esta responsabilidad solidaria. Para VILALTA NICUESA, *op. cit.*, p. 310, “cuando el poder de decisión sobre el efectivo cumplimiento de una obligación o precepto corresponde a la plataforma y su ejecución o aplicación al operador proveedor de bienes y/o servicios, la responsabilidad debiera considerarse solidaria”.

57. Se trataría además de una responsabilidad solidaria externa⁶⁴ con el proveedor, pues el perjudicado tiene acción contra los dos sujetos: contra el proveedor por el contrato en sí, y contra la plataforma por haber sido un sujeto necesario para su celebración. Los dos son parte contratante del cliente desde un punto de vista material: uno provee el bien o servicio, y actúa formalmente como tal, y otro ha establecido la estructura necesaria para la celebración del negocio. No cabe considerar que la responsabilidad de la plataforma excluye la del proveedor⁶⁵. En primer lugar, conceptualmente, porque ambos son contratantes. Y en segundo lugar, porque un criterio contrario además dejaría totalmente desprotegido al cliente, no solo si el operador de la plataforma deviene insolvente, sino sobre todo porque no siempre es fácil demandar con éxito a ese operador (habría que identificarlo, decidir la competencia judicial, ley aplicable, en su caso ejecutar la sentencia sobre bienes que estén en otras jurisdicciones, etc.). La forma de operar de las plataformas no puede suponer un perjuicio para los clientes, que en realidad ha contratado con dos partes.

58. Desde luego hubiera sido mejor un mandato legal expreso para evitar este tipo de consideraciones, del tipo del existente, por ejemplo, en el artículo 125.1 de la Ley de protección de consumidores o usuarios, o en la legislación de productos defectuosos para establecer responsabilidades solidarias con las del vendedor. Pero a falta del mismo pensamos que se puede defender con total razonabilidad esta responsabilidad del tipo contractual, que ya se viene aplicando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁶.

59. No creemos que fuera adecuado articular la responsabilidad de la plataforma como extracontractual. Podríamos pensar que responde por haber causado un daño a un “tercero”, el cliente, con quien no ha cerrado formalmente contrato alguno. Pero desde luego el cliente no es un tercero ajeno a la plataforma, a menudo habrá celebrado un contrato con ella para acceder a sus contenidos (comúnmente, una “suscripción”), o en todo caso conoce a la plataforma y la ha usado a propósito porque confía en sus contenidos o en su forma de facilitar la contratación. Lo típico del acreedor extracontractual es el ser un “acreedor involuntario”, ser un tercero perjudicado por una actuación ilícita del causante del daño. Pero aquí no hay involuntariedad, sino relación entablada de propósito.

60. En las *Model Rules* se propone este tipo de responsabilidad contractual, pero únicamente para el supuesto de que exista una “influencia predominante” de la plataforma en la conducta del proveedor⁶⁷, una idea que claramente se inspira en el caso *Uber*⁶⁸. Y este criterio es asumido, con diversos desarrollos y

Coincidimos en cierta forma con BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 86-94, que señala que en ciertos supuestos la plataforma deja de ser una simple mediadora para convertirse ella misma en la proveedora del bien o servicio, y que por ello debe “levantarse el velo” para hacerla responder como contraparte contractual. Pero no compartimos buena parte de los presupuestos de su postura, no solo en cuanto a los requisitos (partimos de que la responsabilidad se aplica por ser creadoras de mercado, no por cumplirse unos requisitos cumulativos como los que él señala), sino sobre todo porque considera que esa responsabilidad de la plataforma excluye la del proveedor.

⁶⁴ Como luego se defenderá, a efectos internos no se aplicaría el régimen de las obligaciones solidarias, sino el derecho de repetición por la totalidad de lo satisfecho.

⁶⁵ En contra, como se ha señalado, BECH SERRAT, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁶⁶ Aunque el Tribunal de Justicia no ha formulado una regla general de este tipo, en la STJUE Louboutin antes reflejada sí considera que puede haber una responsabilidad de Amazon por vender productos falsos si se crea un equívoco en el cliente; y en la también reciente STJUE 24 de febrero de 2022, *Tiketa*, C-536/2020, ECLI:EU:C:2022:112, ha considerado que la plataforma que vende tickets para eventos, aunque avise de que actúa como intermediaria, es considerada “comerciante” a efectos de la Directiva 2011/83/UE. Sobre esta última Sentencia véase S. CANALES GUTIÉRREZ, “El intermediario como «comerciante» en el contrato de consumo: comentario a la STJUE *Tiketa*, Asunto: C-536/20 de 24 de febrero de 2022”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 58, 2022.

⁶⁷ Art. 20.1 *Model Rules*: “If the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator”. Para ver en qué supuestos se entiende que puede existir esta influencia predominante véase apartado segundo de este precepto, reflejado en el epígrafe III.1.

Una explicación científica de este criterio y de los indicadores de existencia de una influencia predominante la expresan los autores de la propuesta en el trabajo BUSCH – SCHULTE-NÖLKE – WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA – ZOLL, *op. cit.*, pp. 7-9.

⁶⁸ En efecto, esta idea se inspira claramente en la doctrina del Tribunal de Justicia expresada en el caso *Uber*, antes expuesta, y concuerda aún más con el criterio que justifica la solución del caso *Amazon* (si bien lógicamente el ELI sí justifica la

matices, por parte de la doctrina⁶⁹. La regla también podría derivarse del actual apartado segundo del artículo 6 de la DSA, que un tanto crípticamente establece que no se aplicará la exención de responsabilidad fijada en el apartado primero “cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios”⁷⁰. A nuestro juicio la responsabilidad de la plataforma no deviene (o, al menos, no necesariamente) de una posible “influencia dominante” en el proveedor, sino del criterio antes señalado de crear una nueva forma de negociar los bienes o servicios. Incluso si la plataforma no incide significativamente en la forma en que el proveedor presta el servicio (como afirmó el Tribunal de Justicia que ocurría en el caso Airbnb), debe responder del cumplimiento de los contratos celebrados porque ha creado esa forma de contratación. Probar que existe una “influencia dominante” es complicado, pese a los diversos criterios fijados por la doctrina, y además sume en la imprecisión de cuándo la influencia es dominante, y favorece a las plataformas que diseñen adecuadamente la estructura contractual para no parecer dominantes⁷¹. En cambio el criterio de la creación de mercado es más amplio, y se justifica porque aunque pueda no haber una influencia decisiva, la plataforma crea esa nueva estructura y modelo de negocio y debe responder de los negocios que se conciertan gracias a la misma. En cierta forma creemos que la creación de mercado ya supone una influencia predominante, pero no en el sentido que dan a esta expresión ni el artículo 6.2 de la *Digital Services Act*, ni las *Model Rules*, ni la Sentencia Uber, sino en la medida en que si bien puede no influenciarse de manera directa la actuación de los proveedores, sí se está creando el marco adecuado para un mercado mucho más completo y complejo que el tradicional que existiría sin los servicios totales de la plataforma y sin el entramado contractual triangular de esa superestructura.

61. Tampoco hay que exigir una equívocidad acerca de con quién se contrata, como la que señala el artículo 6.3 de la *Digital Services Act*. Si bien es verdad que en ocasiones las plataformas que crean mercados plantean las ofertas de manera equívoca que puede inducir a un cliente medio a creer que contrata con la plataforma, aunque así no fuera, incluso aun cuando se advirtiera expresamente que la plataforma es intermediaria (que no lo es), debe responder como creadora de la estructura y contraparte real⁷². Tanto la influencia dominante como la apariencia equívoca son indicios de que la plataforma crea

propuesta con base en la STJUE Uber y en casos nacionales que siguen el mismo criterio, y no menciona el caso Amazon, que es posterior a la formulación de las *Rules*). Las Sentencias del caso Uber no se referían a una responsabilidad de la plataforma por el cumplimiento. En la Sentencia de Louboutin, en cambio, sí se justifica una responsabilidad de la plataforma Amazon si por la forma de presentar sus ofertas y de actuar puede crear en un usuario normalmente informado y razonablemente atento un vínculo entre los servicios de Amazon y la marca de los productos vendidos por otros.

⁶⁹ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 339-342; DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 60-64; VILALTA NICUESA, *op. cit.*, p. 314; ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 225-247; TOMILLO ÚRBINA, *op. cit.*, pp. 127-129; G. RUBIO GIMENO, “Heterogeneidad de relaciones contractuales y responsabilidad de la plataforma digital”, en G. GARCÍA GONZÁLEZ – M. REGINA REDINHA (drs.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 233-235 (si bien esta autora limita esa responsabilidad a los casos en que el proveedor del servicio no sea profesional, y basándose entre otros fundamentos en una *culpa in vigilando* de la plataforma). Para el supuesto de que sea la plataforma quien haya predeterminado el contrato con el proveedor en sus elementos esenciales A. ORTÍ VALLEJO, “Las relaciones contractuales de las plataformas de economía colaborativa”, en A. ORTÍ VALLEJO – G. RUBIO GIMENO (drs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 103-112. Expone el criterio, pero muestra los problemas que puede originar ese reforzamiento de la responsabilidad de las plataformas R. PAZOS CASTRO, «Uber, Airbnb y la llamada “influencia decisiva” de las plataformas digitales», *Revista d’Internet, Dret i Política*, núm. 31, octubre 2020, pp. 8-10. En un sentido similar GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 514-515, defiende que el criterio que determina si una plataforma presta o no el servicio subyacente debe ser más bien el poder de mercado que ostenta, y no tanto la supuesta influencia decisiva.

⁷⁰ Esta regla ya estaba contenida en el art. 14.2 DCE, de forma que no es original de la DSA. Considera este precepto como justificativo de la responsabilidad contractual por influencia dominante. ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, p. 252

⁷¹ M. WINNER, “La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo”, *Almacén de Derecho*, 26 de febrero de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>) se refiere a este criterio de responder del cumplimiento cuando se tiene influencia dominante en el proveedor, y considera precisamente que “Si se introduce una regla como la del borrador, el riesgo de la responsabilidad para el proveedor puede motivarle a *no supervisar a los suministradores para no ejercer una influencia decisiva*”. Y es que, en efecto, la cuestión no es si se influye o no en la actuación del proveedor, sino en que la plataforma crea toda esta estructura de negocio con independencia de dicha influencia

⁷² Como ya se ha señalado por la doctrina (BECH SERRAT, *op. cit.*, p. 73), el criterio contenido en el apartado tercero del artículo 6 de la *Digital Services Act* (no irresponsabilidad por los contenidos si la plataforma presenta los elementos de forma que crea la apariencia de que ella los proporciona) no se refiere a esta responsabilidad contractual, sino a una no responsabilidad

mercado, pero no deben constituir requisitos necesarios para poder articular la demanda por responsabilidad contractual.

62. Cabe señalar que en cierta correlación con este tema, la reciente Directiva 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, de responsabilidad por productos defectuosos, también hace responder por tales productos a ciertas plataformas como distribuidoras en un supuesto concreto. Los requisitos cumulativos son: que se trate de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes; que no pueda identificarse a un operador económico establecido en la Unión (básicamente, fabricante o importador, o sus representantes); y que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 6 de la *Digital Services Act* (al que acabamos de referirnos, que la plataforma presente los elementos de forma que cree la apariencia de que es ella quien los proporciona)⁷³. La idea central sigue siendo ese criterio de que en ciertos supuestos la plataforma que no actúa de forma neutral o pasiva puede llegar a responder por los productos que comercializa, en este caso como distribuidor bajo el régimen de productos defectuosos. Al igual que hemos señalado anteriormente, pensamos que esta responsabilidad como distribuidor no debería ceñirse a esos supuestos de crear una apariencia de ser ella la vendedora o suministradora, sino en general de la creación de una forma específica de comercialización de bienes o servicios.

63. Aunque ciertamente esta responsabilidad contractual solidaria de las plataformas que crean mercados puede resultar chocante para muchos, de hecho ya varias plataformas asumen “contractualmente” con los clientes una responsabilidad por faltas de conformidad y por incumplimientos de los proveedores⁷⁴. Quizás la razón sea puramente comercial: crean mucha más confianza en el cliente, y dan una mayor reputación a la plataformas. Pero al fin y al cabo, plasman en el contrato algo que muchos clientes creían implícito, y parten de que un incumplimiento siempre perjudica el prestigio de la plataforma (y no, normalmente, el del proveedor). No se trata, por ello, de algo ajeno a la realidad. Creemos que tampoco hay que pensar que un régimen así desincentiva la actuación de las plataformas, primero porque el régimen deriva de la realidad de que son contraparte, y segundo porque al fin y al cabo la plataforma podrá repetir contra el proveedor cuando le sea imputable el incumplimiento⁷⁵.

por los contenidos (pese a lo cual, parte de la doctrina mezcla el tema de la responsabilidad contractual con estos criterios de exención por contenidos ilícitos). De todas formas, ese criterio está en línea con lo defendido en este trabajo: si la plataforma excede una labor intermediaria para crear una nueva forma de negociación, responde de los contenidos que aloja (y no solo cuando crea la apariencia señalada) y responde igualmente del cumplimiento de los contratos que se celebran a través de ella (y que en muchas ocasiones el cliente cree que celebra “con” ella, y no con su mediación).

⁷³ Sobre este nuevo régimen y esta posible responsabilidad como distribuidora de las plataformas en líneas véase P. GONZÁLEZ BELUCHE, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 2, 2023, págs. 472-473.

⁷⁴ En este sentido D. MOZINA, “Retail business, platform services and information duties”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1/2016, pp. 28-30 cita la garantía Amazon “de la A a la Z”, véase <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=GQ37ZCNECJKTIFYQV> (consultada el 22.11.2024). Sobre los términos de esta garantía y la aplicación concreta de la misma MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 46-48.

⁷⁵ PAZOS CASTRO, *op. cit.*, p. 10, opina que establecer una responsabilidad contractual de las plataformas en caso de influencia decisiva no necesariamente beneficiará a los consumidores, pues los grandes beneficiados podrían ser únicamente las grandes empresas que cuentan con recursos para afrontar mayores costes operativos. Pero este criterio no puede empañar la lógica de que estas plataformas creadoras de mercado deben ser responsables de los contratos que origina su intervención, es un criterio de responsabilidad del Derecho privado, siendo injusto que reciban los beneficios de crear esos mercados sin soportar la responsabilidad de los riesgos que genera. De otra parte, no hacerles responsables puede promocionar aceptar a cualquier tipo de proveedores, mientras que aceptar su responsabilidad incentiva la selección de proveedores. Por otra parte, el derecho de repetición, posiblemente bien asegurado contractualmente, es un remedio suficiente

En relación con esta objeción puede mencionarse el criterio de los que afirman la lógica de las plataformas al controlar a los proveedores porque así aseguran un mejor servicio y una coordinación de los intereses de todos los afectados, véase J. R. RALLO, “Con o sin sentencia, acabemos con las licencias de taxi”, *El Confidencial*, https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2017-12-20/sentencia-tjue-taxi-uber-licencias_1496098/ (consultado el 26.11.2024). Estamos de acuerdo con que sea lógico, lo que pasa es que tal lógica económica y jurídica tiene sus contrapartidas.

64. Por último, hay que resaltar que este régimen se propone con independencia de que el cliente sea o no consumidor. Ciertamente el Derecho comunitario se ciñe normalmente a contratación con consumidores por su propia competencia, pero todo lo expuesto hasta ahora se justifica por razones puramente contractuales de correcto funcionamiento del mercado interior, no por un mecanismo de mayor protección a supuestos clientes débiles⁷⁶. En la contratación con las plataformas tanto los proveedores como los clientes necesitamos una aplicación estricta y completa de las reglas de derecho privado que hagan responsable a los creadores de mercado de las obligaciones que se conciertan por medio de las superestructuras que ellos crean.

D) Aspectos comunes a la responsabilidad: derecho de reembolso y régimen de protección de los consumidores

65. En cualquiera de los tres posibles supuestos de responsabilidad que se acaban de comentar (por falta de transparencia y equívocidad al presentarse como intermediario, por contenidos ilícitos, o por cumplimiento contractual) lógicamente el operador de la plataforma que responda tendrá un derecho de reembolso o repetición frente al proveedor, que es el causante real y último responsable del contrato⁷⁷. Por vía legal o interpretativa el cliente perjudicado puede accionar contra el operador para facilitarle la reclamación, pero en definitiva el que obtuvo la ganancia y el que responde del contenido ilícito o del cumplimiento en última instancia es el proveedor. Las *Model Rules* recogen este derecho, si bien para no comprometer técnicamente ninguna posible traslación en los derechos nacionales lo refiere en general a ser “indemnizado”, sin aclarar qué tipo de derecho de repetición es, o la cuantía que podrá reclamar⁷⁸. El contrato entre proveedor y operador de la plataforma podrá establecer un régimen específico para la cuantía y ejercicio de este reembolso, y en defecto de esta previsión contractual resultarían aplicables en Derecho español las reglas del pago por tercero.

66. Por otra parte, las *Model Rules* establecen también respecto a la posible responsabilidad por falta de transparencia y por cumplimiento una regla específica cuando el cliente es consumidor: podrá ejercitar contra el operador de la plataforma los derechos y remedios que tendría contra el proveedor si éste fuera empresario, aunque el proveedor no lo sea⁷⁹. Este criterio, como expresan los redactores de las *Model Rules*, se toma de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Wathelet*, antes referido. En el mismo una consumidora había comprado un automóvil en un taller de reparación, posiblemente creyendo que el vendedor era el propio taller porque este nunca le notificó otra cosa, pero en realidad la vendedora era otra persona física que también actuaba como consumidora. Al ser un contrato C2C no resultaría aplicable el Derecho de consumo, pero como la compradora creía que había adquirido de un empresario, el Tribunal de Justicia determinó que ese taller actuaba como “vendedor” a efectos de la normativa de compraventa de consumo. Esta doctrina del Tribunal de Justicia se ha formulado respecto de ese supuesto concreto, por lo que extender un criterio así a todo supuesto de responsabilidad de la pla-

⁷⁶ En este mismo sentido critican que el art. 6.3 DSA se limite únicamente a la contratación con consumidores P. DE MIGUEL ASENSIO, “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, núm. 88, enero 2021, pp. 8-9, y del mismo autor «Mercados en línea ... cit., p. 6 versión electrónica; CARBAJO CASCÓN, *op. cit.*, nota 47.

⁷⁷ ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 269-271.

⁷⁸ Art. 25.1 *Model Rules*: “1. A platform operator who, under Articles 19 or 20, has become liable towards a customer for: a) a supplier’s misleading statements; or b) a supplier’s failure to perform the supplier-customer contract, has the right to be indemnified by the supplier”

⁷⁹ Art. 21.1 *Model Rules*: “1. Where Article 19 or Article 20 (1) apply, a customer who is a consumer can exercise against the platform operator all the rights and remedies that would be available against the supplier if the supplier were a business, irrespective of whether the supplier is a business”.

A esta regla se añade otra formulada en el apartado segundo del mismo precepto: en esos dos supuestos de responsabilidad, si el derecho aplicable exige que el cliente reclame al proveedor para ejercitar un remedio, tal reclamación al proveedor produce efectos igualmente en relación con el operador de la plataforma (art. 21.2 *Model Rules*: “Where Article 19 or Article 20 (1) apply, if, according to the applicable law, a customer needs to notify the supplier in order to exercise a remedy, then notifying the supplier produces all effects also in relation to the platform operator”).

taforma requeriría bien una jurisprudencia consolidada más amplia, o una norma legal expresa en este sentido como la que proponen las *Model Rules*. Por otra parte, no queda claro cómo se podría conjugar esta regla si la plataforma ya avisó (como ahora exige el art. 6 bis Directiva 2011/83/UE⁸⁰) al cliente de que el proveedor era un consumidor (algo muy común en las verdaderas plataformas colaborativas, que promueven contratos C2C).

e) Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones propias de la plataforma

67. Las *Model Rules* añaden tres reglas de responsabilidad que ponen de manifiesto criterios razonables derivados de consideraciones generales de derecho privado. En primer lugar, establecen que si un operador de plataforma realiza declaraciones engañosas acerca de proveedores o de clientes, o sobre bienes, servicios o contenidos digitales ofrecidos por proveedores, o sobre cualquier otro aspecto del contrato entre proveedor y cliente, será responsable del daño que esta información engañosa cause a clientes o proveedores⁸¹. La regla, como resaltan los redactores de las *Model Rules*, constituye una aplicación del artículo 11 bis de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales⁸², de forma que si bien resulta innecesaria, recalca la posibilidad de solicitar indemnización por los perjuicios sufridos por la práctica engañosa. La norma, por otra parte, supone un incentivo para que el operador de la plataforma revise las afirmaciones que se realizan en la misma, que abarcan tanto las realizadas por los proveedores (y que él aloja en la plataforma) como las incluidas por él mismo⁸³.

68. En segundo lugar, conforme al artículo 23 de las *Model Rules* el operador de la plataforma responde por las garantías que ofrece acerca de proveedores o clientes, o de los bienes, servicios o contenidos digitales ofrecidos por los proveedores⁸⁴. Esta norma igualmente parece innecesaria, porque no hace sino reiterar la responsabilidad contractual que el operador de la plataforma asume por las “garantías comerciales” que recoge en la misma, y que al ser aceptadas por el cliente constituyen ley del contrato. Es verdad que las *Model Rules* formulan la regla para todo contrato, y no únicamente respecto de consumidores, pero al fin y al cabo depende de las garantías a las que se comprometa el operador de la plataforma y a su ámbito objetivo y subjetivo.

⁸⁰ Art. 6 bis Directiva 2011/83/UE, añadido por la Directiva 2019/2161: “1. Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia: [...] b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato”.

Acerca de la información exigida por este precepto véase CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 335-339

⁸¹ Art. 22 *Model Rules*: “If a platform operator makes misleading statements about suppliers or customers, about goods, services or digital content offered by suppliers, or about any other terms of the supplier-customer contract, the platform operator is liable for the damage which this misleading information causes to customers or suppliers”.

⁸² Este precepto fue añadido a la Directiva 2005/29/CE por la Directiva (UE) 2019/2161. Conforme al apartado primero de este art. 11 bis “1. Los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato. Los Estados miembros podrán establecer las condiciones de la aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras. Los Estados miembros podrán tener en cuenta, cuando proceda, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes”.

Por otra parte, a su vez los proveedores pueden repetir contra el operador de la plataforma cuando han tenido que responder ante el cliente por manifestaciones engañosas de la plataforma, art. 25.2 *Model Rules*: “A supplier who has become liable towards a customer because of misleading statements made by the platform operator has the right to be indemnified by the platform operator”.

⁸³ *Model Rules*, pág. 42: “This creates an incentive for platform operators to ensure that they carefully examine their statements made about the goods, services, digital content offered on the platform, and about the users of the platform. This also improves the reliability of the information provided by the platform operator and enhances the users’ trust in the platform”.

⁸⁴ Art. 23 *Model Rules*: “A platform operator is liable for guarantees which it gives about suppliers or customers, or about goods, services or digital content offered by suppliers”. Sobre la posible garantía que puede dar la plataforma véase el ejemplo de Amazon antes mencionado, nota 74.

69. Por último, el artículo 24 de las *Model Rules* cierra el tema de las responsabilidades estableciendo que el operador de la plataforma responde de los daños causados a los usuarios por la violación de los deberes recogidos en ciertos preceptos anteriores (deberes de transparencia de la plataforma, transparencia en cuanto a los rankings y a los sistemas de reseñas, protección a los usuarios, etc.)⁸⁵. Con independencia de que procedan otras posibles consecuencias, desde el punto de vista de Derecho privado el incumplimiento de las obligaciones da lugar a la responsabilidad por el perjuicio causado. En este sentido ya en la doctrina se ha puesto de relieve esta responsabilidad de la plataforma por no cumplir las obligaciones derivadas de su condición de plataforma que aloja y da acceso a datos y facilita la celebración de negocios, como el deber de proporcionar un entorno seguro, de desempeñar correctamente los servicios complementarios ofrecidos y acordados, o de buscar potenciales proveedores o clientes⁸⁶. Y aparte de las obligaciones contractuales asumidas estarán, obviamente, todas las legales, como el tratamiento adecuado de los datos personales.

70. Este conjunto de normas propuestas en las *Model Rules* posiblemente resulte innecesario, pero es de valorar este intento de establecer un régimen de responsabilidad completo que enfatice la vinculación que suponen los compromisos y los deberes de los operadores de la plataforma. Frente a la simple “regla de exoneración por contenidos ilícitos” de la *Digital Services Act*, las *Model Rules* fijan un sistema más completo y desarrollado que, en todo caso, a nuestro juicio debe incluso ir más allá en ciertos aspectos (como el ya señalado de no limitar la responsabilidad contractual a los supuestos de influencia predominante)

IV. Conclusiones

71. Cuando se generalizó el comercio electrónico a fines del siglo pasado las plataformas alojadoras de datos tuvieron un papel importante para poner a disposición del público información relevante sobre muchos oferentes. Su papel neutro de simples repositorios de datos justificó una normativa que determinaba una exención de responsabilidad por posibles contenidos ilícitos alojados sin su conocimiento en la plataforma. Sin embargo las formas de negociar en Internet han cambiado mucho en los últimos años, y una buena parte de las plataformas que facilitan o canalizan la comercialización han creado sistemas mucho más complejos en los que la plataforma es un instrumento necesario que altera la forma clásica de contratación (estructura triangular, estandarización de la presentación de ofertas, efectos de red directos e indirectos, sistemas de reputación, sistemas de control, etc.). En estos supuestos en que la plataforma ya no opera como simple alojador neutro y mecánico de datos, sino que “crea un mercado” específico y “añade valor” a la negociación debe determinarse un sistema más completo de responsabilidades por su actuación. En línea con las *Model Rules* propuestas por el *European Law Institute*, este trabajo postula un sistema de responsabilidad tanto por contenidos como por el cumplimiento de los contratos celebrados a través de la plataforma, si bien no solo para los supuestos de influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor, sino en general para todos los casos en que la plataforma crea una nueva forma de negociación mucho más completa y más compleja que la tradicional.

⁸⁵ Art. 24 *Model Rules*: “A platform operator is liable for damage caused to platform users by a violation of Articles 3, 4, 5, 7, 9 paragraphs (2) and (3), 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18”.

⁸⁶ Véase DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 35-37, y con especial desarrollo DE ARTIÑANO MARRA, *Régimen jurídico ... cit.*, págs. 147-161, y la doctrina ahí reflejada

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTERREGIONAL ESPAÑOL EN EL
CINCUENTA ANIVERSARIO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

Directores

José Carlos Fernández Rozas
Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Elaboración y significado de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 en el Derecho internacional privado español

Drafting and significance of the reform of the Preliminary Title of the 1974 Civil Code in the Spanish private international law

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado.

Miembro del Institut de Droit International

Recibido: 10.12.2024/ Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9352

Resumen: La reforma de 1974 del Título Preliminar del Código Civil español, al introducir por primera vez normas específicas de Derecho internacional privado (DIPr), constituyó un paso significativo, aunque insuficiente, hacia la modernización de este ordenamiento. Concebida en un contexto político y social poco favorable, la reforma se limitó esencialmente a las cuestiones de ley aplicable, dejando al margen aspectos fundamentales como la competencia judicial internacional o el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Esta opción, inspirada en tradiciones decimonónicas y en el modelo savigniano de atribución, dio lugar a un sistema rígido, con conexiones únicas, y mantuvo criterios antiguos como el de la nacionalidad en materias personales y familiares. Además, pese a la introducción de la noción de residencia habitual y la presencia de algunas cláusulas correctivas, el sistema resultó desfasado frente a las necesidades del tráfico jurídico internacional contemporáneo.

Con la llegada de la Constitución de 1978, la intensa actividad codificadora internacional y la integración europea, el panorama del DIPr español se transformó radicalmente. La Constitución exigió adaptar las normas a principios como la igualdad, repercutiendo en las conexiones discriminatorias que subsistían, y estimuló la protección de menores y la conciliación entre el principio de seguridad jurídica y la justicia material. Simultáneamente, la progresiva incorporación masiva de tratados internacionales y reglamentos de la Unión Europea diluyeron el protagonismo del Capítulo IV del Título Preliminar, que fue quedando rezagado y fragmentado ante la emergencia de fuentes internacionales y comunitarias. Esta evolución generó un “polisistema” complejo, en el que las normas internas del DIPr se conjugan con instrumentos internacionales y europeos, provocando dispersión normativa y dificultando la labor de operadores jurídicos y jueces, quienes deben identificar primero la norma pertinente de entre múltiples fuentes.

La situación actual pone de manifiesto la discusión acerca de la conveniencia de emprender una nueva reforma integral del DIPr español. Lejos de crear un ordenamiento radicalmente nuevo, se trataría de articular un marco general capaz de dotar al sistema de mayor coherencia, claridad y flexibilidad. Resultaría recomendable optar por una Ley Especial de DIPr, al estilo de otros países europeos y latinoamericanos, que sistematice las normas dispersas, las complemente y establezca conexiones más modernas, reconociendo la autonomía del DIPr respecto del Derecho interno. En caso afirmativo, esta ley debería tener un diseño tripartito contemplando conjuntamente competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones extranjeras, permitiendo así una visión unitaria, materialmente orientada a la obtención de resultados justos y eficaces. Además, la ley debería armonizarse con

las tendencias de unificación y comunitarización seguidas en la Unión Europea, integrando sinergias con el Derecho derivado de la UE y reconociendo la primacía de los instrumentos internacionales.

La experiencia de otros Estados y la propia evolución del ordenamiento español apuntan a que, pese a la europeización y las limitaciones de la acción legislativa nacional, una reforma integral del DIPr mediante una ley especial continúa siendo valiosa. Un texto coherente, sólido, adaptable y alineado con los valores constitucionales, el Derecho internacional y el comunitario, dotaría a España de las herramientas necesarias para afrontar las complejas demandas del tráfico jurídico internacional contemporáneo, superando la rigidez y fragmentación heredadas del modelo de 1974. De este modo, el DIPr español se modernizaría sin abandonar su raíz nacional, sirviendo como referencia para futuros desarrollos en un contexto cada vez más globalizado.

Palabras clave: Codificación, Derecho internacional privado, Título Preliminar, Código civil, Ley especial, armonización, modernización, fragmentación, europeización, reforma integral.

Abstract: The 1974 reform of the Preliminary Title of the Spanish Civil Code, by introducing for the first time specific rules of Private International Law (PIL), constituted a significant but insufficient step towards the modernisation of this system. Conceived in a political and social context that was not very favourable, the reform was essentially limited to questions of applicable law, leaving aside fundamental aspects such as international jurisdiction or the recognition and enforcement of foreign decisions. This option, inspired by nineteenth-century traditions and the Savignian model of attribution, gave rise to a rigid system, with single connections, and maintained old criteria such as nationality in personal and family matters. Moreover, despite the introduction of the notion of habitual residence and the presence of some corrective clauses, the system was out of step with the needs of contemporary international legal traffic

With the arrival of the 1978 Constitution, the intense international codification activity and European integration, the panorama of Spanish private international law was radically transformed. The Constitution required adapting the rules to principles such as equality, having an impact on the discriminatory connections that remained, and stimulated the protection of minors and the conciliation between the principle of legal certainty and material justice. At the same time, the progressive and the massive incorporation of international treaties and European Union regulations diluted the protagonism of Chapter IV of the Preliminary Title, which was left behind and fragmented in the face of the emergence of international and Community sources. This evolution generated a complex 'polysystem', in which the internal rules of private international law are combined with international and European instruments, causing normative dispersion and making the work of legal operators and judges difficult, who must first identify the relevant rule from among multiple sources.

The current situation highlights the discussion about the convenience of undertaking a new comprehensive reform of Spanish private international law. Far from creating a radically new system, it would be a matter of articulating a general framework capable of providing the system with greater coherence, clarity and flexibility. It would be advisable to opt for a Special Private International Law Act, in the style of other European and Latin American countries, which systematises the dispersed rules, complements them and establishes more modern connections, recognising the autonomy of private international law with respect to domestic law. This law should have a tripartite design, jointly contemplating international jurisdiction, applicable law and recognition of foreign decisions, thus allowing for a unitary vision, materially oriented towards obtaining fair and effective results. Furthermore, the law should be harmonised with the unification and communitisation trends in the European Union, integrating synergies with secondary EU law and recognising the primacy of international instruments.

The experience of other States and the evolution of the Spanish legal system itself show that, despite Europeanisation and the limitations of national legislative action, a comprehensive reform of private international law by means of a special law continues to be valuable. A coherent, solid, adaptable text, aligned with constitutional values, international and EU law, would provide Spain with the necessary tools to face the complex demands of contemporary international legal traffic, overcoming the rigidity and fragmentation inherited from the 1974 model. In this way, Spanish private international law would be modernised without abandoning its national roots, serving as a reference for future developments in an increasingly globalised context.

Keywords: Codification, Private International Law, Preliminary Title, Civil Code, Special Law, harmonisation, modernisation, fragmentation, Europeanisation, comprehensive reform.

Sumario: I. Sentido de un Título Preliminar del Código civil en el movimiento de codificación. 1. Movimiento codificador y cuestiones de técnica jurídica: A) Ideal e ideología de los Códigos; B) Necesidad de un núcleo caracterizador del texto articulado; C) Ubicación de las normas de Derecho internacional privado. 2. Sentido y contenido de un Título Preliminar de. Preliminar del Código civil. 3. Alternativas reguladoras. 4. De la aplicación espacial de las leyes al Derecho internacional privado. II. La reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974. 1. Antecedentes. 2. Puesta en marcha del proceso. 3. Relaciones entre la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil: A) Cuestiones de jerarquía normativa; B) Cuestiones de interpretación C) Delimitación del rango cuasiconstitucional. III. Inclusión de unas normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil. 1. Experiencias en otros sistemas de nuestro entorno. 2. Proyectos. 3. Un peculiar proceso codificador: Comisión de Justicia, Comisión General de Codificación, Cortes Generales y Consejo de Estado. IV. El Derecho internacional privado en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil. 1. Contexto histórico y normativo. 2. Ámbito de aplicación: A) Cuestiones de Derecho intertemporal; B) Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales. 3. Caracteres globales a la reforma: A) Limitación a los problemas de Derecho aplicable; B) Rigidez de soluciones; C) Discreta apertura a materias no civilistas; D) Subsistencia de componente publicistas y normativistas. 4. Especialización de las categorías normativas: A) Apertura limitada; B) Características de las “normas reguladoras”; C) Características de las “normas de aplicación. V. Correcciones y vaciamiento del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil. 1. Primera corrección: La Constitución de 1978: A) Acomodación de las normas de Derecho internacional privado a los principios y valores constitucionales; B) Incidencia de los principios y valores constitucionales en el Título Preliminar del Código civil. 2. Segunda corrección: protagonismo de los tratados internacionales: A) Asunción progresiva de una “dualidad estructural”; B) Dificultades de aplicación de los tratados internacionales. 3. Tercera corrección: “comunitarización” del Derecho internacional privado: A) Interacción entre las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales; B) Interacción entre los Reglamentos de la UE y la codificación de Derecho internacional privado de los Estados miembros; C) Oportunidad de un Código Europeo de Derecho internacional privado. VII. Alternativas y lineamientos para una eventual codificación estatal del Derecho internacional privado. 1. Modelos de la codificación. 2. Alternativas reguladoras: A) Mantenimiento del cauce del Código civil; B) Elaboración de una Ley Especial o de un Código de Derecho internacional privado. 3. Realizaciones concretas: A) Europa; B) América latina; C) Asia. VIII. Pertinencia de una nueva reglamentación del sistema español de Derecho internacional privado. 1. Cuestiones de técnica legislativa: A) Opciones y retos en presencia; B) La compleja elaboración de una Ley francesa de Derecho internacional privado; C) Propuesta de una Ley General de Derecho internacional privado para España de 2000. 2. Estado actual del sistema español de Derecho internacional privado. 3. Ámbitos de actuación del legislador español. 4. Directrices para una eventual reforma. IX. Consideraciones finales

I. Sentido de un título preliminar del código civil en el movimiento de codificador

1. Movimiento codificador y cuestiones de técnica jurídica

A) Ideal e ideología de los Códigos

1. Corolario de concepciones diversa, a lo largo del siglo XIX el movimiento codificador comenzó a consolidarse en Europa con los primeros Códigos civiles que los gobiernos utilizaron como instrumento de construcción vertical del Estado-nación¹. La codificación, en tanto que proceso legislativo

¹ Es bien sabido que tras el *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794, cuyos 17.000 artículos contenían un mosaico de leyes, estatutos, prácticas judiciales y costumbres alemanas impregnadas concepciones feudales, el *Code Napoléon* y el *Allgemeines*

necesario para establecer una sistematización y organizada de normas jurídicas reguladoras, con carácter coherente y una metodología adecuada² de un área específica del Derecho, como el civil, penal, mercantil, entre otros, da lugar a una herramienta normativa que busca unificar y simplificar el acceso al Derecho, estableciendo principios claros y reglas detalladas aplicables en una determinada materia, a diferencia de la merca recopilación de leyes. En esencia, la filosofía que existe detrás de un código, aunque sea a veces implícita, varía según el contexto histórico y político en el que se redacta³, pues no solo es un instrumento técnico para organizar el Derecho, sino que es un fiel reflejo de las circunstancias sociales, económicas y políticas de su tiempo. Por tanto, la finalidad de la codificación puede ir desde consolidar la unidad jurídica de un Estado hasta promover ciertos valores, como la igualdad o la justicia, según el momento histórico ante el que nos situemos. Desde esta perspectiva un código es, además, de un conjunto de normas, una construcción jurídica y cultural que responde a un propósito de orden y racionalidad, cuyo contenido y estructura reflejan tanto las ideas predominantes como los desafíos del momento histórico en que se redacta⁴.

En este momento histórico, la noción de “código”⁵ pasó de referirse a un “libro de leyes” para hacer alusión a un conjunto de normas sistematizadas de una misma rama del Derecho, que organizan un cuerpo normativo coherente⁶. A diferencia de una “recopilación de leyes”, la presencia de un código supuso, de un lado, un marco unificado y metódico, promovido por el pensamiento ilustrado, que articuló de manera precisa todos los aspectos de una materia de gran complejidad y, de otro lado, la consecución de un Derecho racionalizado, perfeccionado y accesible al ciudadano. Con esta convicción, el movimiento codificado, impulsado por el individualismo liberal, tuvo la virtud de sistematizar el Derecho, eliminando la ambigüedad y las divisiones imprecisas, creando conceptos claros y estableciendo fronteras definidas. Como corolario de ello facilitó la comunicación y los intercambios, proporcionando previsibilidad y un marco de reglas simples y accesibles permisivas para el actuar de los individuos dentro de un espacio jurídico unificado y ordenado⁷.

Entendida como la compilación sistemática de normas, la codificación constituye una de las formas más antiguas y universalmente difundidas del fenómeno jurídico. En la tradición occidental, y en especial en el entorno europeo, su concepción y su significado modernos se gestaron durante la Ilustración, bajo la influencia de corrientes intelectuales tan relevantes como el humanismo jurídico, el racionalismo

bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (ABGB) pueden yuxtaponerse y presentarse precisamente por sus profundas diferencias. El Código Civil francés, promulgado en 1804, fue producto de una elaboración cultural profundamente influida por el pensamiento ilustrado francés y por una tradición jurídica específica representada por autores como Domat y Pothier. Este Código refleja una síntesis entre los ideales racionalistas de la Ilustración y la sistematización jurídica de la tradición romano-canónica adaptada al contexto francés. En contraste, el Código Civil austriaco de 1811 fue el resultado de un proceso diferente, desarrollado bajo la influencia del absolutismo ilustrado de los Habsburgo. Su redacción estuvo claramente marcada por las corrientes de pensamiento jurídico germánicas, que enfatizaban la sistematicidad y un enfoque más técnico en la codificación. Este Código no solo refleja un enfoque jurídico adaptado a las necesidades del imperio austrohúngaro, sino también una concepción del Derecho enmarcada en la estructura política centralizada y paternalista del absolutismo ilustrado. Ambos códigos, aunque compartieron el espíritu de la racionalización jurídica característica de la época, representaron soluciones distintas influenciadas por las tradiciones y contextos históricos de sus respectivas naciones. *Vid.* R. FERRANTE, “Un ruolo per l’interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoleón e ABGB”, *Forum historiae Juris*. 2006, nos. 1 y 2.

² J.-M. JOSSELYN y A. MARCIANO, “The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation”, *Eur. J. L. & Econ.*, vol. 14, nº 3, 2002, pp. 193-203.

³ V.J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème siècle au XIXème siècle, Essai de définition*, Éditions de l’Institut de Sociologie de l’Université libre de Bruxelles, 1967, pp. 22 ss.

⁴ F. TERRÉ, “La codificatio”, *Eur. L. Rev. Priv. L.*, vol. 1, nº 1, 1993, pp. 31-46; Y. CARTUYVELS, “L’idéal de la codification Étapes et développements avant le 19e siècle”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 31, nº 2, 1993, pp. 85-107.

⁵ En la etapa napoleónica con la promulgación del *Code civile* de 1804 se consolidó de forma definitiva un modelo “moderno” de código que constituyó el modelo referencial de codificación del derecho a lo largo de los siglos XIX y XX al establecer un modelo paradigmático de código moderno. No fue el primer código en sentido estricto, su estructura lógica, lenguaje accesible y sistematización influyeron profundamente en los procesos de codificación de otros países, incluso entre aquellos que inicialmente se opusieron al movimiento codificado. *Vid.* P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 1-98. Centrado en el sistema italiano, sobre la gran relevancia “historiográfica” de la cuestión del método de interpretación del Código civil, *vid.* M. NARDOZZA, “Codificazione civile e cultura giuridica in Italia”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, 2012, 2. Paper 13.

⁶ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème au XIXème siècle*, Bruxelles, Éditions de l’Institut de sociologie, 1967, 500 pp.

⁷ P. BOURDEAU, “Habitus, code et codification”, *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, nº 64, 1986, pp. 40-44, esp. p. 42.

y el iusnaturalismo. Aunque el Código Napoleón, promulgado a partir de 1804, no fue el primer intento de codificación en la historia, sí se convirtió en el referente paradigmático de lo que se ha dado en llamar “código” en sentido moderno, incluso para quienes mostraban recelo ante la idea misma de codifica⁸.

2. Inspirada en la Ilustración, la exaltación codificadora en Europa, consolidó una cultura jurídica basada en códigos como la expresión máxima del orden jurídico⁹. Esta concepción unitaria promovió un Derecho funcional y concreto, centrado en la voluntad democrática y en la “razón” como fuente principal del Derecho, en lugar del tradicional *ius commune*¹⁰. La ideología predominante, basada en el liberalismo¹¹ impulsó a que el Estado se limitara a garantizar la libertad de los ciudadanos sin interferir en la economía, mientras que la racionalización jurídica organizaba las normas en sistemas coherentes¹². Pero también estimuló la contradicción entre la aspiración a un Estado–nación centralizado y los nacionalismos culturales a partir de las tensiones inherentes a la búsqueda de uniformidad jurídica frente a la diversidad cultural y social de los territorios. En tanto que instrumentos jurídicos de unificación, los Códigos fueron diseñados para consolidar la autoridad del Estado–nación, promoviendo estructuras legales homogéneas que reflejaban la visión del poder central. Sin embargo, esta homogeneidad chocaba con la realidad de las identidades culturales locales y las diferencias históricas y sociales que los nacionalismos culturales europeos reivindicaban como base de su legitimidad. En el caso del Código Napoleón, su exportación y adaptación fuera de Francia encontró resistencia precisamente porque no respetaba las particularidades locales, especialmente en áreas sensibles como el Derecho de familia, donde las tradiciones, religiones y costumbres locales jugaban un papel central. Mientras Napoleón promovía un modelo de Estado centralizado y uniforme, los nacionalismos culturales enfatizaban la singularidad de las comunidades, defendiendo la necesidad de que las leyes reflejaran las características distintivas de cada pueblo. La tensión entre ambas corrientes se reflejó claramente en las reformas napoleónicas en Europa, que no buscaban acomodarse a las condiciones locales, sino que imponían una organización uniforme basada en las estructuras jurídicas francesas, y el auge de los nacionalismos culturales defendía la idea de que las leyes y las instituciones debían surgir de la propia historia, lengua y cultura de cada nación y se oponía al ideal napoleónico de una Europa unificada bajo principios jurídicos homogéneos, considerando que tal unificación no respetaba las identidades colectivas ni las realidades locales¹³.

Aunque el Código Napoleón se convirtió en un modelo para muchos países¹⁴, su imposición en contextos con tradiciones jurídicas y culturales divergentes generó rechazo y limitó su aplicación plena por la existencia de un conflicto fundamental entre la universalidad jurídica y la particularidad cultural. Un conflicto que resaltó los límites de la codificación como herramienta de unificación en contextos donde la diversidad cultural y las identidades locales eran elementos esenciales de la legitimidad social y

⁸ J. VANDERLINDEN, “Qu’est-ce qu’un code ?”, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, nos. 1-2, 2005, pp. 29-51.

⁹ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e siècle au XIX^e siècle – essai de définition*, Bruselas, Institut de sociologie ULB, 1967, pp. 163 ss.

¹⁰ En Europa se produce en el siglo XIX y parte del XX, tras la planificación política y cultural consecuencia de la Ilustración, una euforia codificadora consolidándose una cultura basada en el Código, cuya contemplación llega a sacralizarse (la “mole mayestática”, el “*altare consolidato*”...) como un elemento importante de la “mitología moderna”. Vid. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, París, Montchrestien, 1997, pp. 190-224; L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLV, 1992, pp. 473-485.

¹¹ J. VALLET DE GOYTISOLO, “Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislación española”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLII, 1989, pp. 261-316.

¹² G. TARELLO, “Le idee della codificazione”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, pp. 31 ss. Frente a la acumulación de textos sin unidad interna apareció un “sistema” de normas organizadas con pretensiones de “generalidad” y de “plenitud” (R. FERRANTE, “Dans l’ordre établi par le Code civil”, *La scienza del diritto al tramonto dell’illuminismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 2002, x+520 pp.; R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. y prólogo de A. Vaquer Aloy), Madrid, Civitas, 2000).

¹³ En relación con nuestro país, un reconociendo de la originalidad de la teoría española de las fuentes y de la permanencia de las tradiciones españolas en el Código civil a partir de lo dispuesto en el art. 6 de la primera versión del Código civil se contiene en el estudio de L. NEVILLE BROWN, “The Sources of Spanish Civil Law”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 5, n° 3, 1956, pp. 364-377 esp. 364-65.

¹⁴ H. MAZEAUD, “Le Code civil et son influence en Europe”, *Travaux de la Semaine internationale de droit*, París, A. Pedone, 1954, p. 569.

política. Como consecuencia de ello el nacionalismo, generó códigos nacionales desconectados entre sí, lo que relegó el Derecho común romano–canónico y restringió el estudio de los sistemas extranjeros en favor de legislaciones estatales nacionales, en un contexto de baja integración económica internacional, acentuando con ello el pluralismo normativo y la necesidad de conferir una respuesta al mismo¹⁵.

3. Desde una perspectiva metodológica, el movimiento codificado, sobre todo tras la publicación del Código civil francés de 1804, calificado como el fenómeno más importante de la historia jurídica universal¹⁶, y su conversión como fuente inspiradora en numerosos países europeos (Grecia, 1827; Países Bajos, 1838; Italia, 1865; Rumanía, 1865; Portugal, 1867; España 1889), tuvo importantes consecuencias, aunque con posterioridad fue perdiendo progresivamente esta influencia como modelo directo de la codificación civil, manteniéndolo cuando se practicó a través de la legislación de un tercer Estado. No sólo en la doctrina francesa se considera que, en términos culturales, el Código civil es, a la vez, de una parte, tradicional y revolucionario y, de otra parte, expresión de valores y meramente formal y neutro. No hay que ignorar, pues, la fuerza de la tradición del Código Napoleónico ni subestimar su capacidad de adaptación a la era de la mundialización¹⁷.

En primer lugar, y con independencia de la exportación del modelo obedeció a factores diversos como, la fuerza de las armas, la seducción intelectual o la ausencia de otros modelos autóctonos¹⁸, contribuyó indudablemente a la “desnacionalización” del Derecho¹⁹, aunque la influencia francesa no eliminó por completo ciertas particularidades locales²⁰. En segundo lugar, produjo un considerable desarrollo del tradicional método de las glosas o de la exégesis²¹, contemplando el Derecho como algo perfectamente dado, acabado y definido en el Código y calificando la función de la ciencia como algo puramente dogmático, al emplear conceptos y categorías que podían o no coincidir con la estructura de los textos jurídicos a los que se refiere. Dentro de los defensores de esta importante corriente metodológica, dominante en Francia y en Bélgica hasta finales del siglo XIX, cabe citar a nombres como R.–T. Troplong, F. Demolombe, F. Laurent, Ch. Aubry o Ch. Rau y tuvo su origen, precisamente, a partir de los comentarios al Código de Napoleón²². Convertida la obra napoleónica en un documento intocable, los exégetas recomendaban siempre volver a él sus ojos y no salirse de sus cauces ateniéndose a su letra

¹⁵ Este fenómeno trajo consigo una serie de representaciones jurídicas nacionales inconexas unas respecto de las otras relegando el *ius commune* romano–canónico como fondo común tradicional; y tal desconexión se refleja no sólo en las legislaciones estatales sino también, en el sistema de enseñanza del Derecho en toda Europa, que va a quedar limitado al estudio exclusivo de los sistemas estatal, restringiendo en buena medida la contemplación de las experiencias jurídicas y de las doctrinas extranjeras; y a ello debe añadirse, también como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integración económica internacional por lo cual las codificaciones nacionales no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jurídicos. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Código de Napoleón y su influencia en América Latina. Reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, *El Derecho internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, t. I, Mérida (Venezuela), Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, 2005, pp. 151–190, esp. pp. 152–153

¹⁶ G. BOEHMER, “Rapport sur l’Allemagne”, *L’Influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et Société de législation comparée, París, 1950, Pédone, 1954, p. 572.

¹⁷ J.–L. HALPÉRIN, “Deux cents ans de rayonnement du Code civil des Français?”, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, nos. 1–2, 2005, pp. 229–251; R. MICHAELS, “Code vs Code Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French Resistance to a European Codification”, *Eur. Rev. Contract L.*, vol. 8, nº3, 2012, pp. 277–295.

¹⁸ M. GRIMALDI, “L’exportation du code civil”, *Pouvoirs*, vol. 107, nº 4, 2003, pp. 80–96.

¹⁹ A. MASFERRER, “Codification as nationalisation or denationalisation of law: the Spanish case in comparative perspective”, *Comparative Legal History*, vol. 4, nº 2, 2016, pp. 100–130.

²⁰ La doctrina holandesa acostumbra a insistir en este punto a propósito de la valoración de su Código civil de 1838. *Vid.* G. MEIJER y S.Y.Th MEIJER, “Influence of the Code Civil in the Netherlands”, *Eur. J. of L. & Econ.*, vol. 14, nº 3, 2002, pp. 227–236; A. WIJFFELS, “Balancing Rationality and Tradition: the French Code Civil and the Codification of Civil Law in the Netherlands, 1798–1838”, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?: mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. P. 285–318; M. VAN DER BURG, “Cultural and legal transfer in Napoleonic Europe: codification of Dutch civil law as a cross–national process”, *Comparative Legal History*, vol. 3, nº1, 2015, pp. 85–109.

²¹ Para el estudio de la función de interpretación jurídica en la era de la codificación a partir de las reglas de hermenéutica introducidas por el código napoleónico *vid.* D. ZIINO, *Profili dell’interpretazione giuridica*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 1–12.

²² J.–F. NIORT, *Homo Civilis. Contribution à l’histoire du Code civil français (1804–1965). Contribution à l’histoire du Code civil français (1804–1965)*, Aix–en–Provence, Presses universitaires d’Aix–Marseille, 2004, pp. 209–340.

cuando ésta es clara, o a los principios generales de sus leyes, cada vez que se presente una situación de vacío o ambigüedad de sus normas²³.

B) Necesidad de un núcleo caracterizador del texto articulado

4. El punto de partida de la codificación fue el conocimiento del Código a través de las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción a partir de tres premisas: a) todo el Derecho civil se encuentra en el Código; b) el conocimiento del Derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos; y, c) la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos²⁴. Y para la puesta en marcha de estas premisas se consideró procedente la elaboración de un conjunto de normas que configuraron la noción de “libro preliminar” o “título preliminar”²⁵.

Cualquier esfuerzo de codificación es un esfuerzo de equilibrio. Un auténtico código se caracteriza por establecer una estructura de normas que pueda considerarse como un “todo jurídico” y fijar el doble objetivo de seguridad jurídica²⁶ y fácil acceso a las normas jurídicas es esencial para este propósito. Ello no empece para que posea cierto grado de flexibilidad que le permita adaptarse a situaciones imprevistas y responder a nuevas circunstancias sociales que pueden surgir mucho después del día de su promulgación. Y en esta dimensión codificador, una de las funciones que puede cumplir el Título preliminar de un texto articulado consiste en aportar ciertas reglas esenciales que le confieran una significación general, dotándolo de un núcleo caracterizador a modo de marco para la comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de las lagunas. Posee, desde esta perspectiva, una dimensión “constitucional” y “expansiva”, incorporando cláusulas generales y principios que actúan como guías fundamentales, estableciendo las pautas fundamentales que pertenecen a la teoría general del Derecho, definiendo cuáles son sus fuentes, estableciendo cómo debe dictar sentencia el juez y determinando cuándo entran en vigor y cuál es el ámbito de aplicación de las leyes, entre otros aspectos esenciales²⁷. En esencia, se puede afirmar que el Título Preliminar define las fuentes del Derecho, proporciona reglas de interpretación²⁸, ofrece guías para el ejercicio de los derechos, reconoce dis-

²³ S. SOLEIL, “Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?”, *Histoire de la Justice*, n° 19, 2009, pp. 225–241.

²⁴ Ello tendrá una evidente repercusión en la enseñanza del Derecho civil y en la función judicial, en el sentido de que los jueces deben limitarse a aplicar estrictamente el Código extrayendo del tenor literal de cada artículo solución apropiada para los supuestos controvertidos. De esta suerte la escuela de la exégesis que deriva del Código de Napoleón está caracterizada por rendir culto al texto legal, respetando la voluntad del legislador, que se deberá investigar, en caso de duda, a partir de las discusiones parlamentarias. Se trata de un método que establece fuertes limitaciones al juez en tanto que no permite su libre interpretación sino, exclusivamente, la aplicación de los textos al caso específico (J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2ª ed., París, E. de Boccard, 1924). En particular, y de acuerdo a esta concepción, la labor interpretativa de los jueces debía limitarse a una mera aplicación de las leyes, convirtiéndose en meros instrumentos de la ley reducidos al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley; esto es, la aplicación estricta de la ley: *dura lex, sed lex*. Baste atender a la dispuesto en el art. 4 *Code*: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.

²⁵ W. WOŁODKIEWICZ, “‘Livre préliminaire’ ‘titre préliminaire’ dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon”, *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 3, 2005, pp. 441–455.

²⁶ M. Weber consideró la redacción sistemática de la ley como una garantía garante de la seguridad jurídica, sobre todo tras los conflictos sociales. Cf. M. WEBER, *Sociologie du droit*, París, PUF, 1986, p. 196. Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, “Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n° 7, 2023, pp. 225–301.

²⁷ M.-C. Belleau apuntó que antes de su adopción, el proyecto de código fue enviado a los magistrados de los Tribunales de Apelación y del Tribunal de Casación, quienes debían examinarlo, evidenciando esta medida marcadas diferencias conceptuales: mientras los codificadores contemplaban el Código con una visión crítica, conscientes de sus limitaciones, los jueces lo idealizaban, esperando soluciones más simples y directas. Los jueces, al exigir claridad y precisión, rechazaban la presencia de principios genéricos y abstractos, manifestando su interés por disponer de normas detalladas y concretas. Este desencuentro terminó refl -jándose en el producto final: de un Anteproyecto de Libro Preliminar con 39 disposiciones, se llegó a un Título Preliminar mucho más reducido, integrado tan solo por seis artículos. Cf. M.-C. BELLEAU, “Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique”, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 8, nos. 1–2, 1997–1998, pp. 67–120.

²⁸ P. ALVAZZI DEL FRATE, “El Code civil e l'interpretazione della legge”, *Lezioni di storia delle codificazione e delle costituzioni* (M. Ascheri, ed.), Turín, Giappichelli, 2008, pp. 141–155; A. GUZMÁN-BRITO, *Codificación del Derecho civil e interpretación de*

tintos principios generales (como la buena fe, el abuso, el fraude, etc.), y finalmente, establece el ámbito de aplicación del Código donde se inserta en relación con los derechos y bienes²⁹. Una iniciativa de tal calado suele incluirse en un acto legislativo global que sustituye una codificación anterior específica o regula grandes áreas del Derecho, promulgándose mediante el mismo procedimiento legislativo que el texto principal de la ley que se va a introducir.

En raras ocasiones, las leyes introductorias incluyen cuestiones anexas al texto general que se va a introducir y, a primera vista, se podría tener la impresión de que el problema de la parte introductoria de un Código civil es una simple cuestión de técnica legislativa. De hecho, esta parte preliminar sigue estando estrechamente vinculada a la clasificación de las materias de un Código civil por lo que su redacción no es sólo técnica, sino también profundamente científica, pues los redactores de un código deben tener en cuenta la evolución de la sociedad atendiendo a los cambios históricos experimentados por la sociedad afectada. Baste comprobar la complejidad de la reforma en curso en España del Derecho de obligaciones y contratos³⁰.

C) Ubicación de las normas de Derecho internacional privado

5. En lo que concierne papel del DIPr en el movimiento codificado, puede adelantarse que en gran medida permaneció al margen del mismo. La codificación surgió con el propósito de sistematizar y unificar el Derecho dentro de los Estados-nación, pero el DIPr, con su carácter transnacional y su dependencia de normas de conflicto, presentó desafíos particulares. A pesar de la proximidad entre las normas sustantivas nacionales y las normas de conflicto, estas últimas quedaron en gran medida fuera de los grandes códigos decimonónicos, como el Código Civil francés lo cual puede atribuirse a la dificultad de incorporar un conjunto de reglas que, por su naturaleza, no solo buscaban resolver conflictos internos, sino también coordinar ordenamientos jurídicos distintos. Como resultado, aunque el Derecho civil se consolidó como el núcleo del proceso codificado, el DIPr mantuvo una autonomía relativa, desarrollándose en muchos casos a través de leyes específicas o tratados internacionales, poniéndose de manifiesto las limitaciones del modelo de codificación tradicional frente a la complejidad del orden jurídico global y la necesidad de soluciones flexibles en un mundo donde las relaciones jurídicas trascienden las fronteras nacionales³¹. Baste atender a que el Código civil francés de 1804 apenas prestó atención al tratamiento de las relaciones privadas con un elemento internacional. Pero con el desarrollo de la industria y el transporte a lo largo del siglo XIX, las relaciones internacionales aumentaron y, en consecuencia, se hizo necesario aumentar el número y la precisión de las normas de DIPr³².

2. Sentido y contenido de un Título Preliminar del Código Civil

6. El concepto de disposiciones generales de Derecho positivo sostiene que la parte general o, en menor medida, el Título preliminar, debería incluir: el concepto de ley, con todo lo relativo a ella: promulgación, publicación, principio de irretroactividad, aplicación e interpretación de la ley por los tribunales; el principio de la fuerza vinculante del Derecho consuetudinario, si se acuerda aceptarlo;

las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos Civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX, Madrid, Iustel 2011.

²⁹ Una clasificación que entra en una tradición generalizada del Títulos preliminares de la codificación civil. Cf. L.M. DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 120.

³⁰ R. DURÁN RIVACOBA, "La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España", *Revista de Derecho*, vol. 11, nº 1, 2010, pp. 327-354; J.A. COBACHO GÓMEZ, "La pretendida reforma del Derecho español de obligaciones y contratos: la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil", *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico: convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico* (R.M. Moreno Flórez, ed.) Madrid, Dykinson, 2017, pp. 61-84.

³¹ A. FLORINI, "Current developments: I. the codification of private international law: the belgian experience", *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 54, nº 2, 2005, pp. 499-519

³² B. NOLDE, "Les étapes historiques de la codification législative du droit international", *Rev. crit. DIP*, 1927, 362 ss.

el concepto de derechos subjetivos; los sujetos de derecho; las cuestiones relativas al objeto de los derechos subjetivos, etcétera. A pesar de su generalidad, estos principios derivan directamente del carácter racional del Código civil, lo que les confiere gran estabilidad, difiriendo por tanto de los de la filosofía del derecho o de la ciencia jurídica estrictamente teórica en que son disposiciones legislativas con fuerza coercitiva.

Semejante contenido atribuye al Tit. Prel. Cc un valor general en relación con el conjunto de la legislación de un país y frente a una posición doctrinal favorable a que debía contener únicamente disposiciones generales de “Derecho civil”, propiamente dicho, los conceptos jurídicos generales que incorpora serán susceptibles de aplicarse al mismo tiempo a otros ámbitos del Derecho. De este modo, se establece una especie de “unidad lógica” entre los distintos códigos y leyes de un país. Y a este argumento se une otro esencialmente histórico, al ser el Código civil la más antigua de todas las leyes, como fenómeno jurídico que produce el tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho³³, originado en una época y en un Estado concreto, Francia, donde la virtualidad de la Constitución estaba restringido al orden estrictamente político. Con ello se construyó un sistema orientado a resaltar conceptual y gráficamente la enorme importancia técnica de determinados preceptos para el ordenamiento jurídico en su conjunto y ponderar la necesidad de que los futuros cambios, en su caso, se efectuaran siempre con la más extraordinaria cautela y la más exquisita técnica jurídica y sólo una vez obtenido el oportuno consenso del mundo jurídico.

7. En general, los Códigos civiles se decantaron por incluir una parte introductoria comprensiva de diversos los principios fundamentales que lo sostienen, sus directrices generales, su estructura³⁴, su esencia y sus soluciones jurídicas³⁵, inclusión comprendida en su propia naturaleza y en su gran estabilidad. Son representación de la coherencia inherente a un conjunto normativo, incorporando en su núcleo el fundamento que justifica su existencia y la unidad que corresponde a un corpus normativo de semejante envergadura. Sin embargo, a lo largo del proceso codificador prolongado durante más de dos siglos, no ha existido unanimidad sobre cómo debía concebirse esta parte introductoria.

En la tradición jurídica francesa y latina, se suelen presentar esas reglas en forma sintética como un título o libro preliminar³⁶, mientras que los modelos inspirados en el Código civil alemán y la legislación civil derivada del mismo adoptan una forma muy desarrollada de parte general (*Einführungsgesetz*), que establece unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de Derecho basado en principios y valores. La primera representa el espíritu jurídico sintético que enuncia en la parte introductoria del Código civil una serie de principios generales, esencialmente de Derecho civil propiamente dicho. Es el caso del Código civil francés y, en general, de los primeros códigos civiles de los países latinos, donde el Título Preliminar se concibió como una breve síntesis del pensamiento jurídico incluyendo algunos conceptos fundamentales del Derecho privado y otros, relativamente escasos, del Derecho civil propiamente dicho³⁷.

La naturaleza de esta clase de disposiciones, así como su valor y función normativa, ha sido objeto de amplio debate doctrinal, sin demasiado éxito, con la excepción de la coincidencia de que estas disposiciones trascienden el ámbito propio del Derecho privado excediendo su extensión a las normas jurídicas no sólo al contenido del Código civil o a la generalidad de a las normas del Derecho privado, sino que están diseñadas, o al menos pretenden estarlo, para ser aplicadas a todos los órdenes del Derecho. En palabras de M. Herrero Rodríguez de Miñón, es “una norma de normas” porque establece las

³³ M. ATIENZA, “Constitución y argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2007, pp. 197–228.

³⁴ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la pix bourgeoise*, París, LGDJ, 1972,

³⁵ Cf. V. LASSERRE-KIESOW, “L'esprit scientifique du code civil”, *Droits*, vol. 41, nº 1, 2005, pp. 53–68, esp. pp. 53–58.

³⁶ V.gr. Código civil francés de 1804 (y sus derivados: italiano, belga, rumano, etc.), Código civil suizo de 1912 y el Código Civil italiano de 1942. Como afirma R. FERRANTE, “*Non va ritenuto arbitrario, in questa sede, il richiamo al fantasma del livre préliminaire. In qualche misura esso condizionò, infatti, la cultura giuridica (di area) francese come una sorta di sottointeso normativo*”. Cf. “Un ruolo per l'interprete...”, *loc. cit.*, nº 5)

³⁷ Por ejemplo, el Código Civil italiano de 1865, siguiendo el método del Código Civil francés adoptó una sección introductoria que contenía doce artículos y se titulaba “De la interpretación y aplicación de las leyes en general”, los siete últimos de los cuales estaban dedicados a las disposiciones de Derecho internacional privado.

condiciones de posibilidad del ordenamiento pues, aunque no regule las relaciones sociales, proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible³⁸.

3. Alternativas reguladoras

8. A grandes rasgos puede hablarse de tres disyuntivas fundamentales a la hora de regular esta materia introductoria. La primera, referida a la conveniencia de incorporarla en el propio Código civil o insertarla en una o varias Leyes especiales. La segunda, concerniente a si la parte introductoria del Código civil debe contener únicamente disposiciones generales de Derecho civil propiamente dicho o añadir a éstos conceptos jurídicos generales válidos para otros sectores del ordenamiento jurídico. Por último, la oportunidad de introducir unas normas de Derecho internacional privado a propósito de la determinación de las normas jurídicas en el espacio, que calificar mos con “solución integral”. Esta diversidad reguladora es una consecuencia directa de la psicología de los diferentes pueblos, que han optado por la codificación y de las diversas tradiciones jurídicas y de las circunstancias históricas que han influido en la vida y el derecho de dichos pueblos³⁹.

La historia de la codificación en el continente europeo una mostrado una evolución dispar en cada una de estas disyuntivas, con una tendencia a reducir la consideración principios teóricos, dando paso disposiciones generales de Derecho positivo útiles para una correcta interpretación de la ley, el mantenimiento del particularismo en orden al cauce legal de la ordenación de esta materia (como parte del texto articulado del Código civil, como parte integrante del mismo con una numeración separada⁴⁰ o como una Ley introductoria independiente) y la exclusión del tratamiento de las cuestiones de DIPr.

Cuando surgió la necesidad de elaborar un Código civil, fue sin duda para responder a una necesidad de organización sistemática del Derecho. No se trataba simplemente de una codificación en forma de recopilación de textos o de construcciones más o menos detalladas, y los seis primeros artículos se justificaban al enunciar los principios generales a partir de los cuales debían organizarse de manera lógica y racional las normas jurídicas, con lo cual, la principal característica de este título preliminar era poner de relieve las intersecciones e interacciones entre las distintas ramas del Derecho. Fueron inevitables nuevos enfoques de estos artículos para devolverles su importancia en los procesos de (re)codificación de múltiples ámbitos del Derecho, consistentes en la reelaboración de la cuestión de los fundamentos del Derecho, el desarrollo de las normas jurídicas, la aplicación de las normas y la aplicación de los textos jurídicos.

9. La impresión que se desprende de esta diversidad reguladora es que ha sido fruto de la psicología de los diferentes pueblos, de sus diferentes tradiciones jurídicas y de las circunstancias históricas que han influido en la vida y el derecho de los países en cuestión. Sin embargo, el pensamiento jurídico de los Estados en cuestión se ha plasmado en dos modelos importantes: el de un título preliminar y el de una parte general.

El primero representa el espíritu jurídico sintético, que enuncia en la parte introductoria del Código civil una serie de principios generales, muy a menudo de Derecho civil *stricto sensu*. Es el caso

³⁸ De acuerdo con este autor, “El título preliminar es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento –fuentes, aplicación, eficacia general–. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible” M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista Española de Administración Pública*, 1974, pp. 359–391, esp. p. 361.

³⁹ *Vid.* Un estudio particularizado estas opciones en O. IONESCU, “Le problème de la partie introductive du code civil”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 19, n° 3, 1967, pp. pp. 579–618, esp. pp. 679–592.

⁴⁰ Ejemplos de esta opción fueron el Código Civil de los Estados Unidos de Brasil, de 1 de enero de 1916, revisado en 1919 y 1949, que tiene una Introducción que comprende veintiún artículos, con numeración propia (A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milán, Giuffrè, 2005) y este procedimiento se utilizó también en el Código Civil italiano de 1938–1942, con su Título Preliminar de veinte artículos y numeración separada, aunque fue una opción polémica a la hora de su inclusión. *Vid.* J. VALÉRY, “Osservazioni sulle disposizioni del Progetto di riforme del Codice civile italiano interessanti il Diritto internazionale privato”, *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. VII, fasc. II, 1932, pp. 169–170.

del Código y del Anteproyecto de Código civil francés y, en general, de los códigos civiles de los países latinos. basado en la elaboración de un Título preliminar, en cambio, se concibió como una breve síntesis del pensamiento jurídico, incluyendo algunos conceptos fundamentales del Derecho privado y otros, pocos, del Derecho civil. Este modelo también es característico de la legislación de los países latinos. Siguiendo el modelo francés muchos Códigos civiles principian su texto normativo con un conjunto de disposiciones generales de carácter previo o preliminar a su contenido propio, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general. Pese a que la naturaleza de esta clase de disposiciones, y a que su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina, existe unanimidad en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado y que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden ser de aplicación a todos los órdenes del Derecho. La categoría de las “normas sobre normas” aparece especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del Tit. Prel. Cc regulando la producción de normas (fuentes del Derecho); la interpretación y aplicación de las normas; y las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes.

Con cierta influencia del Código civil italiano de 1865⁴¹, los trabajos de la primera etapa de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el nacionalismo y el positivismo alemán y, sobre todo, la impronta de la doctrina F.K. von Savigny, el segundo es el enfoque analítico, que da lugar a una sección introductoria muy desarrollada que contiene cientos de artículos y enumera todas las disposiciones generales de Derecho civil. Este es el caso del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) y de los códigos derivados de él, total o parcialmente que, inspirándose en la pandectística alemana se practicó con el respaldo de la construcción de una suerte de parte general a partir de la cual pudieran extraerse los principios comunes a los distintos ámbitos del Derecho civil que luego se transformarían en normas detalladas⁴². La elaboración de este instrumento, prototipo de Código civil con una parte introductoria general es el Código Civil alemán se prolongó durante casi treinta años y los trabajos fueron inmensos culminando en dos proyectos sucesivos (de 27 de diciembre de 1887 y 21 de octubre de 1895), el último de los cuales incluyó una “segunda versión” de enero de 1896. Se promulgó el 18 de agosto de 1896 y se publicó el 24 de agosto de 1896 entró en vigor el 1 de enero de 1900. La Ley de introducción al Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* o EGBGB siguió al propio Código en todas sus modificaciones y con sus 2118 artículos, constituye un imponente añadido a la parte general del Código incluyendo algunos conceptos jurídicos generales; asimismo y regulando en gran medida cuestiones de DIPr, de acuerdo con la concepción alemana (arts. 7 a 31)⁴³. Este modelo codificador sería seguido en otras iniciativas codificadoras europeas⁴⁴.

Tanto en teoría y como en la práctica, es difícil pasar de un sistema a otro. Sólo identificándonos con los datos históricos, sociales y jurídicos que caracterizan a la respectiva legislación civil podremos comprender su concepción y su técnica. Así es como conseguiremos justificar la existencia de dos for-

⁴¹ E. JAYME, “Potere político e codificazione del diritto internazionale privato da Mancini a Bismarck”, *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradiso*, Florencia, Olschki, 1982, pp. 1171–1181; *id.*, *Pasquale Stanislao Mancini: II diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Pádua, Cedam, 1988, pp. 27–28.

⁴² En la ciencia jurídica continental moderna procedente de la *Pandektenlehre* alemana, la doctrina basada en el Digesto de Justiniano fue desarrollada a partir de las enseñanzas de Friedrich Karl von Savigny ocupando un lugar central por su importancia como jurista y como historiador. *Vid.* M. ASCHERI, “A turning point in the Civil law tradition: from Ius Commune to Code Napoléon”, *Tulane L. Rev.*, vol. 70, n.º 4, 1996, pp. 1041–1051.

⁴³ *Vid.* D. ANZILOTTI, “Una pagina di storia della codificazione civile in Germania”, *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. III, Pádua, Cedam, 1966, pp. 99–188; W. SIMONS, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Allemagne”, *Rec. des Cours*, vol. 15, 1926, pp. 485–497.

⁴⁴ El modelo alemán fue seguido en otras iniciativas codificadoras entre las que cabe referirse a los siguientes Códigos: Código Civil griego de 1946 (G.S. MARIDAKIS, “Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 85, 1954, pp. 107–237), Código Civil húngaro de 1960 (T. LÉH, “La codification du droit coutumier hongrois”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 12 n.º 3, 1960, pp. 559–573); Código Civil checoslovaco de 1964 (P. KALENSKY, “A propos de la nouvelle codification tchécoslovaque du droit international privé”, *REDI*, vol. XVII, n.º 2, 1964, pp. 225–240; F. FLORIO, *La codificazione del diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovacchia*, Milán, Giuffrè, 1967; R. BYSTRICKY, *Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé*, Leiden, Nijhoff, 1968) y Código Civil polaco de 1964 (G. GARCÍA CANTERO, “Notas bibliográficas sobre el Derecho civil polaco”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, pp. 837–848).

mas diferentes de concebir la parte introductoria de un código civil. El Derecho comparado y la necesidad de unidad en el pensamiento humano nos llevan, no obstante, a buscar en los dos ordenamientos ideas comunes sobre las instituciones del Derecho privado. Esto puede ser útil para interpretar nuestra propia legislación y para hacer progresar la ciencia del derecho en su conjunto.

En ambos casos, en la construcción de una “Ley de Introducción” o de un “Título Preliminar” intervienen métodos, tradiciones jurídicas y, sobre todo, formas de pensar diferentes lo que obliga a examinar su contenido e intentar justificar los elementos constitutivos de cada uno de ellos.

10. Una última cuestión, de carácter más bien técnico, es si el título preliminar debe incorporarse al propio Código civil o si debe constituir una división aparte, con una numeración disímil de los artículos. Ciertamente, el Código civil italiano de 1865, siguiendo el método del Código civil francés⁴⁵, había adoptado un título preliminar que incluía doce artículos y se titulaba “De la interpretación y aplicación de las leyes en general”, dedicados los siete últimos a las disposiciones de DIPr pero, pese a este formato, incluía una numeración separada del Código propiamente dicho y esta misma técnica se utilizó en la versión del Código de 1938–1942, con su Título Preliminar de veinte artículos y numeración autónoma⁴⁶. Dicha técnica también fue utilizada en la redacción del código Civil de los Estados Unidos de Brasil, de 1 de enero de 1916, revisado en 1919 y 1949, que contó con una Introducción que comprendía veintiún artículos, con numeración propia; después una Parte General, compuesta por tres libros⁴⁷; y una Parte Especial compuesta por cuatro libros. También se utilizó en el anteproyecto rumano de 1933, pero posteriormente se abandonó.

Para muchos sistemas como el español, que pudo (aunque no lo hizo) recoger múltiples experiencias comparadas como consecuencia de su redacción tardía, el sistema del Título preliminar pareció preferible desde el principio por adaptarse mejor a la tarea de interpretación del Derecho civil y a las exigencias del razonamiento jurídico. Por razones de unidad del Derecho privado dicho Título contenía, en primer lugar, disposiciones sobre la ley y sobre determinados aspectos de la misma: promulgación, aplicación, interpretación, irretroactividad; sobre los derechos subjetivos y su ejercicio; sobre los sujetos de la ley; y, por último, la inclusión de determinados principios de aplicación general, como la regla de la apariencia jurídica, etc. Al admitirse fuentes distintas de la ley, como la costumbre, su referencia estaba justificada en la parte introductoria del Código civil.

4. De la aplicación espacial de las leyes al Derecho internacional privado

11. Vaya por delante que el movimiento codificador alteró por completo la teoría de las fuentes del DIPr a la vez que, desde la perspectiva doctrinal, contribuyó a particularizar y a nacionalizar este ordenamiento. La historia de la codificación arrancó y se desarrolló en el continente europeo proyectándose con posterioridad a otras áreas geográficas ajenas al *common law*. En una primera etapa, caracterizada por la utilización principal de los Códigos civiles como sede de las normas de DIPr, pueden señalarse tres períodos claramente diferenciados, en los cuales aún no se aprecia una auténtica autonomía “sustancial” del DIP⁴⁸. El primero estaba aun fuertemente influenciado por las doctrinas estatutarias y se sitúa a caballo entre los siglos XVIII y XIX, si bien tendrá proyecciones más tardías, señaladamente en la redacción del Tit. Prel. Cc de 1889. El segundo reflejó la recepción del pensamiento de los autores “clásicos” del DIPr en Europa y se exteriorizó en un vasto movimiento generado a lo largo del siglo XIX. Por último, un tercer período coincidió con los dos primeros tercios del siglo XX, y se manifiesta en un mayor grado de perfección técnica y de adaptación a las necesidades sociales. Esta elección del lugar donde colocar las normas de DIPr, el Código civil como texto principal, vinculará el movimiento codificador al sector

⁴⁵ A. GUIDO, “Le Code civil et l’Italie”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 57, n° 3, 2005. pp. 571–625.

⁴⁶ A. GIARDINA y R. Quadri, *Aplicazione della legge in generale (art. 16–21)*, Bolonia, N. Zanichelli, 1978.

⁴⁷ J.P. SCHMIDT, “El origen de la ‘Parte general’ del Derecho privado brasileño”, *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 80, 2018, pp. 33–48.

⁴⁸ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El sistema español de Derecho internacional privado”, en el colectivo editado por la UNED, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 31–58.

propriadamente del Derecho aplicable, marginando de este bloque normativo la reglamentación de las cuestiones de Derecho judicial internacional⁴⁹, que tendría durante un largo período un tratamiento vinculado a los Códigos procesales. Es una etapa, a partir de la cual la ordenación de las normas de DIPr adquirirá un carácter fragmentario que muchos sistemas estatales, como el español, no han podido superar.

Como apuntase J.D. González Campos⁵⁰, la inclusión DIPr en los Códigos civiles condicionó profundamente su regulación y contenido, generando limitaciones significativas en su desarrollo teórico y práctico. Dado que estos cuerpos normativos estaban diseñados para regular esencialmente relaciones civiles, el enfoque dominante de la época, influido por el paradigma de F.K. de Savigny⁵¹, relegó tanto las relaciones mercantiles como las de Derecho público, lo que llevó a una visión limitada de la materia. Durante largo tiempo, la doctrina de DIPr se centró exclusivamente en el conflicto de leyes, dejando de lado la dimensión judicial de la disciplina y la importante relación *forum/ius*⁵². Y este enfoque restringido ocasionó un notable retraso en el desarrollo de esta dimensión procesal, que fue prácticamente ignorada en los Códigos iniciales. Por esa razón, el DIPr no alcanzó una verdadera codificación en el sentido de una sistematización completa de la materia.

Por lo general, los Códigos civiles introdujeron únicamente un número muy limitado de normas, presentadas en categorías amplias que dejaban numerosos vacíos y no reflejaban la complejidad real del tráfico jurídico internacional. Esta falta de exhaustividad y precisión normativa restringió la capacidad de los ordenamientos para ofrecer soluciones adecuadas a los problemas privados internacionales, consolidando una visión parcial y fragmentada del DIPr dentro de los Códigos civiles condicionado condicionó no solo el desarrollo normativo del DIPr, sino también su tratamiento doctrinal, al subordinarlo a un marco concebido principalmente para relaciones civiles internas, marginando aspectos fundamentales de su naturaleza transnacional

12. Las primeras codificaciones de Derecho civil contenían algunas normas de conflicto. Este fue el caso del Código prusiano de 1792 y del Código Napoleón de 1804, en los que un pequeño número de disposiciones de DIPr estaban dispersas entre los artículos de Derecho material. Con posterioridad el Código civil italiano de 1865 adoptaría un enfoque más perfeccionado mediante disposiciones preliminares (*disposizioni preliminari*) sobre conflictos de leyes, redactadas según el principio de nacionalidad bajo la influencia de Mancini y una pauta similar se siguió en el BGB alemán, cuya ley introductoria (*Einführungsgesetz*) contenía normas básicas de DIPr⁵³.

Al iniciarse el proceso de la codificación civil moderna, el legislador del Código Civil francés de 1804 hizo preceder, no sin dificultad⁵⁴, su articulado por un Título Preliminar que dio cabida a normas generales relativas a la aplicación territorial de la legislación francesa, al efecto irretroactivo de la ley, a la solución ante los vacíos o defectos de la ley y a la prevalencia de las normas de orden público, entre otras. El referido resultado vino, sin embargo, precedido de un gran debate pues los trabajos sobre la parte preliminar, titulada *Livre préliminaire*, del proyecto de Código Civil del año VIII, y examinar las diferencias que caracterizan las tres versiones sucesivas del proyecto. El primer proyecto, presentado por Portalis, contenía 41 y luego 39 artículos y estaba influido por *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de Domat⁵⁵, pero fue impugnado, tanto por los tribunales de apelación como en el curso de los trabajos en el *Conseil d'Etat*. El "Discurso Preliminar" podría considerarse el preámbulo del proyecto de Código civil elaborado por la comisión gubernamental entre agosto de 1800 y enero de 1801⁵⁶. Dicho Discurso

⁴⁹ Salvo el caso de los arts. 14 y 15 Cc francés.

⁵⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. algunas propuestas para un debate", *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 351-269, esp. p.352.

⁵¹ *Id.*, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5237 ss.

⁵² *Id.*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé", *Rec. des Cours*, vol. 156 1977, pp. 227 ss, esp. pp. 248 ss.

⁵³ F. RIGAUX, "Codification of private international law: pros and cons" *Louisiana L Rev.*, vol. 60, n° 4, 2000, pp. 1321-1330.

⁵⁴ J.-F. NIORT, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, capítulo I, n° 53, capítulo III, n° 19.

⁵⁵ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel : le droit public et legum delectus*, Paris, chez Nyon aîné ..., 1777.

⁵⁶ J.C. MARTÍNEZ SALCEDO, "Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol.15, n° 29, 2015 pp.17-30.

del Código civil, aunque formalmente firmado por los cuatro miembros de la comisión redactora, es esencialmente obra de Jean-Étienne-Marie Portalis, cuya visión moderada impregnó la redacción del Código. Portalis sostenía que los legisladores deben actuar con modestia, reconociendo que un código no puede ni debe pretender abarcarlo todo. Este enfoque refleja su creencia en la importancia de la interpretación judicial y doctrinal, un principio que cristaliza en su célebre afirmación: “Los códigos que rigen a los pueblos se crean con el tiempo; pero, en realidad, no los creamos nosotros”⁵⁷.

13. El Discurso no solo introduce el Código, sino que también lo legitima, proyectándolo como un símbolo de reconciliación y continuidad jurídica⁵⁸. Antes de que el proyecto fuera enviado al *Corps législatif*, casi todas las normas generales y máximas del proyecto fueron eliminadas del texto de la ley por innecesarias y peligrosas. Transformado “, el proyecto de “Libro preliminar”, el “Título preliminar” resultante así depurado sólo contenía ocho artículos, pero también fue rechazado por el legislador. Finalmente, el proyecto, redactado por Portalis, reducido a seis artículos fue votado y aceptado por el Cuerpo legislativo el 14 de Ventoso del año IX. Dichos preceptos tenían como objeto la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, sin que en el texto, a diferencia de lo que sucedió en otros códigos civiles, como es el caso del español de 1888–1889, se previese una enumeración de las fuentes del Derecho⁵⁹.

Los seis primeros artículos del Código Civil francés, vigentes casi sin cambios desde 1804, representan los fundamentos del ordenamiento jurídico francés y un testimonio de la estabilidad normativa. A pesar de los debates sobre la conveniencia de su actualización, su permanencia resalta la coherencia y continuidad del sistema jurídico. En la concepción del Código, el objetivo no fue simplemente compilar normas existentes, sino sistematizar el Derecho bajo un marco lógico y racional, por eso estos primeros artículos desempeñan un papel esencial al establecer principios generales que organizan las normas internas del Códigoproyectando una conexión intrínseca entre las diversas ramas del Derecho. Operaron, de esta suerte, como un punto de partida metodológico y conceptual para asegurar la unidad y operatividad del ordenamiento, reforzando la claridad y previsibilidad que caracterizan al sistema jurídico francés. Y se reflejan en la estructura fundamental que proporcionan abordando los fundamentos del Derecho, el desarrollo y la aplicación de normas, y sus efectos. Enmarcados bajo el título preliminar, “De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general,” estos preceptos aseveraron la estabilidad del sistema jurídico francés y abarcan aspectos como la promulgación, publicación, efectos, interpretación y el principio de irretroactividad de la ley.

Sin duda el eje central de este instrumento está constituido por el art. 3º, a cuyo tenor, “Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio. Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, incluso cuando residan en país extranjero”⁶⁰. Las características de este precepto pueden reducirse a tres. En primer lugar, las evidentes lagunas que ofrece, toda vez que guarda silencio acerca de la regulación de los bienes inmuebles, forma de los actos, contratos y sucesiones; estas lagunas encuentran su justificación en el escaso apoyo doctrinal que tenían los redactores

⁵⁷ J.-E.-M. PORTALIS, *Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil (Pequeños Grandes Ensayos)*, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial (17 enero 2020). El Discurso no solo tiene un valor incalculable como documento histórico-jurídico, sino que también es una obra maestra de propaganda jurídica. En él, Portalis presenta al Código Civil como una síntesis magistral entre las ideas innovadoras surgidas de la Revolución y el legado jurídico del Antiguo Régimen. Este equilibrio, cuidadosamente articulado, exalta el logro del Consulado al pacificar una sociedad desgarrada por los tumultos revolucionarios. *Vid.* C. DELPLANQUE, “Jean-Étienne-Marie Portalis, un philosophe des droits de l’homme?”, *Code civil et les droits de l’homme*, París, Harmattan, 2005, pp. 117–127

⁵⁸ Sobre el esencial papel desempeñado por el Consejo de Estado francés en el proceso codificador *vid.* P.-Y. GAUTIER, “Pour le rétablissement du Livre préliminaire du Code civil”, *Droits*, n° 41, 2005, pp. 37–52; W. WOŁODKIEWICZ, “‘Livre préliminaire’, ‘Titre préliminaire’ ...”, *loc. cit.*, pp. 441–456; S. SAFATIAN, “La rédaction du Code civil”, *Napoleonica. La Revue*, n° 16, marzo 2013, pp. 49–63, esp. pp. 53–55.

⁵⁹ *Vid.* la obra dirigida por G. FAURÉ y G. KOUBI, *Le Titre Préliminaire du Code Civil*, París, Economica, 2003

⁶⁰ *Vid.* H. BATIOFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, 8ª ed., t. I, París, L GLJ, 1993, pp. 456 ss; acerca de la incidencia de la teoría estatutaria en el precepto G. VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, (París, F. Pichon, 1897), reimpresión, París, Cujas, 1972, pp. 186 ss; A. LAINÉ, “La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé”, *Revue de droit international privé*, 1905, pp. 21 ss; *id.*, “Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts”, *Journ. dr. int.*, 1885, pp. 129 ss y 249 ss; 1896, pp. 146 ss; 1887, pp. 21 ss. s

del Código al margen, bien entendido, de la referida doctrina estatutaria; puede afirmarse, a partir de aquí, que el precepto francés es producto de una época de transición y que su redacción es, a la vez, confusa y ecléctica y de difícil vinculación con precedentes concretos. En segundo lugar, la técnica de reglamentación que introduce, basada en la determinación de la esfera espacial de vigencia del propio ordenamiento, esto es, se utiliza una técnica marcadamente unilateralista. Finalmente, el referido art. 3 se caracterizó por adoptar la “nacionalidad” de la persona como conexión para determinar la ley aplicable a las materias incluidas dentro del denominado “estatuto personal”, sustituyéndose la conexión que tradicionalmente dominaba esta materia, que era la domiciliar; esta novedad es importante, pues se verá reflejada a lo largo del proceso codificador del siglo XIX. En concreto, el art. 3º Cc influyó parcialmente en el Cc español de 1889⁶¹

14. Junto a ello, hay otras cuestiones, de gran importancia y muy discutidas, relativas al contenido del título preliminar. Se trata de cuestiones generales de la mayor importancia y objeto de discusión: los actos jurídicos y las disposiciones de DIPr.

Las razones que justificaron esta inclusión se basaron en que, después de haberse contemplado el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo (principio de irretroactividad), se consideraba lógico hablar de su aplicación en el espacio (principios de Derecho internacional privado). Por eso buena parte de los códigos civiles procedieron este modo. Sin embargo, pueden plantearse objeciones científicas y técnicas entre otras, “que no fuera objeto de una verdadera codificación, entendida como sistematización completa de una materia, pues de ordinario los Códigos civiles sólo incluyeron un número muy reducido de normas, con categorías muy amplias en cuanto a la materia regulada”⁶². Pese a la cercanía, al menos a efectos regulatorios, de las normas sustantivas nacionales y de las normas de DIPr, este último bloque normativo quedó en gran medida al margen del gran proceso de codificación del siglo XIX. Un proceso elaborado sobre un cierto número de paradigmas que todavía subyacen en la actualidad como respuesta a la inseguridad jurídica derivada de la crisis de las fuentes del Derecho⁶³. Hubo que esperar al desarrollo de la industria y el transporte para que aumentaran las relaciones transfronterizas y, por consiguiente, para que aconteciese la necesidad de formular y sistematizar las normas de DIPr. Paradójicamente, en unos momentos de crisis de la codificación del Derecho privado, se asiste hoy a una revitalización de la

Esta opción, basada en la determinación del ámbito espacial de aplicación de las normas tuvo la virtud de centrarse preferentemente en la regulación de los “conflictos de leyes”, considerándose que ocuparse de otras cuestiones desbordaría el propio espíritu del Título Preliminar, lo que dificultaría el manejo del código en la práctica diaria⁶⁴. El resultado de los debates anteriores acerca del lugar de las disposiciones de Derecho internacional privado en el cuerpo del propio Código civil sigue siendo bastante dudoso y lleno de vacilaciones. Los progresos que se realicen en este ámbito podrían inclinar la balanza en favor de un estatuto separado, a la espera de un código de DIPr lo más universal posible.

II. La reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974

1. Antecedentes

15. Coincidió la puesta en marcha de la redacción del Código civil español con la vigencia de la Constitución de 1812, cuyo art. 258 estipulaba que “El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”, con independencia de que diversos avatares políticos condicionaran esta

⁶¹ Y ejerció una impronta importante, ejerciendo una impronta directa en América: Códigos de Luisiana de 1809 y 1824, de Haití, de 1825, de Bolivia de 1831, de Costa Rica de 1841, de la República Dominicana de 1845 y 1884 y del Perú de 1851.

⁶² J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. LII, nº 2, 2000, pp. 351–370, esp. p. 352.

⁶³ Y. CARTUYVELS, “L’idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 31, nº 2, 1993, pp. 85–107.

⁶⁴ *Vid.* R. MONACO, “Uno sguardo sulla codificazione del diritto internazionale privato italiano”, *Libro-homenaje a Haroldo Valladão. Temas de derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. P. 245–273.

opción codificadora y sólo vio la luz un Código penal en 1822⁶⁵. El Proyecto Código civil de 1821 fue presentado como la sede donde habían de recogerse el conjunto de las normas jurídicas invocables ante los tribunales y aplicables por éstos excediendo desde un principio el propio contenido del Derecho privado⁶⁶, a partir de la recepción de la *Codification Proposal* de Jeremy Bentham⁶⁷. Su título Preliminar (“De las Leyes”), aunque inspirado en el *Code*, era de una extensión desmesurada abarcando los arts. 1 a 33 distribuidos en cuatro Capítulos: I) “De la naturaleza de la ley”; II) “De la formación de las leyes; III) “De la expedición, circulación y promulgación de las leyes” y IV) “De la observancia de las leyes”⁶⁸.

Reconocida históricamente la codificación como forma más adecuada de organizar la coordinación de las leyes del ordenamiento jurídico y orilladas las especulaciones codificadoras gestadas durante el “Trienio liberal”, la Comisión General de Codificación, fue constituida en el año 1834 por el Rey Fernando VII para redactar un Código mercantil y tras diversos acontecimientos fue restablecida tras la guerra civil con dos secciones: la primera, de Derecho privado, que comprendía el Derecho civil, el mercantil y sus procedimientos; la segunda, de Derecho público, para las materias de Derecho penal, social, político y administrativo y sus procedimientos propios, con su presidente de sección respectivo y siete vocales cada sección⁶⁹. Tras este apoyo institucional, desde el proyecto de 1836, a lo largo de las distintas etapas de redacción del Código civil español (proyectos de 1851, de 1869 y de 1882–1888) existió unanimidad en sus redactores de la conveniencia de incluirse un Título preliminar que prestara atención a las reglas relativas a las leyes, su promulgación, efecto y observancia siguiendo el ejemplo del Código civil francés, aunque el resultado tuviese un carácter más explícito y exhaustivo por el diferente contexto en que fue redactado, así un siglo después y la existencia de mayores referentes derivados de los muchos Códigos aparecidos en este largo periodo. Esta inclinación quedaría plasmada en los proyectos de Ley Bases de 12 de enero de 1885 y 11 de marzo de 1888 y en el Anteproyecto de 30 de abril de 1888⁷⁰, que precedieron a la primera versión del Código civil de 1889.

El movimiento unificado, proveniente de Francia, evolucionó a mediados del siglo XIX, con la influencia de autores como Savigny y la Escuela Histórica⁷¹, que irrumpieron con fuerza en Alemania, defendiendo la creación del Derecho no como fuente de la razón –la idea francesa– sino como espíritu del pueblo, una idea contraria a la codificación, el movimiento unificador del Derecho⁷². Así, cuando se empezó a vislumbrar la posibilidad de promulgar un único Código Civil en España, el de 1851 (el Código Civil francés de 1804 es el ejemplo en el que se mira), dicho proyecto fracasa por la denominada cuestión foral⁷³, hasta que en 1889 el Código Civil, el actual –con su Ley de Bases de 1888– parte de la

⁶⁵ C. PETIT, “Los códigos del trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 21, 2020, pp. 106–137, esp. p. 106.

⁶⁶ C. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2019, pp. 267–378.

⁶⁷ *Vid. Codification Proposal, addressed by Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions*, Londres, McCreery Tookcourt, 1822, reproducido en P. SCHOLFIELD y J. HARRIS, *Legislator of the World”: Writings on Codification, Law, and Education*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1998. Resulta de gran interés para la comprensión de esta etapa pre-codificadora los estudios de J. VANDERLINDEN, “Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham”, *Revue d’Histoire du Droit*, 1964, pp. 45–78; T. DI FILIPPO, “Jeremy Bentham’s Codification Proposals and Some Remarks on Their Place in History”, *Buffalo L. Rev.*, vol. 22, nº 1, 1972, pp. 239–551; J. HARRIS, “Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español”, *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8, 1999, pp. 9–29.

⁶⁸ M. PESET REIG, “Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, 1975, pp. 29–100, esp. 42–49; A. Mora Cañada, “En los comienzos de la codificación civil española”, *Forum Historiae Iuris*, 2005, nº 32.

⁶⁹ *Vid. E. INIESTA PASTOR*, “La Comisión General de Codificación (1843–1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXIII, 2013, pp. 65–103.

⁷⁰ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, “El Anteproyecto de Código civil en 30 de abril de 1888”, *Anuario de Derecho Civil*, 1960, nº 4, pp. 1171–1194.

⁷¹ R. ZIMMERMANN, “L’héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d’une science juridique européenne”, *Rev. int. dr. écon.*, t. XXVII, 2023, pp. 95–127.

⁷² *Vid. J. BARÓ PAZOS*, *La codificación del Derecho civil en España: 1808–1889*, Santander, Univ. de Cantabria, Serv. de Publicaciones, 1992, pp. 267 ss; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, “L’influence de l’École historique dans la codification du droit espagnol au XIXe siècle”, *Revue historique de droit français et étranger*, nº 3, 2015, pp. 356–374.

⁷³ M. REPÁRAZ PADRÓS, “La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, nº 3, pp. 1015–1220;

persistencia de esos Derechos forales –“por ahora”, se dice en la primera redacción del Código civil, no así en la actual– y de su mantenimiento mediante el sistema de apéndices, un sistema que fracasó en su tiempo y que posteriormente dio paso, durante la segunda mitad del siglo XX, al de las compilaciones⁷⁴.

2. Puesta en marcha del proceso

16. Antes de pasar al estudio de esta materia debe tenerse muy presente una consideración previa: que la totalidad del proceso de reforma del Tit. Prel. Cc se desarrolló en el peculiar marco legislativo del régimen franquista, carente de libertades democráticas, pese a un simulacro de Estado de Derecho⁷⁵, por lo que todas las consideraciones que se realicen a continuación deben situarse en este especial contexto⁷⁶.

El 9 de octubre de 1940, en una reunión de la Sección Primera a la que asistieron los miembros Felipe Clemente de Diego, Ignacio de Casso y Romero y Eduardo Callejo de la Cuesta, se examinó un informe de este último que preveía la reforma del Título Preliminar. Se iniciaron entonces los trabajos prelegislativos encaminados a tal fin, pero los avances fueron lentos, ya que el legislador acometió otras reformas civiles consideradas más urgentes, en particular la que dio lugar a la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron numerosos artículos del Código civil relativos a la capacidad de la mujer, la herencia y la adopción⁷⁷.

Con el objeto de coordinar y solucionar problemas de competencia con otros Institutos investigadores, como el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la Comisión General de Codificación y el Instituto de Estudios Políticos, el nuevo Ministro de Justicia, Antonio Iturmendi Bañales, reorganizó de nuevo la Comisión por Decreto de 23 octubre de 1953. modificado por el de 16 de junio de 1954 que quedó constituida con tres secciones, la primera dividida en tres subsecciones, de Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho internacional privado, respectivamente; la segunda, de Derecho público, con otras tres subsecciones, correspondientes al Derecho penal, Derecho administrativo y Derecho social; y la tercera, de Organización de Tribunales y Derecho procesal, con dos subsecciones relativas a las dos mencionadas disciplinas.

17. Casi diez años después se reanudó con mayor continuidad la actividad redactora del Título Preliminar. Gracias a estos trabajos, la Comisión General de Codificación, reunida en sesión plenaria el 12 de julio de 1962, pudo examinar un primer proyecto de reforma elaborado por la Sección de Derecho de Derecho privado. Entre 1962 y 1965, diversos ministerios españoles y organismos jurídicos cualificados emitieron sus dictámenes sobre la reforma propuesta y con el nuevo material aportado por todos estos informes, la Sección reelaboró el texto de 1962 y redactó un segundo Anteproyecto de Ley de modificación del Tit. Prel. Cc, que fue aprobado por la Comisión Permanente de la Comisión el 27 de abril de 1966. A continuación, el Gobierno sometió este nuevo texto, convertido en Proyecto de Ley, a las por entonces Cortes Españolas⁷⁸.

El sistema elegido para llevar a cabo la reforma del Título Preliminar consistió en dos fases: la primera fue la aprobación por las entonces Cortes españolas de una Ley de Bases de la reforma; la segunda fue la redacción por el Gobierno (en realidad, por la Comisión General de Codificación y, por

⁷⁴ E. ROCA TRÍAS, “La codificación y el Derecho foral”, *Revista de Derecho Privado*, 1978, 596–642; *id.*, “La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t.XXX, 2012, pp. 175–200, esp. p. 176.

⁷⁵ *Vgr.* F. HERRERO TEJEDOR, “El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales españolas”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 152, 1967, pp. 175–206.

⁷⁶ *Vid.* sobre este sistema, F. CARVAJAL RODRIGO, “La potestad normativa de las Leyes Fundamentales de España”, *Revista de estudios políticos*, n° 169–170, 1970, pp. 63–78. Entre las críticas al mismo *vid.* N. SESMA LANDRIN, “Franquismo ¿Estado de Derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la Dictadura durante los años 60”, *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 5, 2006, pp. 45–58; M.A. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, “Las leyes fundamentales y la construcción del constitucionalismo cosmético franquista”, *Glossae: European Journal of Legal History*, n° 12, 2015, pp. 381–408.

⁷⁷ M. BATLLE VÁZQUEZ, “Observaciones sobre la reforma del Código civil (la Ley de 24 de abril de 1958)”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n° 205, 4, 1958, pp. 426–453.

⁷⁸ J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1.137 ss

supuesto, sobre las bases dictadas por la Cámara) de los nuevos artículos del Título Preliminar. El sistema fue similar al utilizado en 1888–89 para promulgar el Código civil, que fue precedido de una Ley de Bases, la de 11 de mayo de 1888; esta vez, sin embargo, el procedimiento legislativo tropezó con cierta resistencia por parte de algunos procuradores que hubieran preferido que la Cámara discutiera no las bases sino los artículos propiamente dichos del Código. En síntesis, puede decirse que a partir de este texto el Gobierno envió a las Cortes un “Proyecto de Ley de Bases” el 20 de octubre de 1966, nombrándose una Ponencia para informarlo⁷⁹. En 29 de noviembre de 1966, la Ponencia comunicó a la Presidencia de las Cortes su criterio favorable a aceptar estas enmiendas y, por lo tanto, a devolver el proyecto al Gobierno. De ahí que este proyecto de Ley de Bases se mantuviera en hibernación en la Cámara durante más de siete años.

18. Por fin, el 8 de junio de 1972 la Presidencia del Gobierno dio cuenta a la de las Cortes Españolas de que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de mayo anterior, había acordado que el indicado proyecto de ley siguiera en aquélla legislatura la tramitación correspondiente. Superada esta situación, el Presidente de las Cortes, visto el informe emitido por la Ponencia designada para su estudio⁸⁰, consideró que el anterior acuerdo equivalía a la nueva remisión a las Cortes del proyecto y ordenó la publicación en el BOCE del Dictamen de la Comisión de Justicia⁸¹, abriéndose plazo para la presentación de enmiendas. Tras esta operación, se designó una nueva Ponencia compuesta por Batlle Vázquez, Cienfuegos Linares, Escrivá de Romani y de Olano, Fernández Nieto, García Carrero, Ruiz Gallardón y Rivas Guadilla y se presentaron treinta y ocho escritos de enmiendas, de los cuales diez eranténian el carácter de enmiendas a la totalidad, siendo los primeros firmantes de estas últimas Pérez Olea, Sanz–Orrio y Sanz, Cabanillas Gallas, Esperabé de Arteaga, Madrid del Cacho, Martínez Fuertes, Bau Carpi, Beltrán de Heredia Onís, Díaz–Llanos y Lecuona y García Valdecasas⁸².

La Ponencia estudió tanto el proyecto enviado por el Gobierno como las enmiendas, presentadas y, después de numerosas reuniones de trabajo donde, además de los referidos enmendantes, intervinieron por la Comisión Hernández Navarro, Padrón Quevedo, Hernández Gil, Escudero, Liaño Flores, Hernández Claumarchirant, Botija Cabo, Cremades Royo, Rosón, Vahente Soriano, Angulo Montes⁸³, Viola, López Medel, Baringo, Martínez Esteruelas y Utrera Ravassa, aplazándose el debate al 15 de noviembre de 1972, cuando el Ministro de Justicia, Antonio María de Oriol y Urquijo, presentó el proyecto a la Comisión de Justicia de las Cortes.

En cualquier caso, tras el debate, el voto mayoritario eliminó los obstáculos generales al sistema de bases y la Comisión pudo iniciar la discusión de las bases concretas, que dio lugar a numerosas enmiendas al texto del Proyecto. El diputado M. Rivas Guadilla, representante de los Colegios de Abogados en las Cortes, resumió en la misma sesión los trabajos de la Comisión de Justicia. Nada más iniciarse los debates, el cauce legislativo utilizado fue objeto de algunas críticas en el sentido de reivindicar el papel legislativo de las Cortes Españolas frente a las delegaciones legislativas al Gobierno y en llamar la atención de la ausencia de precedentes en anteriores reformas del Código civil⁸⁴. Una vez aprobado el nuevo texto por la Comisión, el Ministro de Justicia Antonio María Oriol y Urquijo lo defendió en el

⁷⁹ La Ponencia estaba integrada integrada por Manuel Batlle Vázquez, Pío Cabanillas Gallas, José Castán Tobeñas, Raimundo Fernández–Cuesta, José Poveda Murcia y Carlos Trias Bertrand. Al proyecto se presentaron siete enmiendas, de las cuales las de los señores Trias Bertrand, Huerta Ferrer, Villegas Girón y Rivas Guadilla fueron a la totalidad.

⁸⁰ Integrada por Manuel Batlle Vázquez, Julio Cienfuegos Linares, Francisco Escrivá de Romani y de Olano, Marcelo Fernández Nieto, Melitino García Carrero, Manuel Rivas Ouadilla y Rafael Ruiz Gallardón.

⁸¹ BOCE 22 febrero 1973, nº 1.256, pp. 30645–30647.

⁸² BOCE 22 febrero 1973, nº 1257, pp. 30544 ss.

⁸³ Apuntó a este respecto Rivas Guadilla que tanto las enmiendas de totalidad como una enmienda muy razonada y brillante del señor Angulo Montes al articulado fueron objeto de muy amplia y detenida de deliberación por parte de la Ponencia, que no encontró medio legal alguno para establecer un sistema de vuelta del texto articulado, con el fin de que se examinara la adecuación del mismo en las bases BOCE, 14 marzo 1973, nº 8, p. 33. El punto 4 de la Base Cuarta fue redactado por la Ponencia en la forma consignada durante el debate que tuvo lugar en la Comisión, aceptando, fundamentalmente, la tesis en ella sostenida por el señor Angulo Montes: “La tutela y las demás instituciones de –protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Las medidas provisionales de protección se regirán por la ley de su domicilio y las formalidades de constitución en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.” (*ibid.*, p. 37).

⁸⁴ Intervención de J. Esperabé de Arteaga González (BOCE, 14 marzo 1973, nº 8, pp. 13–14).

Pleno de las Cortes del 14 de marzo de 1973, destacando la importancia de la reforma, que había sido minuciosamente elaborada, y exponiendo los detalles de la misma⁸⁵, siendo aprobado por amplia mayoría en la Cámara⁸⁶; a continuación, fue promulgado por el Jefe del Estado convirtiéndose en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Tit. Prel. Cc, esencial para la modificación del Tit. Prel. Cc, que incluyó como rúbrica “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”.

Partiendo de que la reforma propuesta difería, según su preámbulo, “de las anteriores porque, referida al Título Preliminar, versa sobre un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general”, esta Ley autorizó al Gobierno a modificar el Título Preliminar en el plazo de un año, a propuesta del Ministerio de Justicia, ajustando los principios establecidos en la ley y desarrollándolos a lo largo de los 16 artículos. El Gobierno encargó entonces la labor de redacción del texto articulado a la Comisión General de Codificación, que finalizó la tarea antes de que expirara el plazo, donde desempeñó un papel destacado, como se verá más adelante, el vocal Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, con una nueva redacción del texto articulado. El flamante Ministro de Justicia, Ruiz-Jarabo, que acababa de suceder a Oriol y Urquijo se embarcó inmediatamente en la tarea de llevar a buen término la reforma, enviando el texto al Consejo de Estado y el alto órgano consultivo español, reunido en sesión plenaria el 4 de abril de 1974, lo aprobó en el muy detallado Dictamen nº 38.900, redactado prácticamente en su totalidad por el letrado Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, cuya presentación destacaba el buen trabajo realizado por la Comisión General de Codificación, si bien formulaba una serie de preguntas al tiempo que acompañaba algunas sugerencias⁸⁷.

19. Prescindiendo de una valoración de la corrección de la tesis del valor materialmente constitucional de las normas del Tit. Prel. Cc y de las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, baste retener que el Código Civil, cuyos arts. 1 a 16 constituyen el llamado “Título Preliminar”, “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, regulando nada menos que las fuentes del Derecho, las reglas de aplicación de las normas jurídicas, las reglas de eficacia general de las normas, las normas de DIPr, el ámbito de coexistencia con normativa foral o especial y la vecindad civil. Esta sistematización: a) puso fin a la incoherencia metodológica de la “solución integral” inherente al Código civil francés de 1804 y al Título Preliminar Cc español de 1889. ya que, al incorporarse a un capítulo autónomo, las disposiciones de DIPr ya no aparecen junto a las relativas a los efectos de las leyes o a la aplicación del Derecho sino a un dedicado exclusivamente a la regulación de las relaciones privadas internacionales, favoreciendo la codificación de este particular sector⁸⁸; b) permitió que las disposiciones incluidas en el capítulo autónomo fuesen precisas y detalladas, aunque sin seguir el ejemplo seguido en otros Códigos civiles, como el portugués de 1966 en función de las situaciones jurídicas objeto de regulación.

Para muchos sistemas como el español, que pudo recoger múltiples experiencias comparadas como consecuencia de su redacción tardía, el sistema del Título preliminar pareció preferible desde el principio por adaptarse mejor a la tarea de interpretación del Derecho civil y a las exigencias del razonamiento jurídico. Por razones de unidad del Derecho privado incluyó, en primer lugar, disposiciones sobre la ley y sobre determinados aspectos de ésta: promulgación, aplicación, interpretación, irretroactividad; sobre los derechos subjetivos y su ejercicio; sobre los sujetos de la ley; y, por último, la inclu-

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 40–46.

⁸⁶ Nueve votos en contra y ocho abstenciones (*ibid.*, p. 46)

⁸⁷ Como pusiera de relieve A. Hernández Gil, refiriéndose a la labor del Consejo de Estado consistente, por lo general en la época “en comprobar la legalidad que ha de resultar de la concordancia del texto articulado con la Ley de Bases de la que es desarrollo”, quedó en este caso desbordada. En su opinión el Consejo, “extremando sus propósitos de colaboración, no se limitó al cumplimiento de esa labor estricta, sino que, acogiendo en términos amplios a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado, reconsideró la totalidad del texto y formuló reparos y sugerencias cuyo alcance excede notoriamente al control de la legalidad”. A este efecto de “realizó un minucioso estudio de las reglas de derecho internacional privado, advirtiendo la falta de algunas y propugnando la sustitución, a estos fines, del criterio de la nacionalidad y el domicilio por el de la residencia habitual” (Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, pp. 376–377).

⁸⁸ Pero esta solución daría lugar a una nueva incoherencia a propósito de las posteriores reformas parciales del Código civil como ocurrió en con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que incluyó dentro del Título IV del libro primero del Cc, un Capítulo XI titulado “Norma de Derecho internacional privado”.

sión de determinados principios de aplicación general, como la regla de la apariencia jurídica, etc. Si un Código admite fuentes distintas de la ley, como la costumbre, éstas aparecerán sin duda en la parte introductoria del código civil. Junto a ello, hay otras cuestiones, de gran importancia y muy discutidas, relativas al contenido del título preliminar. Se trata de cuestiones generales de la mayor importancia y objeto de discusión: los actos jurídicos y las disposiciones de Derecho internacional privado.

20. La reforma del Título Preliminar supuso el más importante de los cambios introducidos en el Código Civil español hasta aquella fecha, tanto por la materia de las normas reformadas como por su ámbito de aplicación, habida cuenta de que sus normas más allá del mero Derecho civil y eran también aplicables a otras ramas del Derecho, como se puso de relieve, por ejemplo, en su art. 8 o en su art. 10.º. La reforma desarrolló lentamente y, en el curso de su elaboración, muchos juristas (ya sea mediante la participación en los trabajos, informes o debates) prestaron su colaboración o dando su opinión. Queda para otro momento realizar una crítica retrospectiva de la reforma, puede señalarse, que el Real Decreto 1836/74 representó un paso considerable hacia la modernización del Código Civil español. Las disposiciones que incluyeron en el nuevo Título Preliminar, aunque siguieron constando de dieciséis artículos, fueron considerablemente más amplias que las del Título derogado. Se agruparon en cinco capítulos agrupando, respectivamente, las fuentes del Derecho, la aplicación de las normas jurídicas, la eficacia de las normas jurídicas, las normas de Derecho internacional privado y el ámbito de aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos (es decir, el Derecho común y el Derecho foral) coexistentes en aquellos momentos en el territorio español.

3. Relaciones entre la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil

A) Cuestiones de jerarquía normativa

21. Carente de una Constitución como referente⁸⁹, en los albores del régimen político franquista, la teoría de las fuentes del Derecho encontraba su principal referencia en las obras generales de Derecho civil diseñada para responder a las exigencias del Derecho privado, resultando manifiestamente insuficiente para explicar la complejidad de un ordenamiento jurídico que, en su dimensión formal, era mucho más amplio y sofisticado que el contenido en el Tít. Prel. Cc.⁹⁰, demandando un análisis más riguroso y sistemático que desbordaba las categorías del Derecho privado tradicional⁹¹. Para hacerse una idea de la importancia incomparable que tuvo en su día la reforma de este instrumento baste atender que la doctrina y la jurisprudencia vinieron repitiendo con reiteración su carácter de “norma sobre normas”, de “normas estructurales”⁹² o de “normas de integración”⁹³ con valor cuasi-constitucional⁹⁴. No es casual

⁸⁹ El régimen de Franco careció de una verdadera Constitución que garantizase los principios de un Estado de Derecho con una clara separación de poderes. A lo largo del tiempo, y atendiendo a las exigencias de adaptación tanto internas como externas, se elaboran una serie de leyes, con el rango de Fundamentales. No hubo un acto constituyente momentáneo, ni siquiera un periodo breve de institucionalización, tratándose de un proceso de varios años, jalonado precisamente a través de estos cuerpos normativos, a los que se confería expresamente rango constitucional. Cf. J. GASCÓN Y MARÍN, “Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo”, *Estudios Jurídicos*, 2, 1941, pp. 111–131. Vid. las consideraciones críticas de, asimismo, M.Á. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, CEPC, 2014, p. 37

⁹⁰ Sin duda el referente obligado era la obra de F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, t. I, Valladolid, Editorial Casa Merín, 1943; Madrid, Instituto de Estudios Políticos 1955.

⁹¹ Cf. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la ‘Revista de Administración Pública’ (1950–1999)”, *Revista de la Administración Pública*, nº 150, 1999, pp. 533–576.

⁹² J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 448

⁹³ P. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, p. 2011.

⁹⁴ Vid. M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 198, 1974, pp. 89–112. En el “Proyecto de ley de bases” para encarar dicha modificación (BOCE 22.6.1972) se afirma: “La reforma que ahora se propone difiere de las anteriores porque referida al título preliminar versa sobre un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general, tanto desde el punto de vista del territorio a que se aplican como por la naturaleza y alcance de las propias normas no circunscriptas al estricto Derecho privado”.

que tras la reforma de 1974 el Título incluya como subtítulo: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, sustituyendo la denominación de 1889: “De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”, omitiendo toda referencia a cualquier fuente distinta de la ley⁹⁵.

Actualmente, con una situación constitucional consolidada se sigue hablando de esa cuasi constitucionalidad del Tit. Prel. Cc⁹⁶, ahora en relación con la Constitución de 1978⁹⁷, también para realzar esa importancia⁹⁸. Sin embargo, con la desaparición histórica de las razones que justificaban la inclusión en el Código civil de las reglas sobre las fuentes y su aplicación, también perdió valor la pretensión de considerar estas reglas como materialmente constitucionales.

Por lo demás, las “normas sobre normas” lo son por su estructura, independientemente de su naturaleza y de su posición en la jerarquía normativa. Siempre han existido “normas sobre normas” en el ordenamiento jurídico, dentro y fuera del Tit. Prel Cc; y siguen existiendo ahora, dentro y fuera de la Constitución. Es, así, evidente que las indicadas “normas sobre normas” no tienen por qué tener necesariamente valor o naturaleza constitucional: de hecho, es notorio que no lo tenían antes de la Constitución de 1978 todos los preceptos de esa clase contenidos en el título preliminar del Código, por poner algún ejemplo las reglas de Derecho internacional privado o interregional; y no lo tiene hoy ninguno de ellos, por los propios caracteres con que la Constitución de 1978 representa.

La quiebra de una visión estrictamente liberal del ordenamiento desplazó el centro de gravedad del Derecho privado al Derecho público, que experimentó un notable desarrollo. Esto implicó que el Código civil perdiera el monopolio de regular las normas sobre las normas como se comprueba que leyes materialmente constitucionales incluyeron preceptos al respecto, como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en España⁹⁹.

⁹⁵ M. SERNA VALLEJO, “La codificación civil española y las fuentes del Derecho”, *Anuario Historia del Derecho*, t. XXXII, 2012, pp. 11–36, esp. p. 25–32.

⁹⁶ El Tribunal Supremo ha recogido expresamente en sentencias posteriores a la Constitución ese valor cuasiconstitucional del Título Preliminar del Código Civil. Por ejemplo, los arts. 6.4º y 7.2º respecto de la prohibición de abuso de derecho y fraude de ley, SSTS Soc 7 diciembre 1985 y 15 julio 2013, o respecto de la publicación en el BOE y las reglas de vigencia de las normas, STS C–A 13 abril 2012 o sobre la vocación generalizadora y cuasiconstitucional de interpretación conforme a la realidad social que establece el Código Civil, STS Pen 11 de diciembre de 1990 “La realidad social a la que el Código Civil, con vocación generalizadora y cuasiconstitucional, llama para dar contenido a la operación de búsqueda del sentido y alcance de las normas, puede y debe servir para orientar al legislador y también al juzgador, con sometimiento incondicionado siempre al principio de legalidad”. Ahora bien, ello no altera el dato de que la Constitución no incluye ni prevé tal rango cuasiconstitucional ni, por tanto, por el Tribunal Supremo puede conferirse al Título Preliminar, salvo como concepto puramente explicativo para resaltar lo indiscutible, su incomparable relevancia. Cf. P. DE PABLO CONTRERAS, “La función normativa del título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, nº 2, 1996, pp. 533–606, esp. pp. 533–539 (la nota 11 de este estudio queda para una antología de tópicos jurídicos).

⁹⁷ Como escribe J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “es cierto, en efecto, que nuestro texto fundamental presta al fenómeno de la producción de normas una atención cuantitativamente muy superior a cualquiera otra de nuestras restantes Constituciones históricas. Pero no hay en ella, desde luego, una pretensión de regulación general, de ambición similar a la que luce en el Título Preliminar del Código Civil: la atención que dedica al tema es claramente asimétrica y fragmentaria” (cf. “El sistema de fuentes del Derecho...”, *loc. cit.*, p. 544).

⁹⁸ Respecto de la posibilidad de que el Título Preliminar sea o no materialmente constitucional P. Lucas Verdú llegó a afirmar que, aunque se encuentre fuera de la Constitución, la interpretación constitucional “reduce la soberbia de la Constitución”, entendida como primacía constitucional, precisamente porque las reglas de la interpretación se encuentran fuera de ella. Cf. P. LUCAS VERDÚ, “Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española”, *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián, 1984 p. 212; *id.*, “Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 144 ss. En estudios posteriores este autor apuntó hacia la existencia de una conexión material entre la Constitución y los preceptos del Título Preliminar ya que “la Carta Fundamental no contempla las reglas interpretadoras ni las fuentes del derecho porque entonces sería un texto larguísimo. No hay que olvidar que no siempre las Constituciones insertan en su texto tales reglas. Así, pues, el Título Preliminar del Código civil es constitucional. No hay que olvidar que no toda Constitución siempre contiene preceptos fundamentales. Recordemos el artículo 6 de la Constitución gaditana, ni toda la materia constitucional aparece en la Ley Mayor” (cf. P. LUCAS VERDÚ, “La enseñanza del Derecho constitucional y de su correspondiente método”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84, 2007, pp. 337–362, esp. p. 349;).

⁹⁹ L.M. Díez Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, p. 58.

B) Cuestiones de interpretación

22. Desde el punto de vista de la interpretación¹⁰⁰, la relación entre la Constitución y el Tít. Prel. Cc se fundamenta en la supremacía de la norma constitucional como norma de normas o norma de producción jurídica. Aunque por razones históricas las disposiciones sobre fuentes del Derecho y la interpretación de normas se encuentran en el Código civil¹⁰¹, esta circunstancia no excluye que dichas reglas deban conformarse obligatoriamente a los principios y valores constitucionales. A este respecto, el Tít. Prel. Cc puede considerarse una norma “materialmente constitucional” en tanto regula aspectos fundamentales de la producción normativa y de la estructura del ordenamiento jurídico, funciones que corresponden también a la Constitución. Ahora bien, esta condición no otorga al referido título un estatus excepcional que lo dispense del principio de supremacía constitucional. Como cualquier otra norma de rango legal, los preceptos contenidos en esta rúbrica están plenamente sometidos a la Constitución, lo que significa que deben interpretarse y aplicarse siempre en conformidad con el texto constitucional. Además, su eventual derogación o modificación debe respetar los procedimientos y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, garantizando que cualquier cambio sea compatible con los valores y principios fundamentales de la norma suprema¹⁰².

La interpretación de las normas contenidas en el Título Preliminar, al igual que la de cualquier disposición jurídica, debe realizarse desde una perspectiva constitucional. Esto implica que las reglas y principios contenidos en el Título Preliminar deben leerse a la luz de los valores constitucionales, integrándose de manera armónica al sistema jurídico que establece la Constitución¹⁰³.

C) Delimitación del rango cuasiconstitucional

23. Por lo tanto, aunque el Título Preliminar desempeña una función estructural clave en el ordenamiento, su naturaleza no es equiparable a la de las normas constitucionales. En cambio, su contenido y aplicación están necesariamente condicionados por los principios y reglas superiores de la Constitución, lo que refuerza la coherencia del sistema jurídico y garantiza su sometimiento a los valores fundamentales del orden constitucional. El Tít. Prel. Cc constituye un pilar fundamental del ordenamiento jurídico español, con una aplicación transversal que, en mayor o menor medida, afecta a todo el sistema normativo. Su calidad técnica y su carácter sistemático han llevado a la doctrina y la jurisprudencia a atribuirle un valor cuasiconstitucional, un término empleado inicialmente para destacar su relevancia estructural y técnica en una época en que no existía una Constitución en sentido moderno.

En el contexto actual, el Título Preliminar sigue siendo descrito como “cuasiconstitucional” para subrayar su importancia, pero debe recordarse que, en términos estrictamente jurídicos, su fuerza radica en la autoridad interpretativa que ha ganado en la práctica, más que en un estatus normativo superior dentro del sistema constitucional. Por tanto, cualquier reforma de este título exige no solo un alto grado de cautela, sino también el máximo rigor técnico y el consenso del mundo jurídico, como un reconocimiento de su trascendencia estructural en el ordenamiento.

24. El concepto de cuasiconstitucionalidad, aunque gráficamente potente, no implica una categoría jurídica específica¹⁰⁴. La Constitución de 1978 establece con claridad la jerarquía normativa, reser-

¹⁰⁰ Vid. con carácter general F. DE CASTRO Y BRAVO, “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, nº 4, 1977, pp. 809–858. 1

¹⁰¹ M. CASALS COLLDECARRERA, “La interpretación”, *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Ilustres Colegios Oficiales de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, p. 23.

¹⁰² F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 57; J. IGARTUA SALAVERRIA, “La interpretación de la Constitución: demarcación y perspectivas”, *La interpretación de la Constitución. III Cursos de Verano de San Sebastián*, 1984, pp. 15 ss; M.A. Pérez Álvarez, *Interpretación y jurisprudencia*, Aranzadi, 1994, pp. 134 ss.

¹⁰³ T. FREIXES SANJUÁN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 12, nº 35, 1992, pp. 97–109.

¹⁰⁴ Por ejemplo, el hecho de que el Tít. Prel. Cc se refiera a las exigencias de la buena fe, así como a la prohibición de abuso del

vando el rango constitucional exclusivamente para la propia Constitución, y diferenciando entre leyes orgánicas y ordinarias, además de normas con rango de ley como los reales decretos-leyes. El Tit. Prel. Cc, siendo una norma preconstitucional, no encaja en ninguna categoría superior; es simplemente una ley ordinaria, como el resto del Código civil y esta condición implica una protección jurídica limitada. En rigor, dicho Título no goza de los blindajes previstos para las leyes orgánicas ni está excluido de posibles modificaciones mediante normas de rango inferior, como reales decretos-leyes, salvo en aspectos concretos que por su materia podrían caer dentro de las restricciones constitucionales, como cuestiones de filiación. Sin embargo, su permanencia prácticamente inalterada desde su reforma en 1974 refleja su altísima calidad técnica y el consenso jurídico que ha acompañado su aplicación¹⁰⁵.

El art. 149.1º.8 CE confiere al Estado competencia exclusiva en materia de reglas sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, lo que incluye aspectos regulados por el Título Preliminar¹⁰⁶. Sin embargo, esta conexión no implica que dichos preceptos adquieran rango constitucional o que estén exentos de modificación mediante instrumentos normativos como un Real Decreto-ley¹⁰⁷. Este hecho pone de manifiesto que, a pesar de su relevancia, el Título Preliminar carece de una protección efectiva frente a cambios legislativos impulsados por intereses coyunturales o partidistas. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de dar plena validez al Tít. Prel. Cc como aplicable a todo el ordenamiento con ocasión de la figura del fraude de ley, contemplada en el art. 6.4º¹⁰⁸ o del postulado de la buena fe¹⁰⁹, como instituciones generales del ordenamiento, pero sin atribuirles rango constitucional. Esto refuerza la distinción entre el valor práctico de sus categorías jurídicas y la ausencia de un blindaje normativo que garantice su estabilidad. En este contexto, se ha planteado la necesidad de fortalecer la protección jurídica del Título Preliminar, ya sea incluyéndolo explícitamente en la Constitución, otorgándole rango de ley orgánica o excluyéndolo de la posibilidad de regulación mediante real

derecho y de fraude de ley, no basta para que estas nociones puedan considerarse revestidas de rango constitucional. Aun asumiendo que las normas que integran el Tit. Prel. Cc tienen un cierto alcance general, no circunscrito al Derecho civil, lo cierto es que esto no resulta suficiente para calificar esas normas como constitucionales, ni para atribuirles un nebuloso carácter quasi constitucional y ello por la sencilla razón de que el Tit. Prel. Cc no forma parte de la Constitución J. PICÓ I JUNOY, “El debido proceso ‘leal’. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2004, pp. 143-182; M. CHACÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2005, pp. 7-44, esp. pp. 8-9.

¹⁰⁵ I. de Otto fue contundente a este respecto, no compartiendo la idea de que el Título Preliminar del Código Civil contenga materia constitucional, sino que lo subordina claramente al marco constitucional y relativiza su vigencia a lo dispuesto por la Constitución en materia de fuentes del Derecho (Cf. I. OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 84).

¹⁰⁶ Según la STC nº 236/2000, de 16 de octubre: “ha de tenerse presente que el art. 149.1º.8 CE, al configurar una ‘garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política’ de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial” admitiéndose que el mismo precepto “ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar ‘las normas que resuelvan los conflictos de leyes’” (...) Esta normativa se contiene en los Capítulos IV y V del Tit. Prel. Cc, y de ella dos extremos merecen ser señalados (...) “De un lado, que respecto a los conflictos internos (...). De otro, lo previsto en el art. 16.1º, al disponer que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas leyes en el territorio español se resolverán, con ciertas particularidades, ‘según las normas contenidas en el Capítulo IV’. De las que el art. 9.4º es la aplicable a la filiación y determina que esta materia se regirá ‘por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo’” (BOE 17.11.2000).

¹⁰⁷ Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género” pues según su preámbulo “se respetan los límites constitucionalmente establecidos para el uso de este instrumento normativo, pues este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado” y, además “representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia”. Con este precedente no se podría impedir que un determinado Gobierno cambie sin previo aviso hasta el Tit. Prel. Cc por Real decreto-ley, si le pareciera oportuno y cambiar todo el ordenamiento jurídico en su conjunto simplemente cambiando algún artículo de ese Título Preliminar, si lo considera oportuno.

¹⁰⁸ STC 37/1987, de 26 de marzo “El fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4º Cc, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por la tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo” (FJ 8) (BOE 14.4.1987).

¹⁰⁹ STC 198/1988, de 24 de octubre: “Un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, ya recogido en el título preliminar del Cc (art. 7.1º) es el de la buena fe en el ejercicio de los derechos” (BOE 26.11.1988).

decreto-ley. De no hacerlo, el riesgo de modificaciones irreflexivas podría comprometer la coherencia y estabilidad del ordenamiento jurídico en su conjunto.

25. Con independencia de la interpretación constitucional, si el Derecho español es en su totalidad un orden coherente en los términos indicados, se debe precisamente al Tit. Prel. Cc, que establece apodícticamente su plenitud y establece, de modo imperativo, los criterios que permiten obtener su univocidad o consistencia. Lo primero se obtiene a través de la enumeración de las fuentes (art. 1.º) y la eliminación de las situaciones de anomía que son las lagunas (art. 4.1.º), de manera que los jueces “tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan” (art. 1.7.º) sin que se pueda pretextar “silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 6.º antiguo). En cuanto a la univocidad o consistencia, el Título Preliminar estableció los mecanismos lógicos para eliminar las antinomias en sentido propio, esto es, las que impiden al sujeto agente cumplir una norma sin violar otra. Para ello delimitó el Derecho vigente en España mediante una “ordenación sistemática de las fuentes” (arts. 1º y 13) según exigía la Ley de Bases de 1973 con pretensiones de establecer una jerarquía entre las mismas.

Prescindiendo de una apreciación en torno a la corrección de la tesis del valor materialmente constitucional de las normas del Tit. Prel. Cc y de las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, baste retener que el Código Civil, cuyos arts. 1 a 16 constituyeron el llamado “Título Preliminar”, reguló nada menos que las fuentes del Derecho, las reglas de aplicación de las normas jurídicas, las reglas de eficacia general de las normas, las normas de DIPr, el ámbito de coexistencia con normativa foral o especial y la vecindad civil. Hay que tener en cuenta, además, la condición supletoria del Código civil y del Derecho civil sobre el resto del ordenamiento¹¹⁰.

III. Inclusión de unas normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil

1. Experiencias en otros sistemas de nuestro entorno

26. Esbozado el marco general, se impone una breve reflexión en torno a la justificación de la inclusión de unas normas de DIPr en el Tit. Prel. Cc. Las razones que respaldaron esta inclusión se basaron en que, después de haberse contemplado el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo (principio de irretroactividad, *v.gr.* art. 2.3º Cc), sería lógico hablar de su aplicación en el espacio (principios de DIPr). Por eso buena parte de los códigos civiles procedieron este modo. Sin embargo, existían serias objeciones científicas y técnicas a semejante proceder al diferir en buena medida la propia naturaleza de estas disposiciones de las privativas la del Derecho civil propiamente dicho. Por eso se alzó una opinión proclive a regularlos en una ley aparte, especial y sustraerlos del Tit. Prel. Cc, como lo hiciera la Ley polaca de DIPr de 1926¹¹¹, propiciando una regulación más adaptada a las particularidades de este ordenamiento, mientras que otros como el español siguieron la posición originaria. Entre los diversos estudios críticos del Código civil italiano, realizados por los más altos tribunales, Facultades de Derecho y especialistas en Italia y también por estudiosos extranjeros de la época se llegó a la conclusión de que era de mayor utilidad proceder a la regulación de las cuestiones propias del DIPr en una ley específica¹¹². Esta opción ni hizo mella en la actitud adoptada por el legislador español, basada en la determinación del ámbito espacial de

¹¹⁰ M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2022, pp. 128–129.

¹¹¹ Pionera en su género fue la Ley de 2 de agosto de 1926 sobre la ley aplicable a las relaciones internacionales privadas, integrada por 42 artículos distribuidos en los siguientes Títulos: I) Personas (arts. 1 a 4); II) Forma del negocio jurídico (art. 5); III) Derechos reales (art. 6); IV) Obligaciones (arts. 7 a 11); V) Matrimonio (arts. 12 a 17); VI) Relaciones paternofiliales (arts. 18 a 22); VII) Tutela (arts. 24 a 27); VIII) Sucesiones (arts. 28 a 34); IX) Disposiciones generales, incluyendo reenvío, remisión a un sistema plurilegislativo y aplicación de la ley extranjera (arts. 36 a 39). *Vid.* J. SOLKOWSKI, “Conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Pologne”, *Rec. des Cours*, vol. 41, 1932, pp. 607 y ss.; sobre el contexto de esta importante ley, *vid.* L. BABINSKI, “Le droit international privé en Pologne (loi du 2 août 1926)”, en *Rev. crit. DIP*, 1927, pp. 463 ss.; M. UDINA, “Il diritto in-ternazionale privato della Repubblica polacca”, *Riv. dir. int.*, 1927, pp. 187–226.

¹¹² *Vid.*, por todos, P. PICONE, “La riforma italiana del diritto internazionale privato”, *REDI*, vol. XLVIII, nº 1, 1996, pp. 9–38.

aplicación de las normas tuvo la virtud de centrarse preferentemente en la regulación de los “conflictos de leyes”, considerándose que ocuparse de otras cuestiones desbordaría el propio espíritu del Tit. Prel. Cc, lo que dificultaría el manejo del código en la práctica diaria. El resultado de los debates anteriores sobre el lugar de las disposiciones de DIPr en el cuerpo del propio Código civil sigue siendo bastante dudoso y lleno de vacilaciones y los progresos que se realicen en este ámbito podrían inclinar la balanza en favor de un estatuto separado, a la espera de un código de DIPr lo más universal posible.

Siguiendo el modelo francés y durante muchos años, se ha podido comprobar que gran parte de los Códigos civiles fueron precedidos con un conjunto de disposiciones generales de carácter previo o preliminar a su contenido propio, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general. Pese a que la naturaleza de esta clase de disposiciones, su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina, existe unanimidad en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado, que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden aplicarse a “todos” los órdenes del Derecho. La categoría de las “normas sobre normas” aparecía especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del Tit. Prel. Cc regulando la producción de normas (fuentes del Derecho); la interpretación y aplicación de las normas; y las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes.

2. Proyectos

27. Resulta un lugar común la afirmación según la cual los preceptos de sobre la determinación del ámbito espacial de la ley en 1889 nacieron viejos¹¹³ y suscitaron una repulsa unánime de la doctrina internacionalista española¹¹⁴. Esta desaprobación fue adquiriendo mayor envergadura a medida que los años pasaban y se evidenciaba la necesidad de una reforma profunda de las normas de DIPr incluidas en el Tit. Prel. Cc.

- i) Dicha repulsa había encontrado un cierto impulso con la redacción de la normativa de DIPr relativa al Protectorado de Marruecos (Dahir sobre la condición de los españoles y extranjeros en Marruecos de 1914)¹¹⁵, una ordenación moderna y completa para su época que pudo haber sido tenida muy en cuenta por el legislador de 1974, pero que no la tuvo. Bien entendido que este impulso no fue obra española, pues el texto se limitó a incorporar las normas dictadas para la Zona francesa (Dahir de 1913 *sur la condition civile des français et des étrangers*¹¹⁶), la primera ordenación sistematizada francesa de DIPr¹¹⁷ (y por el momento la única).
- ii) Al otro lado del Atlántico, junto al movimiento codificador de carácter regional que promovieron los Tratados de Montevideo, se registró otro paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones de DIPr a partir de las denominadas “Conferencias Panamericanas” que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el “Código Americano de Derecho internacional Privado” (denominado

¹¹³ Ello es particularmente cierto en este particular sector del ordenamiento jurídico; por ello no deben ser encuadrados en la línea argumental sustentada por A. Hernández Gil según la cual “desde el primer momento se tendió a considerar el Código civil como viejo y caduco” (cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “En defensa del Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 776 ss.; *id.* “El lenguaje en el Código civil”, *Obras completas*, t. 6, Madrid, Espasa Calpe, 1987, pp. 367–368).

¹¹⁴ *Vid.* M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, 4ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1976, pp. 558 ss

¹¹⁵ Dahir de 1 de junio sobre de 1914 la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos, Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales de Derecho Internacional Privado*, vol. I, *Textos y documentos*, Madrid, SPFDUCM, 1970, pp. 41–44.

¹¹⁶ La comisión redactora de esta reglamentación contó con el asesoramiento de dos catedráticos de la Universidad de París; A. DE GOUFFRE DE LAPRADELLE y L. RENAULT. *Vid.* A. ACQUAVIVA, *La condition civile des étrangers au Maroc* (Dahir du 12 août), Paris, Sirey, 1037; F.-P. BLANC, “Le caractère composite du droit marocain: La réception, en 1913, du droit protectoral dans le respect de la tradition juridique”, *Revue juridique de l’Océan Indien*, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, 2005, pp. 31–44.

¹¹⁷ F.-P. BLANCH, “Le dahir de Moulay Youssef et le décret de Raymond Poincaré relatifs ‘à l’organisation judiciaire du Protectorat français du Maroc”, *Revue franco maghrébine de droit*, n° 6, 1998, pp. 103 ss, esp. p. 109

también “Código Bustamante”) que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centroamericanos), aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación. La consideración de un tratamiento común en materia de DIPr se remonta a la época de la II República española donde está presente una idea de base: la de comunidad histórica iberoamericana y un punto de encuentro, toda vez que durante este periodo, se registró una cierta aproximación al Código de Bustamante por parte de ciertos juristas españoles, que propugnaban la eventual incorporación de nuestro país al mismo¹¹⁸, y también de algunos juristas iberoamericanos¹¹⁹, por entender que ello acarrearía ventajas positivas y recíprocas en las relaciones bilaterales entre determinados países iberoamericanos y España. Esta iniciativa suscitó una importante polémica doctrinal y el tema sería abandonado tras la guerra civil, aunque durante muchos años, hasta la reforma del Tit. Prel. Cc de 1974, ciertos autores españoles de la categoría de A. Miaja de la Muela siguieron propugnando la adhesión. Mas, indudablemente, tuvo la virtud de marcar un hito histórico importante y acaso el punto de máximo acercamiento.

- iii) Hubo que esperar hasta el año 1943 para que el profesor José Yangüas Messia, Catedrático de la Universidad Central, presentase un proyecto a la Comisión General de Codificación (CGC) de reforma de los preceptos de DIPr del Tit. Prel. Cc, el cual sería asumido por ésta al año siguiente dentro del Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado el 25 de enero de 1944¹²⁰. Se trataba de un texto de alcance limitado, que evitaba la formulación de un cuerpo legal sistemático y completo manteniendo una concepción claramente influenciada por los resultados de la inmediata codificación italiana y deliberadamente conservadora “porque no ha llegado todavía la hora de una total reforma en nuestro Código civil” y tampoco resultaba “aconsejable el sistema de una ley especial, desconectada y aparte”¹²¹. Reflejaba, en efecto, una estructura de base estatutaria limitada exclusivamente a las cuestiones de ley aplicable relativas a las personas, la familia y las sucesiones (art. 8), a la propiedad (art. 9) y a las obligaciones y contratos (art.10). El art. 11 estaba destinado a las cuestiones de aplicación de las normas de conflicto, limitadas al reenvío, los efectos de la ley extranjera, el orden público y el fraude de ley. Por último, con una discutible orientación sistemática, se prestaba atención al ámbito de aplicación de los efectos de las leyes penales, policía y seguridad pública (art. 9.2º) y a la ley aplicable a la forma de los actos (art. 10.3º). Esta iniciativa, empero, no tuvo continuidad.
- iv) Casi veinte años más tarde, y en circunstancias socio-económicas muy distintas, la CGC designó a otro ponente individual, el profesor J.Mª Trias de Bes, Catedrático de la Universidad de Barcelona, para elaborar un nuevo texto, que fue presentado en 1962 siendo

¹¹⁸ Respecto a la eventual incorporación de España al “Código Bustamante” Vid. I. BEATO SALA, “Sobre la accesión o adhesión de España al Código americano de DIPr, denominado ‘Código Bustamante’”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 167, 1935, pp. 603–616 (reproducido en *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVIII, 1935, pp. 163–175); F. DE CASTRO, “¿Debe adherirse España al Código Bustamante?”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XXII, 1935, pp. 1–6; *id.*, “De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante”, *ibid.*, vol. XXII, 1935, pp. 306–307; M. DE LASALA LLANAS, “Posibilidad de la accesión de España al Código americano de DIPr (‘Código Bustamante’)”, *ibid.*, vol. XXI, 1934, pp. 221–228; *id.*, “¿Puede adherirse España al Código Bustamante?”, *ibid.*, vol. XXII, 1935, pp. 217–221. G. PARRA ARANGUREN, “El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España”, *Libro-Homenaje a Luis Loreto: con ocasión de los 50 años de habersele conferido el título de abogado de la República, 1922–1972*, Caracas, Contraloría General de la República, 1975, pp. 201–282; J. QUERO MOLARES, “La adhesión de España al Código americano de DIPr”, *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, t. 165, 1934, pp. 695–721 y J. SAMTLEBEN, *DIPr en América Latina: Teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 73–76.

¹¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, desde la perspectiva hondureña, E. ALVARADO GARCÍA, “Honduras y la adhesión de España al Código Bustamante”, *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVII, 1935, pp. 284–293; desde la perspectiva salvadoreña, y en términos verdaderamente emotivos, E. ÁLVAREZ, “El Código de DIPr (Código Bustamante) y la adhesión de España”, *ibid.*, t. XXVIII, 1953, pp. 176–200. Asimismo, H. CORVINGTON, “Una opinión de profesor sobre la extensión del campo de aplicación del Código Bustamante y la oportunidad de su adopción por el Gobierno de España”, *ibid.*, t. XXXI, 1937, pp. 88–99.

¹²⁰ Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado por el pleno de la CGC el 25 de enero de 1944, Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales...*, *op. cit.*, pp. 45–46.

¹²¹ *Cf.* Preámbulo del Proyecto, *ibid.*, p. 45.

el antecedente directo del sistema introducido en 1974¹²². Merece la pena recordar que el ponente, profundamente catalanista, tuvo el mérito de incluir en el texto un capítulo completo (el Capítulo V) dedicado al “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídico-civiles coexistentes en el territorio nacional”, que una vez incorporada al Código, ha llegado hasta nuestros días. La historia legislativa del “Proyecto Trias”, cuyo autor falleció tres años después, generó una extensa documentación representativa de la producción normativa del régimen anterior.

Con un texto más escueto y de peor redacción, la anterior propuesta figuró en el Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Tít. Prel Cc de 4 de octubre de 1966¹²³. Dicho texto sentó una serie de directrices que deberían ser tenidas en cuenta por la Comisión General de Codificación entre las que figuraron, en la materia que nos ocupa, una referencia, ciertamente imprecisa a las conclusiones “de las conferencias de Derecho internacional”, refiriéndose por descontado a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹²⁴. A continuación el contenido de las bases propuestas era verdaderamente genérico (“nociones tan consagradas por el Derecho internacional como la calificación, el reenvío y el fraude a la ley, habrán de ser objeto de adecuada revisión, recogiendo también respecto de la aplicación de la ley extranjera, el correctivo del orden público”), conservador (“sin introducir innovaciones sustanciales en cuanto al orden público”) y escueto (“con respecto a la forma de los actos jurídicos, se reducirá a facultativa la regla *locus regit actum* de acuerdo con la doctrina y práctica internacionales”). El texto resultante del proyecto paso a integrarse en las bases Cuarta (persona, familia, tutela y protección de los incapaces y sucesiones), Quinta (bienes, obligaciones y forma de los actos) y Sexta (problemas generales de aplicación de la norma de conflicto). Siguiendo las prescripciones del “Proyecto Trias” la base séptima de reservó para las respuestas a los conflictos interno ¹²⁵.

3. Un peculiar proceso codificador: Comisión de Justicia, Comisión General de Codificación, Cortes Generales y Consejo de Estado

28. Una referencia obligada a los trabajos codificadores que dieron como resultado la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Tít. Prel. Cc, referidos a los “conflictos” internacionales de leyes¹²⁶, puede sintetizarse como sigue. El Consejo de Estado envió a las Cortes un “Proyecto de Ley de Bases” y los trabajos de la Comisión de Justicia dieron lugar a un Dictamen que confirió una nueva redacción a las bases 4 a 6, cuyo texto se reproduce a continuación con una propuesta de texto articulado donde ya se percibe lo que sería el resultado final de la reforma

“Cuarta. En el ámbito del Derecho internacional privado se desarrollará el principio de la ley personal determinado por la nacionalidad, de manera que comprenda la capacidad y estado civil de las

¹²² Capítulos IV y V del Anteproyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Cc de 14 de noviembre de 1962, *ibid.*, pp. 47–53. *Vid.* los comentarios de A. MIAJA DE LA MUELA, “Riflessioni sull’elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *Dir. int.*, vol. XVII, 1963, pp. 307–340 (texto castellano en el *Libro homenaje al Dr. Serrano Serrano*, II, Valladolid, 1965, pp. 607–642). La labor de J.M^a TRIAS DE BES en esta importante reforma fue oportunamente destacada por A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Obras Completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 378.

¹²³ *Vid.* los trámites en las Cortes Españolas, núms 17 y 18..

¹²⁴ *Vid.* R. VIÑAS FARRÉ, *Unificación del Derecho internacional privado: Conferencia de la Haya Derecho internacional privado*, Barcelona, J.M. Bosch, 1978.

¹²⁵ Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales...*, *op. cit.*, pp. 53–55.

¹²⁶ Sobre la Ley 3/1973, de 17 de marzo de Bases para la modificación del Título Preliminar Cc (BOE, 21.3.1973; *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. IX, 1973, pp. 491–496), *vid.* P.A. FERRER SANCHÍS, “La revisión del Título Preliminar del Código civil español, en especial, del sistema de DIPr”, *Jurídica*, nº 5, 1973, pp. 221 ss.; E. RUÍZ VADILLO, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *Revista General de Derecho*, nº 29, 1973, pp. 506–512 y 618–644; J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXIX, 1974, pp. 401–435; R. VIÑAS FARRÉ, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell’Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 10–19.

personas, los derechos y deberes de familia y la sucesión hereditaria, teniendo en cuenta los criterios siguientes:

1. Las relaciones personales entre los cónyuges se regularán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido, al tiempo de la celebración.

Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a la nueva ley nacional común.

2. Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre o bien por la de la madre en defecto de aquél o si sólo la maternidad ha sido reconocida o declarada.

3. La adopción se regirá por la ley del adoptante en cuanto a sus efectos y capacidad para adoptar, aplicándose además la ley personal del adoptado en cuanto a los requisitos de consentimiento y autorización. Las formalidades del acto se regirán por la ley del país en que se constituya.

4. La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Las medidas provisionales de protección se regirán por la ley de su domicilio; y las formalidades de constitución en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.

5. La sucesión hereditaria se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea el país donde los bienes se hallen.

6. A las personas que careciesen de nacionalidad o la tuviesen indeterminada, les será de aplicación, a los efectos de esta base, la ley del lugar de su domicilio o residencia.

7. En los supuestos de doble nacionalidad previstos en las leyes españolas se estará a lo que determinen los Tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con el último domicilio y, en su defecto, la adquirida en último lugar. Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los Tratados internacionales.

8. A los efectos de esta base, será igual mente ley personal de las personas jurídicas la de su nacionalidad.

9. Se mantendrá el criterio de que las leyes penales, de policía o de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

Quinta. 1. En la regulación de la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes muebles o inmuebles, así como de las formas de su publicidad, se establecerá un criterio unitario basado en el principio de la aplicación de la ley del lugar donde se hallen, sin perjuicio del tratamiento especial que pueda darse a determinados bienes, tales como buques, aeronaves, títulos-valores, propiedad intelectual o patentes.

2. Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hubieren sometido expresamente de entre las que tuvieren alguna vinculación con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la del domicilio común, y, en último término, la del lugar de perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio de aplicar la ley del lugar de cumplimiento en cuanto a determinadas modalidades de la ejecución.

Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que se deriven.

Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante.

3. Serán válidos, a efectos del ordenamiento español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no existiese en; la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos referentes a inmuebles situados en el extranjero.

4. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o común de los otorgantes.

Podrá regularse con carácter especial el su puesto de que la ley que rige el acto o con trato exija para su validez una determinada forma o solemnidad.

Cuando los referidos actos, contratos o testamentos fueren autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero será de aplicación la ley española.

Sexta. Se regularán el reenvío, las calificaciones, la salvaguarda del orden público y el fraude de ley, de conformidad con los siguientes criterios:

1. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto. puedan hacer a otra ley que no sea la española

2. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.
3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.
4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española¹²⁷.

Dicho texto fue recibido con cierta hostilidad por los procuradores orgánicos, toda vez que se presentaron 38 enmiendas, diez de ellas a la totalidad¹²⁸.

29. Iniciados los debates en el Pleno de las Cortes Generales el protagonismo correspondió al procurador “orgánico” por el tercio familia de la provincia de Salamanca y antiguo profesor de Derecho internacional en aquella Universidad, Jesús Esperabé de Arteaga¹²⁹, que comenzó su labor sin éxito al no admitirse su solicitud de que el proyecto de dicha Ley fuese devuelto al Gobierno para ser armonizado con recientes tendencias del DIPr¹³⁰, aunque su intervención tuvo la eficacia de llamar la atención sobre las lagunas existentes en el Proyecto, en un discurso que parece redactado, o al menos directamente inspirado, por el Catedrático de la Universidad de Valencia Adolfo Miaja de la Muela, en aquellos años indiscutible maestro del DIPr español. Debe dejarse constancia que no se refirió exclusivamente a las cuestiones conflictuales derivadas de las relaciones del tráfico externo, abordando con rigor materias complejas como las derivadas de las “relaciones de sistemas” que darían lugar a la redacción vigente del art. 1.5º Cc con referencias a la necesidad de respetar los postulados de la recientemente aprobada Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969. Dentro de las cuestiones específicas de DIPr se preocupó por la introducción del denominado “conflicto de autoridades” en materia de tutela de menores que se incorporaría al art. 9.6º Cc, se hizo eco de la doctrina sentada por la Res. DGRN de 23 de abril de 1970 con referencia a la doctrina vaticana de la encíclica *Gaudeum et Spes*¹³¹ para calificar de “estatuto odioso” el concepto de hijo ilegítimo no natural¹³² e hizo algunas referencias a la necesidad de prestar atención al problema de la aplicación del Derecho extranjero recordando, aunque sin citarlos la doctrina sentada por el profesor A. Miaja de la Muela en torno a las “soluciones sanas a conflictos de leyes”¹³³. Como no podía ser de otra manera no faltó la referencia al reenvío y a su casuística, acaso el único concepto del DIPr que conocían los juristas de la época¹³⁴.

Pero acaso lo más relevante de la intervención de este procurador fue, de un lado, dar a conocer en qué consistía el DIPr y que el legislador español, al regular los conflictos de leyes, asumía una función de legislador internacional, siguiendo las tesis sustentadas por el referido Catedrático de la Universidad de Valencia¹³⁵.

¹²⁷ BOCE 22 febrero 1973, nº 1.257, pp. 30546–30547.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 30547–30548.

¹²⁹ Esperabé de Arteaga, que luego fue diputado en las Cortes Generales por la UCD, había realizado una tesis doctoral bajo la dirección del profesor I. BEATO SALA, que prologó su edición. *Vid.* J. ESPERABÉ DE ARTEAGA, *La propiedad literaria y artística en el campo del Derecho Internacional Privado. Tratados relativos a la protección internacional del derecho de pensar*, prologada por su director, Salamanca, Imprenta y librería de Francisco Núñez Izquierdo, 1932.

¹³⁰ Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, “Cuestiones referentes a la norma de conflicto. el reenvío”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 21, 1978, pp. 159–210.

¹³¹ BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 17.

¹³² Aunque sin referirse al concepto elaborado por la doctrina española de aquellos años a partir de decisiones como la citada en torno al concepto del “efecto atenuado del orden público” que llegó a prosperar con la introducción en el art. 12.3º Cc relativo al orden público de la expresión “manifiestamente contrario”

¹³³ BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 17. *Vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, “Soluciones ‘sanas’ a los conflictos de leyes: *favor negotii* y respeto a los derechos adquiridos”, *REDI*, vol. XVII, nº 1, 1964, pp. 16–38.

¹³⁴ BOCG, nº 8 14.3.1973, pp. 17–18.

¹³⁵ De acuerdo con el procurador orgánico democristiano: “Nadie piensa hoy que el Derecho internacional privado sea una rama del Derecho internacional. Cada Estado tiene el suyo. Pero siendo un Derecho interno, el Derecho internacional, privado hay que dictarlo con una axiología y una teleología internacionales. ¿Por qué? Porque la comunidad que va a regir es más amplia; porque el bien común que va a proteger es distinto, y porque el legislador interno, al elaborar su propio sistema de conflicto de leyes, hace de legislador internacional (...). En efecto, el Derecho internacional privado no viene constituido por disposiciones de carácter material destinadas a regir a los españoles dentro de nuestro territorio. Son más bien normas adjetivas aplicables a los españoles en el extranjero y a los extranjeros en España, por lo que el escenario es tan amplio, que se trata, nada menos, que de la comunidad internacional, de la comunidad que forman todos los Estados y todos los pueblos del mundo. En estas condiciones, hay que

Y, de otro lado, considerar que el cauce del Código civil no era el lugar adecuado y propugnar la necesidad de dedicar una ley especial en la materia¹³⁶.

La lectura de los debates permite comprobar los rudimentarios conocimientos de los procuradores en Cortes sobre el contenido y problemas del DIPr, con abundantes referencias al reenvío¹³⁷, y sus principales preocupaciones, orientadas esencialmente a las soluciones referidas a los denominados “conflicto de leyes internos”. Se puede apreciar en ellos que una consciente omisión hacia los problemas inherentes a la competencia de los tribunales españoles en los litigios con elementos extranjeros, en el sentido de que esta cuestión no debía considerarse antes de la aprobación de una pretendida Ley de la Justicia, “para no condicionar esta última o exponerse a regulaciones contradictorias”¹³⁸. Algunas de las cuestiones abordadas manifestaban una cierta voluntad de cambio como la necesidad de superar el criterio excesivamente territorialista que impregnaba el texto contenido en las Bases que se estaban debatiendo¹³⁹.

30. A partir de aquí la CGC elaboró por delegación del Gobierno un texto articulado que sería dictaminado por el Consejo de Estado, donde fue esencial la participación del Letrado M. Herrero Rodríguez de Miñón. No hay que olvidar que una parte sustancial del informe elaborado por este alto organismo influyó decisivamente en el capítulo específico del DIPr. La labor del Consejo de Estado consistente, por lo general en la época “en comprobar la legalidad que ha de resultar de la concordancia del texto articulado con la Ley de Bases de la que es desarrollo”, quedó en este caso desbordada¹⁴⁰.

Al remitirse el dictamen al Ministerio de Justicia se produjo un nuevo debate en el que intervinieron algunos miembros de la C.G.C. aunque ninguno de ellos era especialista en Derecho internacional privado. Afortunadamente esta carencia fue completada por la labor del mercantilista A. Bercovitz Rodríguez-Cano, que se había incorporado a la Comisión en 1968 y que solicitó el asesoramiento de su amigo el por entonces catedrático de la Universidad de Oviedo Julio D. González Campos. Tras varias reuniones entre ambos durante el verano de 1973 en la costa malagueña, el futuro magistrado del Tribunal Constitucional elaboró un texto articulado del Capítulo IV del Título Preliminar configurando

mirar hacia afuera para evitar soluciones discordantes en casos iguales y conseguir objetivos internacionales, como recomendó el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Siena de 1952 (...). En segundo término, y esto es importante, el bien común protegible no es el bien común interior, no es el bien común clásico. Este, el internacional, está integrado por una combinación metódica y equilibrada de justicia y seguridad, en la que la seguridad juega alguna vez como valor autónomo; e incluso también, a veces, la seguridad está por encima de la justicia (...). Entonces, queda claro que el legislador interno, el español, al regular estas materias, asume una función de legislador internacional, que ha de coordinar con tareas análogas de otros legisladores con soberanía igual a la suya. Se está en presencia de lo que Scelle llamó desdoblamiento funcional, de hacer el legislador interno de legislador internacional, por la inexistencia de un orden legislativo de carácter supranacional y la necesidad que hay de que la tutela de los nacionales en el extranjero y de los extranjeros en España sea cumplida. Ante la laguna, otro ordenamiento jurídico diferente –el nuestro– asume el cumplimiento de la función vacante” (BOCG, nº 8 14.3.1973, pp. 14–15). *Vid.* A MIAJA DE LA MUELA, “El legislador interno en funciones de legislador internacional ante los conflictos de leyes,” *Curso monográfico sobre la Ley de bases para la Modificación del Título Preliminar del Código civil*, Valencia, 1975, p. 189 ss.

¹³⁶ Según la intervención de Esperabé de Arteaga, “De aquí podemos sacar a los fines de totalidad en que nos movemos estas dos consecuencias: primera, que no teniendo carácter material y sustantivo estas normas, ya que las reglas de conflicto se reducen a determinar qué ley se va a aplicar, si la propia o la extraña, su sitio de recogida o encuadramiento no es el Código Civil. Su puesto está, como en otros países, en una ley aparte. En segundo término, que todo esto de buscar equilibrio, con precisión, entre justicia y seguridad, es demasiado complejo para que quepa en el estrecho marco de una Ley de Bases. Por lo que ni el Derecho internacional privado debe aparecer regulado en el frontispicio del Código Civil, ni se le pue de regular, si no se quiere correr un riesgo grave, mediante una Ley de Bases” (BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 14–15)

¹³⁷ Manuel Rivas Guardilla, tras censurar que el procurador Esperabé de Arteaga no hubiera mantenido en la Comisión de Justicia las “lecciones” expuestas en el pleno, consideró la cuestión del reenvío era “una materia opinable en la doctrina de los internacionalistas, que, repito, en definitiva, es materia polémica y no tiene una consagración que haya sido totalmente aceptada” (*ibid.*, p. 31).

¹³⁸ Rafael Díaz-Llanos y Lecuona, BOCE 14 marzo 1973, nº 8, p. 25.

¹³⁹ Rafael Díaz-Llanos y Lecuona: “El proyecto sigue incidiendo en el criterio excesivamente territorialista representado por J.P. Niboyet (del que los juristas soviéticos dicen que es ‘el más reaccionario de todos los internacionalistas burgueses’) e introducido en nuestra Patria. Según este criterio, las reglas de conflicto deben de estar al servicio de las condiciones demográficas de cada país, de forma que los que reciben emigrantes no tengan que aplicar la ley extranjera a diario. Sin embargo, la situación española ha cambiado por completo, pues si bien seguimos exportando emigrantes, recibimos turistas y en cantidad tan masiva, que en ellos se basa nuestro desarrollo. Sería quizá prudente haber suavizado el viejo criterio territorialista” (*ibid.*).

¹⁴⁰ Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, pp. 376–377

la denominada “Enmienda de Bercovitz” que fue utilizada con gran habilidad para este último para cambiar el sentido a muchos obsoletos e inadecuados mandatos que figuraban en la Base 4ª, logrando introducir las reformas más innovadoras y progresistas de los preceptos en vigor, que fueron aprobados por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

IV. El Derecho internacional privado en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc

1. Contexto histórico y normativo

31. El entonces presidente de la Comisión General legislativa de Codificación, Antonio Hernández Gil, calificó la culminación de la tarea emprendida con el texto ya publicado del Título Preliminar como “la reforma de mayor entidad e importancia introducida en el Código Civil español desde su promulgación en 1889”. Mas a pesar del innegable progreso alcanzado por el legislador en 1974, en comparación con el estado previo, la reforma resultó ser insuficiente y desfasada ante los cambios operados en las realidades sociales, políticas, técnicas y en el propio régimen de convivencia e intercambio que son apreciables en la dinámica de las personas y los pueblos. Tal insuficiencia se manifestó claramente al no brindar la certeza de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las diversas situaciones jurídicas que, con tanta riqueza y matices, caracterizan el mundo contemporáneo.

El 31 de mayo de 1974 el Decreto 1836/1974, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc, desarrolló las directrices de la Ley de Bases sancionada con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc, que incorporaba la primera revisión sustancial de los preceptos introductorios de este bloque normativo¹⁴¹. El capítulo IV (“Normas de Derecho internacional privado”) incluye la siguiente redacción:

Art. 8. 1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

2. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España.

Art. 9. 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

¹⁴¹ Dentro de la bibliografía de la reforma se encuentran las siguientes obras colectivas: *Anuario de la Escuela Judicial*, vol. XI, 1974, dedicado a “Las normas de DIPr en el Título Preliminar del Código civil”; *Comentarios a las reformas del Código civil*, 2 vols., Madrid, Tecnos, 1977; M. ALBALADEJO, ed., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1977 y sobre todo, la 2ª ed. que conforma el vol. II del t. I, Madrid, Edersa, 1995; Academia Matritense del Notariado, *El Título Preliminar del Código civil*, 2 vols., Madrid, Edersa, 1977; E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980; y los siguientes estudios: J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXXII, 1976, pp. 9–35; J. Mª CASTÁN VÁZQUEZ, “La réforme du titre préliminaire du Code civil espagnol”, *Rev. int. dr. comp.*, 1974, pp.835–844; J.A. CREMADES SANZPASTOR, “Droit international privé”, *J. Cl. dr. comp., Législation comparée*, Espagne, fasc. 11, 1974, pp. 257–296; B.M. CREMADES Y A. MACEDA, “Das neue spanische IPR”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 21, nos 7–8, 975, pp. 375–379; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tráfico jurídico externo y sistema de DIPr*, 2ª ed. rev., Oviedo, Apel, 1985, pp. 173–180; *id.*, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 51–70; P. GONZÁLEZ BOTELLA, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 55, octubre 1974; M. HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *loc. cit.*, pp. 359–391; *id.*, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *loc. cit.*, pp. 89–112; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *Rev. crit. DIP*, 1976, pp. 397–423; A. MARÍN LÓPEZ, “El DIPr en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de*, nº 98, 1974, pp. 419–433; M.C. PAGLIA, “Comentarios a las normas de DIPr español en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Gaceta del Notariado* (Rosario), nº 71, 1977, pp. 131 ss; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, “La reforma del sistema español de DIPr”, *Doc. Jur.*, 1974, pp. 1137–1157; E. SERRANO ALONSO, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, nº 8, 1974 (anexo); B. VON HOFFMAN Y A. ORTÍZ-ARCE, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *Rabels Z.*, 1975, pp. 647–491 (texto modificado castellano en *REDI*, vol. XXX, 1977, pp. 57–89).

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.

4. Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre.

5. La adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante.

En la adopción por marido y mujer a falta de ley nacional común, se aplicará la del marido al tiempo de la adopción.

La ley personal del adoptado deberá observarse en lo que respecta a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o completarlo.

Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o, cuando se trate de una adopción hecha por marido y mujer, las autoridades del Estado de su nacionalidad común; y en su defecto, las del Estado en que el adoptante tenga su residencia habitual o los cónyuges adoptantes su residencia habitual común.

Las formalidades del acto habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 3.

6. La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.

Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que so hallen en territorio español.

7. El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación.

En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio.

8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.

10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.

Art. 10. 1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

2. Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.

3. La emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca.

4. Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.

5. Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen.

6. A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios.

7. Las donaciones se registrarán, en todo caso, por la ley nacional del donante.

8. Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.

9. Las obligaciones no contractuales se registrarán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad.

En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido.

10. La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa.

11. A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.

Art. 11. 1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se registrarán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.

3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.

Art. 12. 1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española
3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.
4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.
5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.
6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”.

Este texto entró en vigor en unos momentos en los que la sociedad española vivía inmersa en problemas de mayor envergadura pues era el preludio de un proceso de cambio sustancial para dicha sociedad, dentro de lo que se vendría en llamar como “tardofranquismo”, que había anunciado poco más de un mes antes la “revolución de los claveles” portuguesa, de se prolongaría a lo largo de cuatro difíciles años.

Al margen del nada edificante contexto socio-político, una valoración de la reforma del Tit. Prel. Cc de 1974 no puede realizarse asépticamente, aislada del entorno normativo de la época. Ciñéndonos al tráfico jurídico externo, resulta obligada la referencia al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, de extranjería que por primera vez en España insertaba una manifestación palmaria de indiferencia a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, también, a la vigencia de unos preceptos del Código civil en materia de nacionalidad basados en la defensa a ultranza del principio de unidad jurídica de la familia, donde la mujer casada o los hijos se sometían sin inflexiones a la nacionalidad del marido o del padre, plasmados un año después en la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges; y, todo esto, por no referirse al imperialismo jurisdiccional que dominaba el sector de la competencia judicial internacional, cuyo carácter exorbitante habían demostrado sus perniciosos efectos en las relaciones del tráfico privado externo vinculadas a nuestro país

32. En el contexto socio político español de comienzo de los años setenta del pasado siglo resultaba muy difícil explicar a los operadores jurídicos y a los estudiantes universitarios el Derecho internacional privado español y mucho más cuestionable estimular su interés respecto de unos problemas importados generalmente de la práctica comparada, principalmente francesa, pues las circunstancias de nuestro país no lo propiciaban especialmente. De ahí la importancia de la aparición de la primera edición en 1971 del manual de J.A. Carrillo Salcedo¹⁴², por enfrentarse decididamente ante los problemas propios del tráfico privado externo español eliminando prescindibles elucubraciones históricas sin manejo de las fuentes directas empleadas y sin conexión con los problemas abordados, innecesarias referencias al DIPr comparado e inadecuados análisis exegéticos de textos del DIPr convencional, en los que España no participaba y que, con carácter muy excepcional, podían ser de aplicación por parte de nuestros operadores jurídicos. Porque si los sectores del DIPr ajenos al “Derecho aplicable”, ofrecían una reglamentación deficiente y rígida, y este último constituía un auténtico páramo normativo. Es cierto que la reforma del Código civil. de 1974 no puso fin a esta situación, pero sería injusto ignorar que sentó sólidas bases para una reglamentación mucho más moderna, en un contexto de la reforma del Código civil operada desde 1889¹⁴³. Con todo, el peso de la época en que fue redactado se dejó sentir muchos años después.

En cualquier caso, la reforma en lo que concierne al DIPr no puede rechazarse en bloque pues, a partir de la obra del Consejo de Estado y de ciertos vocales de la CGC¹⁴⁴, se introdujeron algunas mejo-

¹⁴² J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971.

¹⁴³ Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, p. 373.

¹⁴⁴ Como en toda gran obra codificadora, como la efectuada en 1974, figuran nombres relevantes. Sin embargo, la perspectiva

ras que estimularon la reflexión científica con docenas de estudios, comenzando a variar a partir de ella el tratamiento jurisprudencial del tráfico privado externo totalmente obsoleto en relación con los países de nuestro entorno¹⁴⁵. Pero las eventuales mejoras no lograron sobrepasar las deficiencias estructurales de la reforma.

33. La regulación del Tít. Prel. del Cc no tomó en consideración los criterios inspiradores de la codificación interna e internacional existentes en 1974 más que con carácter residual; el estrecho marco que trazó la Ley de Bases de 1973 no permitió a algunos vocales de la CGC, que eran conscientes de la trascendencia de la reforma, adaptarse a las nuevas corrientes del DIPr, salvo casos aislados. De esta suerte, el texto final fue un híbrido entre la influencia italiana del “Proyecto Yanguas” (no en vano este autor tomó como punto de referencia el Cc italiano de 1942), y ciertas aportaciones procedentes del ámbito convencional y comparado (principalmente del Cc portugués de 1966) introducidas por el vocal de la C.G.C. A. Bercovitz. Dichas aportaciones, empero, no lograron socavar los elementos básicos del sistema, que nació con varias décadas de retraso.¹⁴⁶ Otras peculiaridades del sistema italiano debidas a la influencia de P.S. Mancini fueron, el carácter perfectamente bilateral de sus normas y la ausencia casi absoluta de cláusulas en favor de la *lex fori* (en el pensamiento de Mancini, esto se debía a la paridad de Estados que tenía, aunque se le consideraba el fundador de la escuela nacionalista de Derecho internacional privado)¹⁴⁷.

Tampoco el referido Capítulo IV, agotó con mucho, las normas del DIPr español, ni siquiera las generadas por las normas contenidas en tratados internacionales. Ciertamente, eran muy pocos los Convenios internacionales suscritos por España en el ámbito del Derecho aplicable; baste referirse al Convenio de La Haya relativo a la tutela de menores, de 12 junio 1902, que ya había quedado totalmente desfasado en aquellos momentos, sobre todo tras el fallo alcanzado por la CIJ en 1958; esta circunstancia no impidió, sin embargo, que tal texto inspirase de alguna manera el art. 9, 6.º, del Código civil, contribuyendo a reiterar en el Derecho internacional privado autónomo una reglamentación obsoleta.

de los años debe ofrecer luz sobre los fríos datos nominalistas fruto de la presencia formal en instancias codificadoras más sin efectiva y eficaz aportación. Los preceptos del DIPr español de 1974 registraron cinco nombres propios: A. Miaja de la Muela (por medio del procurador J. Esperabé de Arteaga), M. de Angulo Rodríguez (a través de su padre el procurador Angulo Montes) en la fase de la Ley de Bases y J.D. González Campos (con el concurso del vocal de la CGC Alberto Bercovitz), en la etapa de redacción del texto articulado y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón en el Dictamen del Consejo de Estado, donde el “futuro padre de la Constitución” “mostró que la excelencia de sus orígenes académicos en la Cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad complutense no había sido en vano. Baste atender a que una parte sustancial del informe elaborado por este alto organismo influyó decisivamente en el capítulo específico de este ordenamiento y la razón de no haber podido ir más adelante fueron los limitados cauces que permitió el peculiar proceso de reforma legislativa.

¹⁴⁵ Resulta obligado aquí referirse al “Seminario Interdisciplinar para la Reforma del Título Preliminar del Código civil”, que tuvo lugar en la Universidad de Oviedo el curso académico posterior a mayo de 1974, con las consiguientes interrupciones que el lector podrá suponer, y que fue dirigido por los profesores J.D. González Campos y V. Montés Penadés. El nulo apoyo de las autoridades académicas de la época impidió desgraciadamente una publicación global de las ponencias y comunicaciones a cargo, al margen de los profesores citados de L. Díez Picazo, L.I. Sánchez Rodríguez, M.P. Andrés Sáenz de Santa María, J.M^a Laso Prieto, M. Atienza, J.C. Fernández Rozas, entre otros... Quede, sin embargo, constancia de este esfuerzo colectivo e interdisciplinar, poco usual en la Universidad española de la época, y de la que da buena cuenta el prólogo del libro de M. ATIENZA y otros, *Política y derechos humanos*, Valencia, Torres, 1976. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La aportación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al progreso del Derecho internacional”, *Historia de la Facultad de Derecho (1608–2008)*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010, pp. 495–570, esp. p 557

¹⁴⁶ El sistema italiano de DIPr vigente en aquellos momentos seguía conservando las características derivadas de los art. 6 a 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865 fruto de la inspiración directa de P.S. Mancini basada esencialmente en: a) la primacía de la ley nacional en el ámbito del estatuto personal y del Derecho de familia; b) el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, aunque exclusivamente en el ámbito de los contratos civiles y mercantiles; c) la atribución de un papel central a las leyes territoriales tanto en lo que se refiere a la disciplina de los derechos reales como al concepto de orden público. Vid. J. DIENA, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Italie”, *Rec. des Cours*, vol. 17, 1927, pp. 361 ss; P. ESPERSON, “Le droit international privé dans la législation italienne”, *Journ. dr. int.*, 1884, pp. 175 ss; C.F. GABBA, “Gli articoli 6–12 del titolo preliminare del Codice civile italiano”, *Annali della Giurisprudenza italiana*, t. I, 1867, 4ª parte, pp. 3–12; N. STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, 1, Turín, UTET, 1919, pp. 676–753. Los anteriores postulados fueron reafirmados y desarrollaron en la codificación de 1939–42, que estableció las normas generales de conflicto en los art. 17–31 de las disposiciones preliminares, e introdujo en el propio código (arts. 2505–2510) otras normas, que en cualquier caso no han desempeñado ningún papel importante en la práctica, sobre las sociedades mercantiles con elementos internacionales.

¹⁴⁷ T. BALLARINO, “Codification du droit international privé italien”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1990, vol. 10, 1992, pp. 95–116.

Afortunadamente, en el seno de la CGC la referida norma fue matizada introduciendo algunas soluciones procedentes del Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 octubre 1961, al que tardaría España muchos años en incorporarse. Pero lo más sorprendente es que en el momento de la redacción del artículo 9, 7.º, del Código civil España país hacía dos meses que se había incorporado al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 24 octubre 1956, que mantenía unas soluciones marcadamente diferentes al mencionado precepto. Y ello es tanto más grave por cuanto ya en La Haya se había elaborado en 1973 un nuevo Convenio en la materia¹⁴⁸

2. Ámbito de aplicación

34. Las normas de DIPr suscitan problemas generales que buscan respuestas para el funcionamiento del sistema estatal en su conjunto, afectando la formación de este ordenamiento, sus fuentes jurídicas, y su ámbito de eficacia en el tiempo y espacio. En la aplicación posterior del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc, destacaron dos cuestiones importantes: la validez temporal de sus normas, afectada por las modificaciones legislativas y la incorporación de España a numerosos tratados internacionales, y la incidencia de estos tratados en el sistema. Menos problemático fue la determinación de la validez territorial de los arts. 8 a 12 Cc, ya que, según el art. 12.6º.I, los tribunales y autoridades españolas aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español, subrayando el carácter territorial de estas normas dentro de España¹⁴⁹.

A) Cuestiones de Derecho intertemporal

35. Desafortunadamente, el sistema español DIPr se caracteriza por la insuficiencia de las normas de Derecho transitorio o por la proyección en las mismas de discutibles valores que muchas veces desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. En efecto, las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos civiles, no pueden dar una respuesta coherente a estas cuestiones. Es bien sabido que la regla tradicional encuentra cabida en el art. 2.3º Cc y que su formulación, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley¹⁵⁰, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica¹⁵¹. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio.

No obstante, a lo largo del siglo XIX y a principios del siglo XX la doctrina puso de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar, así como el fracaso de un criterio

¹⁴⁸ Esta situación sería evidenciada en la CGC por el vocal A. Bercovitz, que proponía una redacción alternativa sobre la base de este último instrumento internacional (cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67 ss).

¹⁴⁹ Desde una perspectiva conflictualista y de coherencia metodológica se criticó la ubicación de este apartado dentro de la norma general del art. 12 Cc pues situar obligación del juez de aplicar las normas de conflicto al final de las disposiciones generales puede comprometer la imparcialidad que establece la norma de conflicto bilateral, que otorga igual peso a la ley del foro y a la ley extranjera. Para preservar esta igualdad, las normas de conflicto deben aplicarse tan pronto como el juez o las autoridades detecten un elemento extranjero en el caso. De ahí que la obligación de aplicación de oficio debería ubicarse al inicio del artículo, inmediatamente después de la operación de calificación, garantizando así un enfoque coherente en las relaciones internacionales privadas. Cf. C. BECHEREL, *La codification en droit international privé: une perspective universaliste en matière de conflit de lois?*, Thèse, Université de Normandie, 2022, p. 34.

¹⁵⁰ Cf. F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 36 ss.

¹⁵¹ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España* (reimpr.), Madrid, 1984, pp. 635–636. Un estudio de la evolución histórica de la regla con anterioridad al Cc se encuentra en los trabajos de A. MARÍN MONROY, “La irretroactividad de la ley en los Fueros”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 183, 1943, pp. 521–525; “La irretroactividad de la ley en las Partidas”, *ibid.*, n° 184, 1943, pp. 569–578; *id.*, “La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo”, *ibid.*, n° 186, 1943, pp. 751–757 y n° 189, 1944, pp. 94–161; *id.*, “La irretroactividad de la ley. Derecho romano transitorio”, *ibid.*, n° 201, 1945, pp. 99–105.

apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse¹⁵². Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias del Código civil a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada¹⁵³. Sobre todo, en una época de profundos cambios legislativos en los que el Código ha perdido el carácter de sacralidad que poseyó en sus orígenes. La regla general del 2.º Cc posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

Se observa en algunas modificaciones del Cc español cómo los valores introducidos por las nuevas normas se proyectan a situaciones anteriores. En concreto, el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley que inspiró la Ley 11/1981, de 13 de mayo, poseía una retroactividad plena en las disposiciones transitorias, 1ª, 5ª y 6ª, en tanto que incluye una retroactividad relativa, en orden a la aplicación de la disposición más beneficiosa, en las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 4ª. De todas estas normas, la disposición transitoria poseía un carácter general que, desdichadamente, encontró muchas dificultades para aplicarse en toda su extensión por la jurisprudencia¹⁵⁴. También resulta paradigmática de la proyección de los nuevos valores con carácter retroactivo, la solución ofrecida por las Disposiciones transitorias de la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Cc y de la LEC en materia de adopción

Si desde la propia dimensión del DIPr se ha estimado que las normas de conflicto poseían un sistema de Derecho transitorio *ad hoc*, distinto del de las normas materiales, siendo esta tesis defendida con vigor desde distintas posiciones¹⁵⁵, hoy tanto la doctrina, como la jurisprudencia comparada se inclinan, al menos como regla de base, por la asimilación¹⁵⁶. Con independencia de que este planteamiento no pueda ser aceptado en función de la acción del principio de especialización, que debe incidir por igual en el DIPr y en el Derecho intertemporal¹⁵⁷, no cabe duda alguna de que en el resto de los sectores del DIPr existen problemas intertemporales que con frecuencia poseen una mayor entidad, aunque sólo sea desde una observación global de la práctica de los Tribunales.

36. Consecuentemente, se imponen unas reflexiones generales en torno a la dimensión intertemporal de las normas de conflicto del Código civil. La primera y más importante de ellas gira en torno a la omisión en la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 de disposiciones transitorias para reglamentar los efectos de las situaciones generadas con anterioridad. Y ello en atención a tres datos esenciales: a) que el sistema anterior no respondía en su totalidad a criterios conflictuales, encontrándonos con un supuesto de sucesión de procedimientos de reglamentación que ofrecía una nueva dimensión al problema; b) que el sistema anterior ante su insuficiente reglamentación había sido completadas por

¹⁵² Un estudio verdaderamente exhaustivo sobre esta cuestión fue realizado por D. DONATI, “Il contenuto del principio della irretroattività della legge”, *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV, 1915, pp. 235–257 y 117–193.

¹⁵³ Vid. por todos, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 653–673.

¹⁵⁴ Una relación valorativa de la misma se encuentra en el estudio de J.A. SERRANO GARCÍA, “El Derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIX, 1986, esp. pp. 1.281 ss, donde también se detallan los distintas posiciones doctrinales al respecto. Fuera de este contexto, aunque centrado en la misma Ley, vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, “Sobre la disposición transitoria 7ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil”, *Diario La Ley*, nº 1936, 1988, pp. 1–2.

¹⁵⁵ Dentro de las diversas síntesis sobre las doctrinas en presencia destaca la realizada por A. GIARDINA, *Successione di norme de conflitto*, Milán, Giuffrè, 1977, pp. 65–97. Entre las posiciones que más vigorosamente han defendido la especialidad de las normas de conflicto en la materia cabe retener la de Niedner, según la cual, debido al carácter de Derecho público de dichas normas tienen efecto retroactivo; en la misma dirección pero más moderadamente se pronunció I. SZASZY, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie des droits privés)”, *Rec. des Cours.*, vol. 47, 1934, pp. 169–170.

¹⁵⁶ En nuestro país, J. de YANGÜAS MESSIA había rechazado vigorosamente las doctrinas partidarias del principio de retroactividad de las normas de DIPr —recuérdese que este autor era partidario de la denominada concepción estricta—; no obstante, en su opinión, debe prevalecer el respeto a los derechos adquiridos al amparo del sistema legislativo del juez (*Cf. Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 303–304).

¹⁵⁷ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349–1370.

normas de origen jurisprudencial, cuyas soluciones no coincidían totalmente con las nuevas; y, c) que el sistema anterior incluía determinadas normas de carácter convencional que quedaron contrariadas por las introducidas en 1974.

En el primer caso, baste retener que, como puso de relieve J.D. González Campos, “las razones avanzadas por la doctrina en favor de la retroactividad, en relación con el simple cambio operado en un sistema de normas de conflicto o no poseen igual entidad frente a un supuesto..., de cambio en el tiempo de los ‘métodos de solución’ que el DIPr puede utilizar”¹⁵⁸ y que la práctica española ofrece numerosos ejemplos de esta cuestión que reclamaron un tratamiento pormenorizado; baste retener la incidencia sobre el art. 10.6º Cc del art. 1.4º del Estatuto de los Trabajadores de 1980¹⁵⁹, por poner un ejemplo concreto. Del segundo y tercer problema, habla por sí sola una de las más importantes decisiones de la jurisprudencia española en materia de DIPr: la SAP Granada de 12 de febrero de 1975¹⁶⁰.

No es éste el momento de exponer las soluciones adoptadas acerca del carácter retroactivo de la norma de conflicto, por contraposición al resto de las normas del ordenamiento jurídico. Esta cuestión, alcanza gran relevancia tras la entrada en vigor de un nuevo sistema conflictual (recuérdese la polémica que suscitó la entrada en vigor de la Ley de Introducción al Código Civil alemán en 1900)¹⁶¹. Nos limitaremos a advertir que en la hora actual la mayoría de los autores se han inclinado decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes¹⁶²; si bien existen posiciones más matizadas.

37. Desde la perspectiva del sistema autónomo español la respuesta a esta hipótesis se complica por el hecho de que el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, guardó silencio sobre el régimen transitorio a seguir¹⁶³, y ante esta omisión habría que poner de manifiesto el tema del eventual carácter retroactivo de la norma de conflicto en el Derecho español: ¿deberán primar los derechos adquiridos, o debe de estarse a la nueva conexión en base a la especialidad de la norma? La primera solución cuenta hoy con los plácemes de la doctrina, pero en estricta aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil –complementarias del actual párrafo 3º del art. 2 de este cuerpo legal– y considerando al DIPr como “Derecho de aplicación del Derecho”, el tema es susceptible de un examen más pormenorizado.

Tomando como referencia los nuevos valores que se incorporarán cuando nuestro legislador se decida a reformar las normas de DIPr del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc, debe resaltarse en que esta iniciativa quedaría mermada si no incorpora normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad sobre la base de la especialización de las materias reguladas. Indudablemente, la regla tradicional sigue siendo válida en materia de obligaciones contractuales, como evidencia, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento Roma I 1980, al incorporar el indudable valor de la seguridad jurídica. Pero otras instituciones requieren soluciones más específicas, sobre todo

¹⁵⁸ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, nota a la STS 1ª 5 de abril de 1966, *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 307 ss.

¹⁵⁹ Vid. M. MOYA ESCUDERO, “Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada)*, vol. VIII–IX, 1979–80, pp. 349–362; *id.*, “La ley aplicable al contrato de trabajo en Derecho internacional privado español (Desplazamiento de la conexión autonomía)”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 79–97.

¹⁶⁰ En esta decisión se recoge un complejo problema de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto del foro, suscitado durante la vigencia de la Ley de Bases de 1973 y la entrada en vigor de la reforma de 1974. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *Bol. Informativo del Departamento de Derecho Político (UNED)*, nº 3, 1979, pp. 201–236; *id.*, “Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *Anuario Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada)*, vols. VIII–IX, 1979–80, pp. 27–76.

¹⁶¹ Vid. J. DIENA, “De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé”, *Jour. dr. int.*, 1900, pp. 937 ss.; D. ANZILOTTI, “La questione della retroattività delle regole di Diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 1970 (reproducido en sus *Scritti di Diritto internazionale privato*, Padua, 1960, pp. 377–391); A. Giardina, *op. cit.*, pp. 16–21 (con abundante documentación bibliográfica y jurisprudencial); B. SCHNEIDER, “L’application dans le temps des nouvelles règles de conflit. L’expérience allemande”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVIII, 1972, pp. 164 ss.

¹⁶² Así, A. MIAJA DE LA MUELA, tras examinar las doctrinas en presencia y a propósito de la entrada en vigor del Tit. Prel. Cc de 1974 estimó que “no existe razón alguna para desviarse en su solución del criterio del correspondiente Derecho interno” (*Cf. Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 392).

¹⁶³ La STS 3ª 14 noviembre 1974 planteó indirectamente el problema intertemporal respecto a la recepción de los tratados en el Derecho interno español. Debe tenerse en cuenta que la Ley de Bases de 1973 presentaba una concepción dualista, en tanto que el actual art. 1.5º Cc se inclinó por la tesis monista. Vid. la nota de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *REDI*, vol. XXX, 1977, P. 126.

en el ámbito del Derecho de familia, que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global de mercado, etc...). Los ejemplos seguidos en las últimas reformas globales del DIPr en Europa avalan esta afirmación, aunque con un contenido diverso¹⁶⁴. Se trata de una especialización en orden al contenido del DIPr, pero adolece de excesiva generalidad, al no matizar la extensión retroactiva de la ley a determinados supuestos concretos¹⁶⁵.

38. Las previsiones anteriores debieron de ponerse a prueba con las sustanciales modificaciones al sistema introducido en 1974, pues tras un siglo de estabilidad comenzaron a producirse modificaciones sustanciales en el sistema español de normas sobre Derecho aplicable. En primer término, como consecuencia de las modificaciones parciales realizadas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo o por la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en segundo término, por medio de la modificación de determinadas normas insertas en otros apartados del Código civil, como la practicada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en materia de testamentos; en tercer lugar, por la aparición de nuevas disposiciones en el Cc como la relativa al divorcio de 1981 (nueva redacción del art. 107 Cc); por último, con carácter *ex novo*, o modificativas del sistema anterior: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (art. 10), Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (arts. 98 a 105 y 162 a 167); Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (arts. 145 a 148); etc.. Este proceso corrió paralelo a una política de incorporación masiva a tratados internacionales que alcanzará su máxima expresión el año 1987¹⁶⁶; y, por si esto fuera poco, la eventual y necesaria reforma, dada la interacción de regímenes normativos en vigor, del Tít. Prel. Cc, orientada en base a nuevos postulados, puede aumentar en el futuro la inestabilidad a la hora de determinar la ley aplicable en el tiempo a una determinada situación del tráfico externo. Estamos, pues, en un periodo histórico en el que la aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas y, en concreto, las propias de este ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben de contar con un instrumento normativo de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendentia*.

B) Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales

39. La reforma de 1974 del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc no incluyó una norma expresa que afirmara la primacía de los tratados internacionales en materia de Derecho aplicable, a pesar de la tradición en España de reconocer esta primacía en otros sectores del Derecho internacional privado. Esto contrasta con normativas más modernas que hacen referencia explícita a la primacía de los tratados internacionales. La ausencia de esta cláusula de remisión general podría generar problemas de delimitación normativa en un contexto de creciente pluralidad normativa, donde las normas de origen internacional están ganando terreno. La inclusión de una cláusula de remisión general sería pedagógica y facilitaría al operador jurídico la elección de la norma adecuada dentro de esta pluralidad normativa. Frente a lo que ocurre en las modernas codificaciones de DIPr, la reforma de 1974 no incluyó en el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc una norma expresa que recordase la primacía de los tratados internacionales en esta materia.

¹⁶⁴ En concreto, la Ley federal suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987, fiel al esquema tripartito (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones), tras establecer con carácter general la regla de la irretroactividad (art. 196), fija soluciones concretas en los tres artículos siguientes para cada uno de estos sectores (*vid.* G. BROGINI, “Regole intertemporali del nuovo diritto internazionale privato svizzero”, *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 453–470).

¹⁶⁵ El caso contrario es el de Alemania, pues la disposición transitoria que incluye la Ley de reforma del *EGBGB* de 1986 es un ejemplo a seguir en cuanto a técnica jurídica (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 185–186). Baste señalar que en extensión supera a la de los arts. 8 a 12 C.c., siendo un ejemplo de especialización de las soluciones en el tiempo afectadas por las nuevas disposiciones.

¹⁶⁶ *vid.* las consecuencias para el sistema español de DIPr de esta incorporación masiva a Convenios internacionales en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 148 ss.

Es cierto que existen referencias concretas en algunas normas (art. 9.º, en relación con los Convenios sobre doble nacionalidad y art. 10.4º respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial), pero no existe una cláusula general de remisión. Indudablemente, en el momento en que se redactó el referido Capítulo los tratados internacionales eran observados con cierto recelo por parte del legislador y en cualquier caso era manifiesta su escasa incidencia en aquellos momentos en el sector del Derecho aplicable. Ello no disculpa al redactor del Tít. Prel. Cc de 1974, pues existía una fuerte tradición en nuestro país de afirmar la primacía de los tratados internacionales en otros sectores del DIPr. Baste recordar lo dispuesto en el art. 70 LEC en materia de competencia judicial internacional, en el art. 951 LEC respecto de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, en el art. 300 LEC en relación con el cumplimiento de los emplazamientos y otras diligencias judiciales procedentes de Tribunales extranjeros, o en el art. 15 Cc sobre el ejercicio del comercio por extranjeros en España. Y esta tendencia se reiterará, más recientemente, en el art. 21.1º LOPJ en orden a la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; en el art. 276 LOPJ respecto de la cooperación internacional de las actuaciones judiciales; en el art. 1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, en el art. 1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en el art. 2 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en el art. 9 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria...¹⁶⁷

La vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de DIPr está presente en la mayor parte de los sistemas que, al igual que España, se inspiran en una concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno, confiriéndose así un carácter supletorio al DIPr “autónomo”. No obstante, en el supuesto español, la solución a las cuestiones de incorporación de las normas de DIPr de origen convencional viene determinada en la Constitución y en El Tít. Prel. del Cc, lo que a veces dificulta tal incorporación y plantean problemas de jerarquía interna de las normas internacionales¹⁶⁸; ello cuando no estamos ante convenios que, por su escaso uso, por su antigüedad, o por su carácter reciente son desconocidos por los jueces¹⁶⁹.

40. La existencia de una cláusula de remisión a los tratados internacionales comporta una técnica normativa de alto contenido pedagógico que advierte al operador jurídico de la primacía del régimen convencional sobre el sistema autónomo, que sólo es de aplicación con carácter subsidiario cuando se observe la inexistencia de un Convenio internacional en la materia. Y, en un sector como en el Derecho aplicable, tan sensible a la reglamentación internacional, tal cláusula de remisión general parece altamente aconsejable. Ciertamente que en su defecto operan las normas generales del sistema (arts. 93 a 96 CE y art. 1.5º Cc), pero cabe insistir en esa función pedagógica, sobre todo en un sistema que como el español, las normas de origen internacional están devorando progresivamente la regulación contenida en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc, con los consiguientes problemas de delimitación normativa. Estamos en la actualidad ante un ordenamiento caracterizado por la pluralidad normativa y la labor primaria del operador jurídico debe ser la elección de la norma adecuada al caso dentro de dicha pluralidad.

3. Caracteres globales a la reforma

A) Limitación a los problemas de Derecho aplicable

41. La denominación misma del Capítulo IV, en su calidad de rúbrica introductoria, suscita una primera crítica de alcance global habida cuenta que los arts. 8 a 12 Cc aludieron a un ámbito sumamente restringido del DIPr, entendido como el conjunto de principios y normas que regulan las situaciones

¹⁶⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Virtualidad de los tratados internacionales en la ordenación del Derecho privado transnacional”, *Derecho de los tratados* (M.L. Flores, coordinadora), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023, pp. 455–527.

¹⁶⁸ Cf. K. SIEHR, “Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali”, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 497–507.

¹⁶⁹ Cf. E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *Rec. des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 68–69. Indudablemente el Auto TS de 11 de febrero de 1981 marcó un importantísimo punto de inflexión en la jurisprudencia española en favor de la aplicación de los tratados internacionales. Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 9–13 y bibliografía allí citada.

internacionales. Dichos preceptos se limitaron a responder, ciertamente de manera parcial, a cuál era el Derecho aplicable entre los diversos ordenamientos presentes, con el fin de resolver el ejercicio de los derechos subjetivos en los casos de la vida privada internacional. Pero dejaron fuera elementos esenciales para dar respuesta a esa situación.

En particular, no abordaron la ordenación de los casos en los que los Tribunales españoles podían conocer de litigios que incorporaban elementos extranjeros (competencia judicial internacional, reconocimiento de sentencias extranjeras...), ni aquellos en los que la presencia de un extranjero condicionaba el régimen del procedimiento, ni tampoco la determinación de la eficacia de las decisiones judiciales emitidas por Tribunales extranjeros en España, cuestiones deficientemente reguladas por entonces en la LEC de 1881 y que revestían un carácter esencial para un ordenamiento que aspiraba a brindar una respuesta integral a los desafíos del tráfico jurídico internacional, distinguiéndose de la mera solución de un eventual conflicto de leyes. Desde sus orígenes, el ordenamiento jurídico español había confiado en diversos cuerpos normativos para abordar estas problemáticas.

Y es que en el DIPr español han existido y coexistido diversos procedimientos de producción normativa, que habían adquirido en los últimos años un protagonismo decisivo y que estaban confiriendo al Capítulo IV del Tit. Prel. Cc un carácter cada vez más residual.

B) Rigidez de soluciones

42. En esta misma dimensión de técnica legislativa, la moderna codificación se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer conexiones de carácter alternativo, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo. No ocurrió así, en términos generales, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Cc cuyas normas respondían en esencia al modelo conflictual elaborado por F.K. von Savigny en su estado más puro. Debe recordarse que el autor alemán partía de que la función de la norma de conflicto no era otra que determinar un Derecho material entre los aplicables teóricamente a un supuesto determinado, una ley única con exclusión de todas las demás, con excepción de los correctivos impuestos por la propia norma conflictual. Se trataba de un método, con un alto componente de automatismo y mecanicismo ignorante muchas veces consideraciones de justicia y centrado, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro.

Un ejemplo significativo del sistema español de 1974 es el art. 10.9.º. Sin perjuicio de que más tarde volvamos sobre este precepto, cabe adelantar que la designación que hace a “una” sola ley persigue una finalidad básica, cual es la seguridad y la certeza mediante la simple localización geográfica de un Derecho extranjero. Otro ejemplo lo ofreció el art. 9. 8.º al determinar que la sucesión por causa de muerte se rige, en cualquier caso, por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento: en este caso, al ir acompañada la conexión de una concreción temporal, el margen de flexibilidad es absolutamente inexistente. Son normas que responden con toda claridad a los objetivos trazados por F. K. von Savigny un siglo y medio antes. Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en los Convenios internacionales suscritos por nuestro país, que manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al Juez o a la autoridad que las aplica. Se trata de la denominada “norma de conflicto multilateral”, que persigue aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcionalista¹⁷⁰. La cuestión es si las normas del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil pueden de algún modo incorporar en sí mismas ciertos remedios para evitar una rigidez excesiva y deformadora en la localización de la ley aplicable o, si se quiere, los eventuales peligros de estar inexorablemente ante una ley única¹⁷¹.

¹⁷⁰ J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4, Pamplona, Civitas, 1996, pp. 5239–5270.

¹⁷¹ A. Fernández Pérez, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto”, *REDI*, vol. LXVII, nº 2, 2015, pp. 83–109.

43. Partiendo de la rigidez como regla de base, pueden observarse algunas inflexiones que permiten la apuntada orientación funcionalista, muy desarrollada en la doctrina española de los años ochenta. Así, cuando el art. 10.1º.II, estableció la aplicación de la ley de situación de bien a los derechos reales sobre bienes muebles, el hecho de que la situación del bien sea una circunstancia variable facilita la opción por parte de dos o más leyes distintas (situación del bien en el momento de constituirse el derecho real, al tiempo de producirse sus efectos frente a terceros o en el momento de presentarse la acción), para regular los diversos aspectos de la institución considerada. Asimismo, la utilización de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales como conexión (art. 10.5º), constituyó en sí misma un remedio técnico no formalista ni mecánico; y, en términos parecidos, las denominadas conexiones subsidiarias, existentes en muchos preceptos del capítulo IV, traducen una concepción de política legislativa que se concretan con el empleo de las mismas.

Pero, sin duda, la norma que permitió en mayor medida los objetivos que se proponen y, por tanto, no es correlativa en su solución a la del art. 10.9º, fue el art. 11.1º. Dicha norma, frente a la introducida en la redacción del Código civil de 1889, que contenía la designación a una ley única para la forma de los actos jurídicos (“a las leyes del país en que se otorguen”) ofreció posibilidades técnicas para huir de la rigidez y proporcionar cierto arbitrio a las partes o al Juez en la determinación de la ley aplicable; y, a la vez, constituyó un excelente ejemplo de previsión de conexiones alternativas¹⁷². El precepto introdujo una técnica que, a partir de la satisfacción de un determinado valor, el *favor negotii*, abre la posibilidad de aplicación de una pluralidad de ordenamientos extranjeros (“ley del país en que se otorguen”, “ley aplicable a su contenido”, “ley personal del disponente”, “ley común de los otorgantes” y, en materia de bienes inmuebles, “ley del lugar en que éstos radiquen”). De esta suerte se superó la solución de la redacción de 1889 de perseguir obsesivamente la seguridad jurídica por el cauce de la ley única, pues las conexiones alternativas poseen un mayor grado de funcionalismo. No obstante, tanto el Juez como las partes están limitadas y, en última instancia, la función judicial opera dentro de un límite de posibilidades cerradas, que aleja el método de la “norma de conflicto multilateral” de la solución nortamericana de la *proper law*, pero que constituye un relativo acercamiento entre ambas.

C) Discreta apertura a materias no civilistas

44. Los arts. 8 a 12 Cc introducidos en 1974 no proporcionaron una reglamentación general para el conjunto de las relaciones privadas internacionales, centrándose principalmente en la solución de conflictos de leyes “civiles” y excluyendo las relaciones comerciales internacionales. Esta ordenación, aunque pretendía ser general, reguló solo parcialmente las relaciones del Derecho internacional privado, ignorando la influencia de normas de Derecho público sobre las relaciones civiles y mercantiles. Además, incluso en el ámbito civil, estos preceptos nacieron incompletos, regulando muchas cuestiones de forma muy general y con conexiones únicas que a menudo no son adecuadas para las necesidades actuales del Derecho internacional privado. También omitieron varias instituciones civiles importantes, como los esponsales, la celebración y nulidad del matrimonio, y contratos específicos

El carácter marcadamente “civilista” de las normas de DIPr en el Tit. Prel. Cc presentó algunas excepciones, pero estas no demostraron una intención del legislador de crear un “sistema general”. Por ejemplo, el art. 8.1º se limitó a establecer la aplicabilidad de las leyes penales, de policía y de seguridad pública en el territorio español, mientras que el art. 8.2º determina la ley aplicable al procedimiento civil, que estaría mejor situada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, el art. 10.6º, se refirió a la ley aplicable al contrato de trabajo, pero esta materia debía regularse de manera más adecuada en el Estatuto

¹⁷² Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ-ARCE, “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil...*, loc. cit., pp. 406 ss; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La forma de los actos jurídicos en el Derecho internacional privado”, *Documentación Jurídica*, nº 24, 1979, pp. 873–893; J.M. ESPINAR VICENTE, “El artículo 11 del Código civil español. Una posible lectura”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos. Escuela Social de Granada*, vol. X–XI, 1981–1982, pp. 423–441; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 797–842; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998.

de los Trabajadores¹⁷³. A pesar de la exclusión general de las relaciones comerciales internacionales, el Título Preliminar menciona de manera inconsistente los “títulos valores” (art. 10.3º) y las compraventas de muebles corporales en establecimientos mercantiles (art. 10.5ºII), lo que demuestra una falta de coherencia en la técnica legislativa.

El carácter civilista del Tit. Prel. Cc en Derecho internacional privado se evidencia en su enfoque en conflictos de leyes civiles, excluyendo relaciones comerciales internacionales. La reforma de 1974 mantuvo la ley nacional para cuestiones personales y jurídicas, aunque esto resultó anticuado. Se incorporó la noción de “residencia habitual” sólo en ciertos casos. La autonomía de la voluntad en contratos está restringida, a diferencia de codificaciones modernas y del Convenio de Roma de 1980 y posteriores Reglamentos de la UE que introdujeron mayor flexibilidad. Las normas sobre obligaciones no contractuales también se vieron desactualizadas y en parte corregidas por la adhesión de España a convenios internacionales, especialmente en accidentes de tráfico y responsabilidad por productos frente a lo dispuesto en el art. 10.9º.I Cc.

45. Sin negar que las normas de conflicto continúan desempeñando un papel importante en el tráfico mercantil internacional¹⁷⁴, su insuficiencia ha impulsado el desarrollo de normas transnacionales de Derecho uniforme junto a importantes manifestaciones de autorregulación por parte de los participantes en dicho tráfico¹⁷⁵. Si bien la convivencia de ambos enfoques resulta necesaria para abordar la complejidad del comercio globalizado poniendo de manifiesto que la unificación de normas, tanto de conflicto como sustantivas, sigue siendo un objetivo relevante y que las iniciativas internacionales desempeñan un papel esencial en la modernización y adaptación del DIPr al entorno contemporáneo. Las normas de conflicto clásicas como las contenidas en el Tit. Prel. Cc, diseñadas para designar la ley aplicable a una relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos, mostraron su insuficiencia para responder adecuadamente a los problemas derivados del tráfico mercantil internacional y se enfrentan a desafíos derivados de la globalización, la transformación de las relaciones comerciales y la creciente complejidad de los mercados internacionales. En efecto, el método conflictual, aunque útil en su contexto original, ha sido objeto de fuertes críticas en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales por: a) una abstracción excesiva, pues el referido método es conceptual y general, lo que dificulta su aplicación en un entorno comercial dinámico y práctico; b) la falta de adecuación al tráfico internacional, al “nacionalizar” las relaciones internacionales mediante la referencia a un ordenamiento jurídico interno, este método ignora que muchas normas nacionales no fueron concebidas para abordar situaciones internacionales, lo que genera incoherencias e incertidumbre; y, c) la resistencia de los operadores de los negocios internacionales, que han mostrado recelo hacia estas normas, ya que prefieren soluciones más concretas y ajustadas a las necesidades del tráfico internacional¹⁷⁶.

Frente a las limitaciones del método conflictual, el tráfico mercantil internacional ha sido testigo del desarrollo de normas transnacionales de origen extraestatal, como las elaboradas por la Uncitral o el Unidroit. Estas normas, aparte de internacionalizar el comercio mediante la armonización o unificación de reglas aplicables a nivel global, ofrecen soluciones adaptadas a las particularidades del comercio internacional, superando las dificultades asociadas a la remisión a sistemas nacionales. Sin embargo, la

¹⁷³ M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.6º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 694–703.

¹⁷⁴ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Editorial: Consejo Superior del Notariado, Madrid, 2003 (capítulo IX); *id.*, “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII, *Comercio exterior* (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83–137; *id.*, “Carencias de la unificación en la ordenación de las transacciones internacionales” *Derecho mercantil internacional. La unificación del Derecho privado*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012, pp. 13–70. Desde esta perspectiva conflictualista resulta obligada la referencia al libro Y. LOUSSOUARN y J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, pp. 8–9 y en España J.Mª ESPINAR VICENTE, “Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, 1996, pp. 321–338.

¹⁷⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho Privado Material”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, 2005, Madrid, Eurolex, pp. 1765–1786

¹⁷⁶ F.K. JUENGER y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15–47. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación...*, *op. cit.*

creación de un verdadero Derecho uniforme en el ámbito mercantil sigue siendo limitada. Aunque estas normas reducen la dependencia del método conflictual, no lo eliminan por completo. La coexistencia de normas uniformes y reglas conflictuales sigue siendo necesaria, especialmente ante la escasez de instrumentos uniformes aplicables a todos los casos¹⁷⁷.

La evolución del DIPr refleja un esfuerzo por superar las deficiencias de las normas de conflicto tradicionales y la distinción entre la nacionalización, mediante la aplicación de normas de conflicto tradicionales, y la internacionalización, mediante la unificación normativa, se ha vuelto menos tajante. El trabajo de los legisladores internacionales refleja un enfoque híbrido en el que ambas técnicas se complementan para garantizar la seguridad jurídica en el comercio internacional. Entre los desarrollos recientes destaca la integración de normas materiales por instituciones como la Conferencia de La Haya, que ya no se limita a producir normas de conflicto¹⁷⁸, sino que incursiona en el Derecho sustantivo y el trabajo conjunto de organismos internacionales como Uncitral y Unidroit, que abordan simultáneamente el desarrollo de normas de conflicto y la creación de normas sustantivas

46. El pronunciado carácter “civilista” de las normas de Derecho internacional privado del Título Preliminar del Código civil ofrece algunas excepciones, pero éstas en modo alguno evidencian una vocación genérica del legislador por construir un “sistema general” que incluya la reglamentación de los conflictos de leyes en materia mercantil, no obstante, incurre en algunas excepciones que son inexplicables en pura técnica legislativa; en concreto, al referirse a las “personas jurídicas” (art. 9.11º), a los “títulos valores” (art. 10.3º), a la “propiedad industrial” (art. 10.4º) y a las “compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles” (art. 10.5º.II).

- i) El art. 9.11º.I Cc se centra exclusivamente en determinar la ley aplicable al estatuto personal de las personas jurídicas, dejando de lado problemas muchas cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la personalidad jurídica en contextos internacionales, como aquellos vinculados al ejercicio de actividades económicas en otros Estados. Aunque el artículo establece que la constitución de una sociedad española debe regirse por el Derecho español, esto funciona bien cuando los fundadores buscan constituir una sociedad conforme a las normas españolas. Sin embargo, surgen problemas cuando una sociedad debe considerarse española pese a haber sido constituida conforme a un Derecho extranjero. Este tipo de situaciones exige un análisis adicional en el ámbito del reconocimiento de sociedades extranjeras¹⁷⁹. Por último, este precepto resulta insuficiente frente a la globalización del tráfico societario al no abordar adecuadamente las complejidades derivadas de la globalización del tráfico societario, donde el reconocimiento y la operatividad de las sociedades en distintos países son cuestiones centrales. La norma no ofrece soluciones claras para situaciones en las que las sociedades creadas según un Derecho extranjero buscan operar en España, ni para el reconocimiento de estas. Por consiguiente, aunque el art. 9.11º Cc proporciona un marco básico para regular el estatuto personal de las personas jurídicas, su enfoque es insuficiente para resolver los problemas derivados del tráfico societario internacional. Las lagunas en el reconocimiento de sociedades extranjeras y las tensiones entre los criterios de nacionalidad dificultan la aplicación de esta norma en contextos transfronterizos, revelando la necesidad de un marco normativo más adaptado a la realidad global.

¹⁷⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209–5237; *id.*, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, *La unificación jurídica europea* (J.M. García Collantes, dir.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 16–44.

¹⁷⁸ J. BASEDOW, “The Hague Conference and the Future of Private International Law: A Jubilee Speech”, *Rebels Z.*, 2018, nº 4, p-p. 922–943.

¹⁷⁹ Según el art. 28 Cc, las personas jurídicas tienen nacionalidad española si cumplen con una doble condición: estar domiciliadas en España y haberse constituido conforme a la ley española. Sin embargo, las normas sectoriales, como las relativas a sociedades anónimas (art. 5 LSA) y sociedades de responsabilidad limitada (art. 6 LSRL), introducen un criterio adicional vinculado a la sede real (presencia del establecimiento o explotación principal en España). Esta combinación de criterios puede generar incertidumbre y dificultades prácticas en el ámbito internacion l.

- ii) A la hora de abordar la determinación del Derecho estatal aplicable a la fusión internacional de sociedades el art. 9.11º II Cc deben tenerse en cuenta las respectivas leyes personales de las sociedades participantes en la operación. Sin embargo, esta regulación genera incertidumbres y problemas prácticos, pues la literalidad del precepto podría interpretarse como una remisión automática y conjunta a todas las leyes personales de las sociedades implicadas, lo que sería impracticable en muchos casos¹⁸⁰. La interpretación más aceptada reconoce que esta acumulación no siempre procede, requiriendo analizar la cuestión concreta a regular para decidir si se aplican todas las leyes involucradas o sólo una de ellas. Esta falta de claridad genera inseguridad jurídica y dificulta la operatividad en fusiones complejas. A ello se añade que el precepto no establece criterios específicos para decidir en qué casos debe aplicarse una ley personal o si deben concurrir varias. Esto obliga a un análisis casuístico que puede llevar a resultados inconsistentes y a interpretaciones divergentes por parte de los operadores jurídicos. Para cuestiones esenciales como la disolución y extinción de las sociedades que desaparecen en la fusión, el artículo remite al Derecho nacional de cada sociedad fragmentando la regulación complicando la coordinación entre los diferentes ordenamientos jurídicos involucrados, al no prever un tratamiento armonizado para operaciones transfronterizas.
- iii) El art. 10.3º Cc regula la emisión de títulos valores en el ámbito internacional, consolidando la ley del lugar de emisión como el criterio rector en la regulación de títulos valores y fortaleciendo la seguridad jurídica y la competitividad del mercado español en el contexto internacional. Este precepto garantiza: que el mercado de emisión de títulos en España opera bajo un conjunto homogéneo de reglas, independientemente de la nacionalidad o sede social de la sociedad emisora a la vez que asegura un marco estable y confiable para quienes adquieren títulos emitidos en España¹⁸¹. Sin embargo, el alcance de este precepto es limitado y su enfoque unilateral plantea desafíos significativos en un contexto globalizado. Para mejorar su eficacia, sería necesario un enfoque más integral y coordinado con las normativas internacionales, capaz de abordar las etapas completas de los títulos valores y facilitar su integración en mercados transnacionales.
- iv) El art. 10.4º Cc establece que los derechos de propiedad intelectual e industrial serán protegidos en España conforme a la ley española, respetando los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte¹⁸². Este precepto, aplica la *lex loci protectionis* alineándose con los compromisos asumidos por España en convenios y tratados internacionales, promoviendo una armonización con los estándares internacionales en materia de propiedad intelectual e industrial¹⁸³. Su enunciado aunque es unilateral en su formulación, admite la aplicación de leyes extranjeras en casos específicos, como en procedimientos relacionados con derechos protegidos en otros territorios, ampliando su funcionalidad en contextos internacionales. En cuestiones de infracción y daños, el art. 10.4º deja sin efecto al 10.9º, lo que puede generar conflictos interpretativos en cuanto a la responsabilidad por actos ilícitos relacionados con la propiedad intelectual o industrial.

D) Subsistencia de componente publicistas y normativistas

47. Como resultado, el Decreto 1836/74, de 31 de mayo sustituyó el enunciado de su “Título Preliminar”, rotulado “De las Leyes, de sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación”, por

¹⁸⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.11º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., t. I, vol. II. Madrid, 1995, pp. 479–525.

¹⁸¹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 10.3º”, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 110–111; M. MOYA ESCUDERO, “Art. 10.3º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., t. I, vol. II, Madrid, 1995, pp. 572–576.

¹⁸² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*, Granada, Comares, 1994

¹⁸³ M. VIRGÓS SORIANO, “Art. 10.4.º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 587–608.

una rúbrica mucho más congruente: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”¹⁸⁴. Al mismo tiempo dividió la materia regulada en cinco capítulos, dedicando el cuarto (arts. 8 a 12) a las “Normas de Derecho internacional privado”.

Apareció así, por vez primera en el Código civil español, una referencia al ordenamiento jurídico regulador de las relaciones del tráfico privado externo. Dicha referencia supuso, indudablemente, un cambio de concepción del legislador, que pasó de un enfoque en el que subsistía un componente “publicista” y “normativista”, donde el acento se ponía en las relaciones entre Estados soberanos y en los “conflictos” entre distintas leyes en presencia respecto a la regulación de un caso determinado de “Derecho civil”, a una concepción “privatista” cuyo punto de partida será radicalmente diverso. A partir de 1974, se introduce, en rigor, un sistema normativo que tomará como referencia una serie de hechos y relaciones de la vida real que se hallan vinculados con distintos órdenes jurídicos, entre ellos el español, y que, por este hecho, deben tener una respuesta por parte de nuestro ordenamiento.

Las nuevas normas pusieron fin a una determinada concepción, basada en “las leyes y sus efectos” en el espacio, que se acomodaba a la tradicional “teoría de los estatutos”, “hasta donde sea conveniente”, de conformidad con lo establecido en la Base 2ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, que fijaba las bases para la publicación del Código civil¹⁸⁵, el nuevo sistema se caracterizará, en términos generales, por una reglamentación de carácter bilateral. Los preceptos elaborados en 1974 se configuraron, según la Exposición de motivos del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, “no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cual es el Derecho, propio o extranjero, aplicable”¹⁸⁶. Dicho de otro modo, estábamos en presencia de un conjunto de normas dictadas por nuestro legislador, “de Derecho internacional privado”, cuyo cometido era la reglamentación de la vida jurídica internacional de los operadores jurídicos a diferencia de las denominadas “normas de Derecho material”, que reglamentan situaciones jurídicas conectadas únicamente con el ordenamiento español.

48. Pese a este indudable avance del legislador de 1974, frente a la situación anterior, “insuficiente de suyo y desfasada por los cambios operados en las realidades sociales y políticas, en la técnica y en el propio régimen de convivencia e intercambio apreciable en las personas y en los pueblos” no se consiguió una reforma satisfactoria. Baste referirse a que no albergó “la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo”¹⁸⁷. En efecto, la propia rúbrica del Capítulo IV suscitó con carácter introductorio una crítica de carácter global. Y es que los arts. 8 a 12 Cc aluden a un aspecto muy limitado del ordenamiento jurídico conocido con el nombre de “DIPr”, entendido como el conjunto de principios y normas que regulan las situaciones internacionales. Dichos preceptos determinan, de manera muy parcial, cuál es el Derecho aplicable, entre diversos ordenamientos en presencia, para determinar el ejercicio de los derechos subjetivos de los supuestos de la vida privada internacional, pero ignoran aspectos de mayor relevancia si cabe. En concreto, la ordenación de los casos en los que los Tribunales españoles pueden conocer de litigios que incorporan un elemento de extranjería (competencia judicial internacional), o aquellos en donde la presencia de un extranjero condiciona el régimen del procedimiento o, finalmente, la determinación de la eficacia que tienen en España las decisiones judiciales dictadas por Tribunales extranjeros. Se trata de cuestiones esenciales a un ordenamiento cuya función es una “respuesta global” a los problemas del tráfico privado externo y no la solución de un eventual “conflicto de leyes”, que en el ordenamiento jurídico español han descansado, desde sus orígenes, en cuerpos normativos diversos.

¹⁸⁴ Cf. M. BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 39–40.

¹⁸⁵ Sumamente expresiva de esta concepción es la rúbrica dedicada por J. CASTÁN TOBEÑAS a esta materia, que se refiere a los “Límites de la eficacia de las normas jurídicas en el espacio” (cf. *Derecho civil español, común y foral*, 10ª ed., t. I, vol. I, Madrid, Reus, 1962, pp. 470 ss).

¹⁸⁶ Contrariamente ese propósito de bilateralidad, algunas normas contenidas en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc incluyen técnicas de reglamentación alternativas que integran en sí mismas la consecuencia jurídica o efecto sustancial. Cf. P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 85 ss.

¹⁸⁷ Exposición de Motivos del Decreto 1836/74.

49. La distribución de materias reguladas en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc siguió reflejando la impronta estatutaria y evidenció una escasa adaptación a las necesidades contemporáneas del tráfico jurídico externo. Así, el art. 9 abarcó cuestiones propias del “estatuto personal”, ofreciendo una respuesta al tema de la capacidad, aunque dejando fuera aspectos relevantes como los derechos de la personalidad. Además, se extendía al “estatuto familiar”, incluyendo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, filiación y alimentos entre parientes, e incluso otras materias más alejadas de su núcleo originario, como las sucesiones *mortis causa*. El art. 10 se dedicaba al denominado “estatuto real y obligacional”, mientras que el art. 11 reguló el “estatuto formal”. Finalmente, el art. 12 abordó los denominados “problemas generales” de aplicación de las normas de conflicto. Sin embargo, la solución de estos problemas no quedó restringida exclusivamente a este último artículo.

En virtud de su vinculación con normas específicas, los arts. 9 y 10 ofrecieron respuestas concretas a problemas particulares, como la ley aplicable a individuos con doble nacionalidad (art. 9.9º)¹⁸⁸, la regulación de los apátridas o personas con nacionalidad indeterminada (art. 9.10º)¹⁸⁹ y la aplicación de la ley del foro en casos contractuales que vulneraran el interés nacional (art. 10.8º)¹⁹⁰.

Esta estructura reflejó una organización basada en conceptos tradicionales que, aunque lógica en su contexto histórico, evidenció limitaciones frente a las exigencias de un tráfico jurídico internacional cada vez más complejo y dinámico.

4. Especialización de las categorías normativas

A) Apertura limitada

50. Las normas de DIPr contenidas en el Capítulo IV del Tít. Prel Cc no poseen un contenido uniforme, pese a formar parte de un subsistema integrado. Dicho subsistema comprende dos tipos de normas. Unas, denominadas “reguladoras”, que tienen como función llevar a cabo la reglamentación sustancial de las situaciones del tráfico externo, estableciendo concretas respuestas jurídicas a tales situaciones (arts. 8 a 11). Otras, llamadas “de aplicación”¹⁹¹, cuya misión es dar respuesta a los problemas surgidos en el proceso de aplicación de las primeras por parte del Juez u otra autoridad estatal (art. 10.8º, y art. 12). Estas normas diversas integran, en su conjunto, el denominado método de atribución o indirecto que ha sido el que presidió el origen de la reforma.

Frente a la escueta situación anterior a 1974, en la que el legislador daba respuesta a grandes bloques de relaciones jurídicas en únicamente siete normas, la reforma de 1974 se orientó a una cierta especialización de las soluciones fragmentando dichas relaciones y dando respuestas concretas a situaciones mucho más localizadas. Baste retener que la reforma de 1974 introdujo 33 normas concretas¹⁹². Esta diversidad, aunque a todas luces insuficiente, supuso de algún modo un distanciamiento del modelo de norma savigniana, que presentaba un relativo grado de generalidad o abstracción; dicho modelo, presente en el Código civil de 1989, pretendía resolver los problemas del tráfico externo alejado de las circunstancias concretas del litigio, aunque ha tenido defensores, pues responde a unos evidentes objetivos de política legislativa semejantes a los que avalan éstas a una solución basada en una “ley única”. La defensa de la generalidad de la norma de conflicto descansa en el denominado por la doctrina francesa

¹⁸⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Artículo 9.9º del Código civil: doble nacionalidad”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392–428.

¹⁸⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 9.10º del Código civil: ley aplicable de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada”, *ibid.*, pp. 429–479.

¹⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, vol. XXXI, nos. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137.

¹⁹¹ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 58–59. Por el carácter instrumental que presentan las normas de aplicación respecto a las normas reguladoras, al establecer los cauces que ha de seguir el intérprete al utilizarlas, reciben también la denominación de “normas de funcionalismo”. Cf. J.Mª ESPINAR VICENTE, *DIPr español*, vol. I, Málaga, Facultad de Derecho, 1984, p. 116.

¹⁹² Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, I, 9ª ed., Madrid, 1985, p. 567.

“respeto a los grupos normativos” o a la unidad en la reglamentación de las instituciones¹⁹³. Al evitarse la fragmentación en la regulación de un supuesto concreto, por ejemplo, las “sucesiones por causa de muerte” a través de normas de conflicto generales, al que el Tít. Prel. dedicó un único precepto (art. 9.8º) frente a más de 400 artículos de Derecho material del Código civil, se aseguró un cierto nivel de coherencia en la solución final de una institución, sometiéndola a los mismos principios rectores, colmando las lagunas y desechando eventuales desajustes.

No obstante, la generalidad de la norma de conflicto, a la vez que su rigidez, puede afectar a legítimos valores de seguridad jurídica y de justicia material. Por eso el moderno diseño de norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente a la generalidad de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la sectorialización del Derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos. Baste como ejemplo comparar la generalidad del art. 10.9º con la especialización que introdujo el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que otorga soluciones concretas en función de que en el accidente intervengan uno o varios vehículos, el país de la matriculación de éstos, el lugar donde ha ocurrido el accidente, la residencia habitual de la víctima, etc¹⁹⁴. En suma, cabe concluir que pese a que el legislador de 1974 inició una tímida apertura hacia la especialización, manifiesta en el ámbito del Derecho de familia, el sistema conflictual surgido del Capítulo IV del Tít. Prel. Cc fue marcadamente anacrónico, lo que obligó muchas veces al intérprete a una difícil labor de adaptación de la norma al caso concreto; algo que no favorece la tendencia unitaria a la reglamentación de las relaciones del tráfico privado externo.

B) Características de las “normas reguladoras”

51. La generalidad de la norma de conflicto, a la vez que su rigidez, puede afectar a legítimos valores de seguridad jurídica y de justicia material¹⁹⁵. Por eso el moderno diseño de norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente al carácter a general de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la “sectorialización” del Derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos. Baste como ejemplo comparar la generalidad del art. 10.9º Cc con la especialización que introduce el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que otorga soluciones concretas en función de que en el accidente intervenga uno o varios vehículos, el país de la matriculación de éstos, el lugar donde ha ocurrido el accidente, la residencia habitual de la víctima, etc. Pese a que el legislador de 1974 inició una tímida apertura hacia la especialización en el ámbito del Derecho de familia, el sistema conflictual del Capítulo IV del Tít. Prel. Cc continuó siendo anacrónico obligando muchas veces al intérprete a efectuar una difícil labor de adaptación de la norma al caso concreto; algo que no favorece la tendencia unitaria a la reglamentación de las relaciones del tráfico privado externo

52. Las normas del Capítulo IV mantuvieron una estructura clásica compuesta por tres elementos: el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y el punto de conexión, buscando determinar cuál era el Derecho aplicable, ya fuese nacional o extranjero, a través de un punto de conexión localizador de la relación jurídica en función de la consecuencia jurídica. Este enfoque savigniano predominó en los arts. 9 a 11 Cc.

En el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc, se incluyeron normas que empleaban técnicas de reglamentación unilateral o imperativa con el objetivo de definir el ámbito de aplicación de la ley española en el espacio. Por ejemplo, el art. 10.4º estableció que “los derechos de propiedad intelectual e industrial se

¹⁹³ A.L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Pacis artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, vol. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1335–1374.

¹⁹⁴ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505–532; *id.*, “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 727–740; *id.*, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012

¹⁹⁵ S. VRELLIS, “La justice ‘matérielle’ dans une codification du droit international privé”, *E pluribus unum : liber amicorum Georges A.L. Droz : on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, pp. 541–562.

protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española”. Esta norma, difícil de formular bilateralmente, se enfocaba en la protección de derechos dentro de un territorio específico y bajo una ley determinada. La protección de estos derechos implica un enfoque unilateral y favorece la cooperación entre Estados, como lo prevén los convenios y tratados internacionales en los que España es parte¹⁹⁶.

Junto a esta tendencia generalizada, también se aprecia el unilateralismo obligado en ciertas normas formuladas con carácter bilateral. Así, el art. 10.1º Cc determina, en su primer párrafo, que “la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen”. De ahí que la norma contenida en el art. 10.1º, párrafo primero del Cc español haya merecido la calificación de “norma de conflicto aparentemente bilateral

53. La reforma del Código Civil de 1974 se centró en mantener el criterio de la ley nacional en lo relativo a la persona y sus relaciones jurídicas, como reflejado en el art. 9. Este criterio, de “estatuto personal,” comprendió una amplia gama de materias, incluyendo la capacidad, el estado civil, las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, las relaciones paterno-filiales, la adopción, la tutela, los alimentos y las sucesiones. Inusitadamente, también se extendió a las donaciones y, subsidiariamente, a las obligaciones contractuales. Semejante enfoque situó al sistema reformado en una posición similar a la de finales del siglo XIX, periodo dominado por la doctrina de P.S. Mancini, cuando la tendencia actual en torno al “estatuto personal” es mucho más restrictiva, limitándose al estado y condición de la persona, y a los problemas de capacidad y régimen de las incapacidades¹⁹⁷. La reforma no compensó el predominio de la ley nacional con una consideración adecuada de la ley local. Aunque se introdujo la noción de “residencia habitual” gracias a la “enmienda” de A. Bercovitz, ésta solo se aplicaba en casos donde la ley nacional resultaba impracticable, en situaciones residuales, o de urgencia. Además, los tribunales valoraron incorrectamente esta noción, que entró en conflicto con el art. 40.1º Cc de 1889, que define el domicilio como el lugar de la residencia habitual para el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones civiles. Esto creó una discrepancia entre dos conceptos cuyo contenido diverge en la actualidad.

Por otra parte, el imperio de la ley nacional no fue compensado en modo alguno con lo que M. Herrero Rodríguez de Miñón denominase la “aurora de la ley local” en el nuevo Tít. Prel., pues si bien es cierto que se insertó, por obra de A. Bercovitz, la noción de “residencia habitual”, esta conexión sólo era operativa en aquellos supuestos en que la ley nacional era impracticable (arts. 9.9º y 10º) o en situaciones residuales (arts. 9.7º) o de urgencia (art. 9.6º) y, por si fuera poco, dicha noción fue es incorrectamente valorada por nuestros Tribunales¹⁹⁸. En efecto, la noción de “residencia habitual” introducida en 1974 choca con lo dispuesto en el art. 40.1º Cc, cuya versión es de 1889. De acuerdo con este precepto, “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de la residencia habitual...”; es decir, identifica dos conceptos cuyo contenido es dispar en la actualidad.

C) Características de las “normas de aplicación”

54. Situado el Derecho español en la familia jurídica europea-continental, no puede extrañar que el sistema español de DIPr sea un sistema de base legal y no judicial, como ocurre en los países del *common law*. Ello implica una consecuencia importante que, ante la opción entre certeza o seguridad

¹⁹⁶ Además, el art. 22.1º LOPJ refuerza la competencia judicial exclusiva de los tribunales españoles en materia de registros y validez de patentes y derechos similares. Si la protección de estos derechos se busca en otro Estado donde se registraron, es lógico que no se litigue en España. Y, por otra parte, bilateralizar la competencia judicial sería inapropiado, ya que el tribunal español carecería de competencia y no se aplicaría la ley extranjera.

¹⁹⁷ B. Audit, “L'évolution du statut personnel de droit privé : Apogée, déclin, remise en cause”, *150 ans de contributions au développement du droit international: livre du sesquicentenaire de l'Institut de Droit International (1873–2023)*, París, A. Pedone, 2023, pp. 861–872.

¹⁹⁸ Vid. J. Mª ESPINAR VICENTE, “El concepto de residencia habitual en el sistema español de DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 3 ss. En efecto, la noción de “residencia habitual” introducida en 1974 choca con lo dispuesto en el art. 40.1º Cc, cuya versión es de 1889.

jurídica y justicia del resultado, el legislador español se ha inclinado por la primera. Esta regla de base no tiene, sin embargo, carácter absoluto, pues la reforma del Tít. Prel. Cc de 1974 introdujo en varias normas de conflicto puntos de conexión de carácter alternativo con el objeto flexibilizar las soluciones. Pero la norma fundamental que se introdujo en la materia fue el art. 12 Cc que incluyó una serie de mecanismos (conflicto de calificaciones, reenvío, orden público, fraude a la ley, etc...) a través de los cuales puede modificarse sustancialmente la remisión practicada por la norma de conflicto fundada en consideraciones de justicia del resultado.

Es exponente el art. 12 de la rigidez del sistema en la regulación de problemas particulares en DIPr. Aunque la incorporación de España a convenios internacionales ha limitado su ámbito, se mantienen críticas:

- i) Por el uso de la *lege fori* en conflictos de calificación por más que la doctrina haya dispensado una lectura más flexible al art. 12.1¹⁹⁹; y la exclusividad del “reenvío de retorno”. aunque debe tenerse en cuenta que con posterioridad a 1974 tanto el legislador español como la participación de España en ciertos tratados internacionales han introducido otras modalidades de reenvío²⁰⁰; y la crítica ha sido mucho severa al valorar el excesivo papel que el art. 12.3^o confiere al orden público como correctivo funcional del método de atribución, pero debe tenerse en cuenta también que el juego de la excepción ha quedado muy limitada por la incidencia del régimen convencional que vincula a nuestro país y que se inclina por una solución mucho menos rígida a través de la expresión “manifestament incompatible²⁰¹”.
- ii) Por una formulación incompleta de las instituciones reguladas en relación con otras manifestaciones codificadoras de nuestro entorno. Tal es el caso de la regulación del fraude a la ley en DIPr, donde el art. 12.4^o se limitó a ofrecer una definición de la figura, incompleta también, pues omite la referencia al fraude a la ley extranjera, sin indicar expresamente cual es la consecuencia jurídica de los actos cometidos a su amparo. Y lo propio ocurre con la norma que resuelve el denominado problema de la “remisión a un sistema legislativo”, pues el art. 12.5^o no resuelve todos los problemas en presencia, aunque también aquí es muy relevante la regulación convencional de esta figura; además, la generalidad, rigidez y formalismo de este precepto plantea serios problemas de aplicación en el caso de que el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos, o bien sus normas no puedan ser aplicadas por falta de prueba suficiente o por conducir a un resultado manifestamente contrario al fin o resultado material perseguido por la norma de conflicto, cuando ésta se halla materialmente orientada²⁰². En lo que concierne a la crítica al art. 12.6^o nos remitimos a nuestro comentario a este precepto, cuya redacción fue insuficiente y ha dado lugar a una gran confusión

¹⁹⁹ Cf. J.A. CARRILLO SALCEDO, “Art. 12.1^o”, *Comentarios a las reformas...*, loc. cit., pp. 588–592.

²⁰⁰ La solución del art. 12.2^oCc no es la única. Dando prueba de la endémica falta de coordinación que caracteriza la codificación del Derecho internacional privado en España, han aparecido disposiciones que admiten las dos modalidades de reenvío; nos referimos a los arts. 98 y 162 Ley 19/1985, de 16 julio, Cambiaria y del Cheque, que, tras declarar que la capacidad de la persona para obligarse por estos títulos—valores se determina por su ley nacional, establecen que “si esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última”. Desde otro punto de vista, es de señalar que la aplicación del reenvío puede y debe ser descartada, en muchos casos, en la aplicación de las normas de conflicto de origen convencional. En algunos textos, dicha exclusión es expresa, el caso más relevante es el del art. 15 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980, que eliminó cualquier posibilidad de reenvío (tal y como figura en el art. 20 del Reglamento Roma I). Pero, además, en muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, el art. 4 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973.

²⁰¹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12.3^o del Código civil: orden público”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 894–926.

²⁰² En tales casos, se impone arbitrar una solución subsidiaria que no ha sido prevista por el legislador español, que en este punto no retuvo el valor de la enmienda original ni los ejemplos de la codificación comparada o internacional, aunque si existen respuestas doctrinales de gran contundencia. Cf. M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El art. 12.5^o del Código civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 ss.

por parte de nuestros Tribunales y Autoridades, condicionando decisivamente el normal juego de las normas de conflicto del Capítulo I del Tít. Prel. Cc²⁰³.

- iii) Por registrar ciertas ausencias, justificables unas, como el caso de la denominada “cuestión previa”²⁰⁴, pero incomprensibles otras como, por ejemplo, la ausencia de una norma que estableciese la competencia residual del Derecho del foro, la inexistencia de una norma genérica que solucionase el problema del conflicto móvil cuando no exista respuesta en la norma de conflicto pertinente, etc.

Frente a estas críticas, se han ofrecido lecturas del art. 12 Cc que permiten conducir a una mayor flexibilidad del sistema²⁰⁵. Indudablemente las denominadas “normas de aplicación” de las reglas de conflicto pueden ofrecer determinados efectos correctores por parte del juez para evitar soluciones forzadas o excesivamente rígidas. Aunque el reenvío constituye una técnica que ha sido censurada desde diversos puntos de vista, máxime cuando el principio de base radica en que la remisión al Derecho extranjero se entiende hecha a su Derecho material. Sin embargo, resulta indiscutible la flexibilización que puede introducir como factor de corrección de la propia rigidez de las normas de conflicto del foro.

V. Correcciones y vaciamiento del capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil

1. Primera corrección: La Constitución de 1978

A) Acomodación de las normas de Derecho internacional privado a los principios y valores constitucionales

55. Los valores y principios que emanan de los textos constitucionales a partir de la segunda guerra mundial se encuentran presentes en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico y el DIPr no podía ser una excepción, en el sentido de que sus normas deben acomodarse a los preceptos constitucionales o, si se quiere, los principios constitucionales han de inspirar aquéllas, siendo esta proyección particularmente relevante a la hora de establecer un sistema normativo, o en el momento de la aplicación judicial²⁰⁶.

²⁰³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12.6º del Código civil: Aplicación del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 973–1.082.

²⁰⁴ Al margen de su valor teórico, la doctrina de la cuestión previa no presenta relevancia práctica alguna en nuestro ordenamiento, toda vez que nuestros Tribunales y autoridades están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Es cierto que los párrafos 2º y 5º del art. 12 Cc introducen sendas excepciones en materia de reenvío y remisión a un Estado plurilegislativo, pero precisamente es obligado insistir en la interpretación restrictiva a que se hace acreedora toda excepción, unido ello al carácter expreso de las referidas normas, lo cual conduce a la exclusión de cualquier otra excepción contraria al mandato del art. 12.6º.I Cc. En definitiva, sea cual sea la ley aplicable a la cuestión principal, únicamente podrán utilizarse normas de conflicto españolas en la selección de la ley aplicable a la cuestión previa (Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 534).

²⁰⁵ La doctrina española, sin embargo, no fue unánime al respecto. Cf. N. BOUZA VIDAL, “Art. 12.2º”, *Comentarios al Código civil...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 890.

²⁰⁶ Una aproximación a las relaciones entre DIPr en la doctrina extranjera se encuentra en los siguientes estudio: T. BALLARINO, “Costituzione e diritto internazionale”, *Dir. int.*, vol. XXIV, 1970, pp. 18–47; *id.*, “Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato”, *Studi in onore di M. Udina*, II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921–949; N. CARE, *Concepts du droit international privé et droit constitutionnel : compétence dans l’élaboration des règles de conflits de lois et formes de l’Etat*, Beau Bassin, Éditions universitaires européennes, 2011; J.G. CASTEL, “Constitutional aspects of private international law in Australia and in Canada”, *Rec. des cours*, vol. 126, 1969, pp. 1–109; I.M. FERID, “L’interdependenza del diritto costituzionale e del diritto internazionale privato”, *Dir. int.*, vol. VII, 1963, pp. 143–152; P. E. HERZOG, “Constitutional Limits on Choice of Law”, *Rec. des Cours*, vol. 234, 1992, pp. 239–330; C. LABRUSSE, “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale : (à propos de la décision du tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)”, *Rev. crit. DIP*, vol. 63, 1974, p. 1–46; K.M. LEWAN, “The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 17, nº 3, 1968, pp. 571–601; R. M. G. MOURA RAMOS, *Direito internacional privado e Constituição*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1979; W. MÜLLER-FREIENFELS, “Conflicts of Law and Constitutional Law”, *Univ. Chicago L. Rev.*, vol. 54, 1978, pp. 598–11; F. RIGAUX, “Droit constitutionnel et droit international privé”, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas, Bruylant, 199, pp. 111–137; K. SIEHR, “Diritto internazionale privato e diritto costituzionale”, *Foro italiano*, 1975, vol. XCVIII, 1975, pp. 1–19.

Superada la tradición de las primeras etapas del constitucionalismo, que ponía el acento en la dimensión orgánica, la Constitución española de 1978 reflejó una serie de valores²⁰⁷ y aportó unas regulaciones de carácter directo o indirecto respecto de las cuales el DIPr no es inmune, como evidencia la enorme incidencia que tuvo en España sobre el Tit. Prel. Cc aprobado tan sólo cuatro años antes, como lo fue, aunque en una medida mucho menor, la Constitución de 1931²⁰⁸. Al igual que en otros Estados de nuestro entorno, los valores y principios que emanan de los textos constitucionales, en España se encuentran presentes en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico reflejando una tensión entre la importancia doctrinal y práctica de este último y su limitada protección normativa dentro del sistema constitucional. Aunque el Título Preliminar se había considerado hasta entonces como una pieza maestra del sistema, al establecer principios generales que tenían una aplicación transversal, su calificación como “cuasiconstitucional” quedó más como una apreciación simbólica que jurídica. Ya hemos apuntado que, formalmente, el Título Preliminar es una ley ordinaria, sin el blindaje jurídico de las leyes orgánicas ni de las disposiciones constitucionales²⁰⁹.

56. El DIPr no podía ser una excepción, con la consiguiente adecuación de sus normas a los preceptos constitucionales o, si se quiere, los principios constitucionales del foro han de inspirar aquéllas, siendo esta proyección particularmente relevante a la hora de establecer un sistema normativo, o en el momento de la aplicación judicial²¹⁰. Sentado esto se imponen cuatro consideraciones.

- i) Desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con el art. 149.1.8º CE, la creación de normas de DIPr es materia que pertenece a la competencia exclusiva del Estado²¹¹. Hay pues Derecho estatal en toda el área del DIPr de acuerdo con las previsiones constitucionales, que se justifica en la unidad del ordenamiento jurídico y que presupone que los diversos subsistemas que lo integran guardan una cohesión en su conjunto²¹².
- ii) Al hilo de lo dispuesto en el art. 9.3º CE, el ordenamiento español reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, con una importante consecuencia: que el DIPr se configura en “base legal”, lo cual limita, en principio, la acción de nuestros Tribunales encaminándola hacia soluciones basadas en la seguridad jurídica. Ahora bien, si

²⁰⁷ Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, “La Constitución, el Derecho, el Ordenamiento y los valores”, *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa Calpe, pp. 401–452.

²⁰⁸ De acuerdo con F. DE CASTRO, a propósito de la entrada en vigor del texto constitucional de 1931, “La Constitución –norma hipotética necesaria para la construcción lógica de una teoría del Derecho– es, para el Derecho positivo, la norma básica que da validez a todas las disposiciones del Ordenamiento jurídico. En el Derecho moderno, los Códigos constitucionales son, además, el conjunto de principios de carácter dogmático, un programa a realizar que se impone al legislador... Casi todas las ramas del Derecho sufren alteraciones; el Derecho internacional privado también las experimenta y, de bastante importancia”. Cf. F. DE CASTRO Y BRAVO, “La Constitución española y el DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, t. XIX, 1932, p. 74 Junto a este estudio, en la doctrina española los trabajos más representativos del sistema de la Constitución E. de 1931 son los siguientes: J.R. DE ORÚE, “Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 160, 1932, pp. 385–465; J. PUENTE EGIDO, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 o 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *REDI*, vol. XXV, 1972, pp. 327–348.

²⁰⁹ *Vid. supra*,

²¹⁰ Debe reconocerse que la aparición de estos valores ha venido en estricta conexión con la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en las Constituciones democráticas, y el punto de referencia obligado fue la Sent. del Trib. Federal de Alemania (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1971. Vid. R. ARROYO MONTERO, “Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, vol. XL, nº 2, 1988, pp. 89–103.

²¹¹ En los debates parlamentarios que dieron como resultado el texto constitucional hubo un serio intento de sustituir la expresión actual del art. 149.1.8º “normas para resolver conflictos de leyes”, por la de “normas de DIPr” (Enmienda nº 697 del G.P. Comunista: “regulación de las relaciones jurídico civiles en lo que se refiere a: (...) d) El DIPr y, en particular, los conflicto de leyes entre las distintas legislaciones civiles de España”, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, Congreso de los Diputados, 1980, p. 429). Ello hubiera evitado posteriores problemas; en cualquier caso, “el sentido de la dicción constitucional parece apuntar en la misma dirección”. Cf. A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, p. 106).

²¹² *Ibid.*, p. 94.

esta es la regla general, la Constitución. no supone un freno para soluciones basadas en la justicia del resultado. Realmente, no impide que el legislador pueda utilizar la técnica de las denominadas “normas flexibles”, satisfacer determinados intereses de política legislativa a través del empleo de normas de conflicto materialmente orientadas, esto es, que contienen expresamente un elemento material que dirige el proceso de selección de la ley aplicable, o del establecimiento de determinados foros de competencia judicial internacional de carácter concurrente.

- iii) Estos valores deben ser contemplados en íntima conexión con la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en las Constituciones democráticas, de la cual es un claro ejemplo lo dispuesto en el art. 10.2º CE al insertar una cláusula de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, que impone la exigencia de interpretar los derechos reconocidos español de acuerdo con la Declaración Universal de 1978, resultando un precepto no sólo adecuado en el plano de los principios éticos, sino esencial en el marco jurídico de aplicación de las normas²¹³. El punto de referencia obligado en esta materia fue la Sent. del Trib. Federal de Alemania (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1971, pero la jurisprudencia española ha dado reiteradas muestras de esta recepción normativa²¹⁴.
- iv) La justicia del resultado puede obtenerse también en el proceso de aplicación de las normas que introduce, una nota de “relatividad” en la exigencia de seguridad jurídica dentro del ámbito del DIPr²¹⁵. Puede afirmarse, de esta suerte, que la CE no cercenó el papel del juez, al permitirle un gran margen de apreciación en la solución del supuesto preciso.

B) Incidencia de los principios y valores constitucionales en el Título Preliminar del Código civil

57. La propia Constitución permitió extender aún más el ámbito de los postulados que se acaban de enunciar. Desde un primer momento, los valores y principios constitucionales se reflejaron en todos los sectores del DIPr, empezando por la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales y en el del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras²¹⁶. Pero aún fue más

²¹³ Cf. P. Andrés Sáenz de Santa María, “Art. 10.2º”, *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcelona, Critica, 2018, p. 57.

²¹⁴ Debe dejarse constancia de que este fallo fue directamente alegado y utilizado en el razonamiento del juzgador en la jurisprudencia española, como evidencia con nitidez la Sent. Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón de 13 de octubre de 1986. Trata el caso de una española que contrajo matrimonio civil con arreglo a la *lex loci* en Dinamarca, con un alemán federal, en 1971, inscribiéndose tal matrimonio en el Registro Civil Central español en 1975. Con posterioridad, la esposa interpuso demanda de separación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, reconviniendo el marido sobre la base de la nulidad del matrimonio, pues, en la fecha de la celebración, su esposa carecía, a su juicio, de la capacidad nupcial pertinente con arreglo a la ley española vigente en aquellos momentos, toda vez que él era divorciado de anterior matrimonio canónico. El Juzgado rechazó la reconvenición, admitiendo la demanda, aludiendo a la profunda evolución generada en el sistema matrimonial español, tras la promulgación de la CE de 1978. En concreto, la decisión se refirió a la evolución que “se va produciendo al socaire del profundo cambio social con repercusión en el orden jurídico, que se ha experimentado en España en los últimos veinte años, y que se refleja plasma y culmina tras el cambio político, con la promulgación de la CE y así, a partir de ésta, el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ya venía sufriendo fuertes embates en la doctrina y en la opinión pública, pierde su rango constitucional como se deduce del ap. 2 del art. 2 de aquella norma suprema y deja de constituir materia y objeto de la noción de orden público, y los principios de libertad religiosa, de no discriminación por razón de discriminación, y de aconfesionalidad del Estado –arts. 14 y 16 C.E.– impiden que, en adelante, la validez civil de un matrimonio dependa de la prueba de acatolicidad del contrayente español y de la prueba de la soltería o viudez del otro, pero no sólo es que estas pruebas no sean ya exigibles ni tengan actual aplicación en nuestro vigente ordenamiento jurídico, sino que son contrarias, radicalmente contrarias, a los principios que informan la C.E. y, por tanto, a la concepción y noción actuales de orden público, concepción y noción que, sin duda, tienen un carácter variable y dependiente de circunstancias más políticas que jurídicas”. Se trata, de un texto modélico que, como ha señalado R. Arroyo Montero, refuerza la primacía de la C.E. y el papel predominante que poseen los derechos fundamentales en el ámbito del DIPr. *Vid.* R. ARROYO MONTERO, “Derecho Internacional Privado y Constitución: Proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en Alemania”, *REDI*, vol. 40, nº 2, 1988, pp. 89–104.

²¹⁵ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 156–157.

²¹⁶ Junto a la inspiración de ciertos foros de competencia en los valores e intereses protegidos por nuestra Constitución, éstos condicionan la interpretación de todo el sistema de competencia judicial internacional. Así, M. Amores Conradi extrajo de los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y garantía de los derechos de defensa (art. 24 CE) una serie de principios rec-

variada e intensa la acción de los principios y valores constitucionales en el sector del Derecho aplicable, afectando de lleno a muchos preceptos del Tit. Prel. Cc y justificando la rúbrica que intitula este apartado en torno a la “corrección del sistema”.

Dentro de los múltiples ejemplos que podrían resaltarse en este contexto destaca, indudablemente, el de la incidencia del principio de igualdad sobre las conexiones de las normas de conflicto. De otra parte, la introducción de nuevas instituciones y la supresión de otras, en virtud de un texto constitucional, ofrece importantes consecuencias en un sistema de DIP. Ambas circunstancias pueden apreciarse en el caso español a partir de 1979, asistiéndose no sólo a un proceso de reforma legislativa en profundidad, sino al importante giro experimentado en los parámetros interpretativos del sistema²¹⁷. Debe insistirse en este punto en el efecto de la CE respecto a las normas del Tit. Prel. Cc contrarias a su espíritu²¹⁸.

En términos más generales y abstractos cabe pensar que si el Preámbulo y el Título Preliminar de nuestra norma fundamental configuran a España como un Estado que propugna como uno de los valores esenciales de su ordenamiento jurídico la igualdad, ello necesariamente se tradujo, en el plano de la reglamentación de la vida privada de las personas, en un mayor equilibrio entre la *lex fori* y el Derecho extranjero y en el abandono de las viejas aspiraciones del imperialismo jurisdiccional. Si cada sistema de DIPr autónomo ofrece una filosofía de las relaciones privadas internacionales que está anclada en el “ser” de sus principios básicos, puede afirmarse que la Constitución española, ajena por completo a autarquías y a xenofobias, está presidida por una *policy* diferente de la que informaba el anterior sistema de DIPr, y esta *policy*, indudablemente, gira en torno a la igualdad, no sólo en el trato entre las partes, sino entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro.

58. Al margen de la incidencia del principio de igualdad, resulta obligada una alusión a la repercusión que tuvo la Constitución sobre el sistema de DIPr previsto en el Tit. Prel. Cc al introducir algunas instituciones y modificar otras existentes con anterioridad²¹⁹.

tores de la estructura del sistema de competencia judicial internacional, cuyas normas presentan ya un carácter pseudoconstitucional basado en el derecho al juez ordinario predeterminado en la Ley. En concreto, tales principios pueden resumirse en: suficiente positivación de los criterios atributivos de competencia, volumen de competencia atribuida apto para garantizar el derecho al acceso a la justicia, garantía de los derechos de las partes a través de cargas procesales razonables, adecuación a las exigencias del tráfico internacional y orientación material necesaria de determinados foros de competencia. La acción de los principios constitucionales contenidos en el art. 24 CE fue palpable asimismo en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones, puesto de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en orden, principalmente, a determinar la inconstitucionalidad en la concesión o denegación del reconocimiento, susceptible de conculcar los derechos de defensa de las partes. *Vid.* M.A. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, vol. XLI, nº 1, 1989, pp. 113–156.

²¹⁷ Como pusiera de relieve J.M^a ESPINAR VICENTE, es evidente que no es posible entender hoy cada instituto jurídico de un modo aislado, su “regulación, interpretación y aplicación dependen de la premisa mayor que se formula en el texto constitucional”. *Cf.* J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo y DIPr”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 109–134

²¹⁸ Y para ello nada mejor que traer a colación lo dispuesto en la STC 80/1982, de 20 de diciembre en el sentido de que la constitucionalidad sobrevenida de dichas normas genera su nulidad en atención al valor normativo inmediato de nuestro texto fundamental; nulidad que puede ser apreciada por el juez sin necesidad de una declaración previa de inconstitucionalidad. Esta cuestión obliga a suscitar el tema de la vigencia de ciertos preceptos contenidos en el Tit. Prel. Cc y, en concreto, de ciertas conexiones o situaciones atentatorias del principio de igualdad. A este respecto cabe afirmar que dichas conexiones (art. 9.2º y 3º Cc, en cuanto de referían a la ley nacional del marido) y situaciones (art. 14, nº 4 Cc, en cuanto establece que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre) han quedaron derogadas claramente y que no existe ninguna situación de vacío legal pues los principios de autointegración del sistema dan soluciones oportunas a las eventuales lagunas que pueden suscitarse. *Vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “The Spanish Constitution and Private International Law in Constitutional Jurisprudence”, *Spanish Yearb. Int’l L.*, vol. 9, 2003, pp. p. 1–26; *id.*, “Spanish Constitutional Court Practice on Private International Law”, *The legal practice in international law and European Community law: a Spanish perspective*, Leiden..., Nijhoff, 2007, pp. 537–565.

²¹⁹ Para una visión del proceso de reforma constitucional sobre el DIPr *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El Anteproyecto de Constitución y el DIPr español”, ponencia presentada en la *Reunión de Profesores de Derecho internacional, sobre el tema Constitución y Derecho internacional*, Madrid, 9–10 febrero 1978. Acerca de las relaciones entre la CE de 1978 y el DIPr español *vid.* R. ARROYO MONTERO, “DIPr y Constitución...”, *loc. cit.*, pp. 89–103; J.A. CARRILLO SALCEDO, “L’evolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1991–1993)*, París, Pédone, 1994, pp. 122–127; J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo...”, *loc. cit.*, pp. 109–134; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Bol. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, nos 20 y 21, 1984, pp. 107–121.

- i) Del primer caso fue particularmente significativo el art. 32.2º que, al determinar que la ley regulará “las causas de separación y disolución y sus efectos”, impulsó una reforma sustancial del Derecho de familia, singularmente a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que no solamente ha afectado al ámbito material, sino al propio del DIPr en una triple dimensión: Derecho aplicable (art. 107.1º Cc), reconocimiento y ejecución de sentencias (art. 107.2º Cc) y competencia judicial internacional (Disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, que más tarde serían sustituidas por el art. 22 LOPJ)²²⁰.
- ii) Del segundo caso, en relación con la forma del matrimonio, los arts. 14, 16 y 32 CE tuvo fiel reflejo la redacción de los arts. 49 a 51, 65 y 80 Cc practicada por la citada Ley 30/1981, aunque la reforma no fuese todo lo satisfactoria que hubiera sido de desear; desde el momento en que el Código civil atribuye efectos civiles a la celebración del matrimonio en forma religiosa se genera una situación que, como ha apuntado J.D. González Campos, no puede quedar aislada de un presupuesto: la *professio religionis* de los contrayentes, lo que es claramente contrario a los presupuestos del mandato constitucional (art. 16.2º)²²¹.

59. Con un incomprensible retraso de casi diez años, los valores constitucionales contenidos en los arts. 14 y 39.2º CE y referidos a la igualdad jurídica y protección del hijo se proyectaron en la sustancial reforma de los párrafos 4º y 5º del art. 9 Cc operada por la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Cc y de la LEC en materia de adopción; a partir de aquí los nuevos parámetros del DIPr de la filiación determinaron: estar, con carácter unitario, a la ley nacional del hijo en orden al establecimiento de la filiación, la protección del interés del menor, con un oportuno tratamiento judicial del problema y, en lo que concierne a los problemas de Derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscita, estar, en todo caso, al *favor filii*.²²²

Pasando a los ejemplos concretos, el principio de igualdad de trato entre las partes debía traducirse en un equilibrio a la hora de determinar las conexiones de la norma de conflicto, de suerte que una no quedase privilegiada respecto de la otra. En este orden de ideas puede apuntarse que los arts. 14 y 32.1º CE sancionan los principios de no discriminación por razón de sexos y de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, siendo de destacar que en otros Ordenamientos constitucionales de nuestro entorno como sucedió en Italia o en Portugal, la doctrina llamó la atención de cómo el sistema de conexiones era susceptible de atentar contra dichos principios mediante una utilización privilegiada de la ley nacional del marido o del padre sobre la ley nacional de la madre o de la esposa.

Un tercer aspecto significativo del Tít. Prel. Cc afectó a ciertas soluciones particulares que eran especialmente injustificadas, por concernir al principio de igualdad de sexos, si bien con posterioridad quedarían modificadas tras la CE de 1978 y por la normativa de desarrollo de la misma. Debe recordarse, a este respecto, que nuestra norma fundamental propició la entrada en vigor de la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y, entre ellos, el 9.4º que superponía la ley

²²⁰ Vid. sobre los antecedentes, J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXX, 1980, pp. 151–168; *id.*, “La anunciada ley del divorcio y la problemática de DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 1.006–1.025; A. BONET NAVARRO, “Disposiciones adicionales”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 953–961; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 1–35, esp. pp. 19 ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y P. ABARCA, “Art. 107”, *Matrimonio y divorcio...*, *op. cit.*, pp. 907–931; J. LISBONNE, “A propos de la loi espagnole sur le divorce: quelques réflexions de droit international privé et comparé”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1981, pp. 420–425; V.L. SIMÓ SANTOJA, “Aspectos internacionales del divorcio en España”, *Estudios en homenaje a prof. doutor A. Ferrer-Correia*, vol. I, Coimbra, 1986, pp. 755 ss.; Mª L. TRINIDAD GARCÍA, “Cuestiones de divorcio en el Derecho internacional privado francés y español: algunas precisiones de un análisis comparativo”, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 499–524.

²²¹ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed. rev., Madrid, CESSJ, Ramón Carande, 1993, pp. 404 ss.

²²² N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, pp. 897–931;

nacional del padre a la de la madre en la solución de las relaciones paterno-filiales del tráfico externo. En la actualidad, se está a la ley personal del hijo. Mas todavía habían quedado desperdigados en el Tít. Prel. Cc una serie de preceptos discriminatorios entre sexos, con independencia de que, en rigor, debieran haber sido considerados derogados por la CE. Afortunadamente, esta labor de adaptación se ha completado con la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Cc en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que ha dado una nueva redacción a los arts. 9.2º y 3º Cc, sustituyendo la anterior conexión discriminatoria por otras más acordes con los valores constitucionales²²³. En cualquier caso se trató de revisiones de pura “depuración” de las normas del Ordenamiento contrarias a la CE que poseyeron escasa trascendencia desde una perspectiva global de modernización del sistema español de Derecho aplicable²²⁴.

2. Segunda corrección: protagonismo de los tratados internacionales

A) Asunción progresiva de una “dualidad estructural”

60. Es innegable el extraordinario aumento en el DIPr de las fuentes internacionales, principalmente por vía convencional, como lo es también el hecho de que comiencen a vislumbrarse una serie de límites al legislador interno, pero estos fenómenos no son más que índices del grado de cooperación internacional de la comunidad internacional contemporánea. Una cosa es que el legislador o el juez atiendan la llamada de lo internacional y de lo universal a la hora de realizar su labor, y otra muy distinta que deban cumplimentar necesariamente objetivos supranacionales. El DIPr en cuanto estructura formal debe reflejar los intereses y la ideología dominante en un Estado determinado, intereses e ideología que no tienen por qué contrariar al internacionalismo.

Al mismo tiempo, esa llamada ha sido una constante en la jurisprudencia española, asistiéndose a un movimiento pendular respecto de la posición adoptada durante el período de la autarquía política y económica. Resulta singular y ciertamente positivo, por lo que tiene de superador de la etapa anterior, que con cualquier pretexto nuestros Tribunales invoquen el internacionalismo²²⁵.

En un largo proceso de más de siglo y medio el marcado carácter nacional de los procedimientos de producción normativa en virtud de los cuales la regulación por cada Estado a través de su legislación o de su jurisprudencia tenía en cuenta sus propios intereses, dio paso a nuevas fórmulas entre las cuales ocupan un papel protagonista los tratados internacionales elaborados en el seno de determinadas organizaciones internacionales²²⁶. Sin duda en este sector la labor realizada por la Conferencia de La

²²³ Vid. M.A. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nos. 11–12, 1991, pp. 39–72; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “No discriminación por razón de sexo: DIPr español”, *A.D.C.*, t. XLIV, 1991, pp. 233–249; *id.*, “La Ley 11/1990, de 15 de octubre: de la no discriminación por razón de sexo a la discriminación entre los ordenamientos jurídicos”, *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 272–275; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Proposición de Ley de reforma parcial del Título Preliminar del C.c. (arts. 9, apartados 2 y 3 y 14)”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 679–681.

²²⁴ Cf. J. D. González Campos, “Prólogo” a la obra a A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 11.

²²⁵ Por citar un ejemplo concreto, baste acudir a la STS 1ª 22 mayo 1989, que en un supuesto de hipoteca naval y en relación al privilegio de los créditos resultantes de los contratos de servicios del capitán, de la tripulación y de las otras personas al servicio de a bordo, entendió que el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de 10 de abril de 1926 era la norma de pertinente aplicación, frente a normas internas posteriores de carácter contrario por cuanto: “La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que, sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales, se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional”.

²²⁶ H. VAN LOON, “The role of international organisations regarding the codification of private international law”, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*, XXIII Convegno, Ferrara, 6–8 giugno 2018, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 163–182.

Haya de Derecho Internacional Privado desde su primera sesión de 1893²²⁷ ocupó un indiscutible protagonismo²²⁸.

61. A partir de la presencia de la vía convencional la ordenación de las relaciones privadas de carácter transnacional fue perdiendo sucesivamente su carácter unitario dando lugar a una “dualidad estructural” generada por la existencia de normas establecidas por el legislador estatal y por aquellas elaboradas en el orden internacional, sea por obra del acuerdo entre dos o más Estados o producto de un acto normativo de una Organización internacional²²⁹. El resultado se materializó en una pluralidad de sub-estructuras de producción jurídica concretadas en tres contextos diversos: a) las normas que se producen en el ámbito de un Estado determinado en función de su peculiar concepción de la justicia para reglamentar las situaciones internacionales; b) las normas generadas en virtud de tratados internacionales entre Estados, y c) las normas creadas en virtud de actos de organizaciones internacionales en el marco de un proceso institucional de integración jurídica²³⁰.

La coexistencia de codificaciones nacionales junto con un amplio número de fuentes internacionales y regionales pone de manifiesto una característica esencial del DIPr: su pluralismo²³¹, que no solo se refleja en la diversidad de fuentes que lo conforman, sino también en sus conceptos, métodos y objetivos, los cuales están profundamente marcados por esta multiplicidad. En este contexto, la noción de que las codificaciones nacionales puedan contribuir a la formación de un Derecho internacional privado de alcance universal no resulta extraña para los enfoques universalistas. Estas codificaciones, al interactuar con fuentes internacionales y regionales, actúan como puentes entre las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos, fomentando un diálogo normativo que enriquece la disciplina y apunta hacia una mayor convergencia jurídica en el ámbito internacional²³².

62. Resulta irrefutable que el proceso de producción jurídica inmediatamente posterior a la entrada en vigor del del Tít. Prel. Cc ofreció nuevas realidades. La tónica general del sistema español había sido, hasta entonces, la de una participación más que discreta en la codificación internacional como consecuencia del aislacionismo económico primero y político después de España en el concierto de las naciones y de la ausencia de España o nula intervención de nuestros representantes en las instituciones internacionales de codificación del DIPr. En contraste con lo que ocurría en otros países de nuestro entorno más inmediato, señaladamente Alemania, Francia, Países Bajos o Suiza, la política de incorporación de España a los instrumentos internacionales rectores del tráfico externo fue, hasta finales de los años ochenta, más bien modesta y suscitó importantes problemas en orden a su elaboración y a su aplicación. Sin embargo, en los años ochenta del pasado siglo se produjo un giro copernicano situando a la reglamentación convencional como la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”.

Como resultado de dicho proceso, la importancia de los convenios internacionales en el sistema español de DIPr se volvió esencial hasta el punto de que existen pocos Estados que se hayan obligado por

²²⁷ T.M.C. ASSER, “La codification du droit international privé : première conférence tenue à La Haye, du 12 au 27 septembre 1893”, *Rev. dr. int. leg. comp.*, vol. 25, 1893, pp. 521–548.

²²⁸ M.H. VAN HOOGRATEN, “La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye”, *Rec. des Cours*, vol. 122, 1967, pp. 337–425 ; V. GOESEL, “Codification du droit international privé et droit des traités: le centenaire de la Conférence de La Haye”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 38, 1992, pp. 358–376, 1992 ; N. de ARAÚJO, D. TREJOS VARGAS y L. da GAMA E SOUZA, “The Hague Conference on Private International Law and the Codification of Private International Law”, *Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2011, pp. 205–219.

²²⁹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique”, *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, M. Nijhoff Publ., 1996, pp. 105 ss, esp. p. 105

²³⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 126 ss; *id.*, “El sistema español de Derecho internacional privado”, en la obra colectiva editada por la UNED, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., vol. I, Madrid, 1996, pp. 48–60.

²³¹ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses”, *Rec. des Cours*, vol. 312, 2005.

²³² A. LEANDRO, “La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell’Unione europea”, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea. XXIII Convegno*, Ferrara, 6–8 giugno 2018, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019

tantos textos internacionales como el nuestro, merced en buena medida a una “euforia internacionalista” que siguió a la apertura internacional y europea de nuestro país a partir de finales de los años ochenta. Una apertura que en muchos casos provocó una política convencional apresurada y poco medida, generó durante en largo período, una abundante jurisprudencia contradictoria en la solución de los problemas propios de delimitación del ámbito material, territorial y temporal de los convenios de DIPr²³³.

63. Puede afirmarse que el proceso de reforma política que se inauguró en 1977 supuso una auténtica “revolución” en el sector de las fuentes del DIPr español. No en vano en los últimos años España se fue incorporando a más de medio centenar de tratados multilaterales y ha ampliado, asimismo, el número de tratados bilaterales (más de treinta) que afectaron directamente a materias propias de DIPr (excluyendo de esta relación los Convenios de nacionalidad y de extranjería) y ofrecieron un papel positivo en orden a la cooperación internacional²³⁴, al tiempo que propiciaron un desarrollo sin precedentes del DIPr español y, lo que es más importante, vinculó a España al círculo de países iberoamericanos al tiempo que se consolidaban los resultados alcanzados por la Conferencia de La Haya de DIPr, la CIEC y el Consejo de Europa. Todo ello con el añadido de la entrada en vigor para España (en aquellos años) del Convenio de Bruselas de 1968 (y del de Lugano de 1988) y del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, fruto de la pertenencia de España a la Comunidad Europea. Bien es verdad que dicha evolución contrastaba con la ausencia de modernización de amplios sectores normativos de DIPr de fuente interna, como reflejó, por ejemplo, el régimen del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; en particular, las normas contenidas en los arts. 951 ss LEC hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. La nueva situación, sin embargo, debió ser contemplado desde una óptica más relajada y más crítica.

- i) Las consecuencias inmediatas fueron más cuantitativas que cualitativas, como evidencia el hecho de que el sector más “internacionalizado” fue el del Derecho judicial internacional y el de la cooperación entre autoridades, en concreto, el régimen de la asistencia judicial internacional y el de la colaboración entre autoridades encargadas del Registro civil. Encontrándose a su lado y en progresión creciente el sector del Derecho aplicable, donde el Derecho convencional reglamenta un número cada vez más importante de materias: menores, alimentos, sucesiones, propiedades, obligaciones contractuales, responsabilidad civil.
- ii) Se observó una manifiesta falta de coordinación entre las instancias españolas, materializada en procesos correlativos en el tiempo y diversos en su contenido en relación con la codificación interna y la incorporación de España a tratados internacionales sobre la misma materia²³⁵; ello sin olvidar durante un periodo la deficiente traducción española que ofrecían estos textos y el gran número de errores y omisiones que contienen. La frecuencia de acudir a la técnica de la “corrección de errores” en el BOE, fue una buena muestra de la deficiencia con que las autoridades españolas responsables abordan estas cuestiones²³⁶.

Cada vez con mayor frecuencia, la práctica obliga a que, con carácter preliminar, el jurista se vea obligado a identificar la norma pertinente para la solución del caso controvertido. Dicha labor de

²³³ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los tratados internacionales en el sistema español de DIPr y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 153–194; *id.*, “Problemas de asimilación de los tratados internacionales de DIPr en un sistema de base estatal: la experiencia española”, *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et des amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, vol. II, Université de Lausanne. Faculté de droit., 1999, pp. 1447–1468; *id.*, “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 47–62.

²³⁴ Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La cooperación internacional como objeto del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Bilbao, 1991, pp. 171–225.

²³⁵ Recuérdese que la redacción del art. 9.7º Cc se realizó en un momento en que nuestro país se incorporaba al régimen de los Convenios de La Haya en materia de alimentos. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las obligaciones alimenticias en el derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67–108.

²³⁶ Cf. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Unificación y traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 703–705.

individualización, si bien era relativamente sencilla hace medio siglo (pues el sistema español de DIPr era fundamentalmente interno) ofrece hoy una extraordinaria complejidad en función de la interacción de normas susceptibles de dar una respuesta a un caso concreto. Para ello es menester conocer el alcance preciso de cada uno de los procedimientos de producción jurídica que conforman el DIPr español y, en un segundo momento, delimitar la norma pertinente aplicable al supuesto de la vida internacional.

Al lado de los problemas derivados de las “relaciones de sistemas”, se encuentran los problemas de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por nuestros Tribunales y autoridades²³⁷. Hasta la fecha se ha podido hablar con razón de una evidente y manifiesta inaplicación²³⁸, justificada en su día por razones claramente ideológicas y expresada en un recelo de nuestra jurisprudencia hacia todo lo proveniente del exterior. Evidentemente, el periodo histórico que concluyó a finales de los años setenta no era propicio para la plena aplicación del DIPr convencional pues en aquellos años dominaba en España una importante reticencia hacia la eficacia directa y hacia la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, que no sólo era explícita en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, sino en amplios sectores doctrinales, que incluso llegaban a otorgar un carácter puramente “cultural” a este tipo de instrumentos. De ahí la necesidad de una cláusula general de remisión a tratados internacionales en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc.

B) Dificultades de aplicación de los tratados internacionales

64. Al lado de una clara y simple inaplicación de los tratados internacionales en el ámbito propio del DIPr se ha venido observando hasta tiempos recientes una práctica, en trance de superación, de incompleta o incorrecta aplicación de estos instrumentos por parte de nuestros operadores jurídicos, principalmente de los Tribunales. Dicha práctica, que pudo justificarse en una etapa por razones de inexperiencia en tales menesteres y por la inexistencia de repertorios de Convenios completos y puestos al día, sobre todo, en lo que respecta al ámbito de los Estados parte y a los problemas de la aplicación en el tiempo, no resulta de recibo en la actualidad. En este punto es totalmente imprescindible una correcta utilización de las “cláusulas finales” de los Convenios antes de la aplicación de sus normas materiales²³⁹, un control veraz de los Estados parte y un estudio detallado del alcance de las reservas y de las declaraciones interpretativas²⁴⁰.

No todo ha de ser, sin embargo, negativo. La situación descrita está discurriendo en los últimos tiempos por unos derroteros muy distintos. Y ello con base en lo que hemos calificado de “euforia internacionalista” en la actuación de los Tribunales de justicia españoles, coetánea con una etapa de incorporación masiva de España a tratados internacionales. Frente a una auténtica hostilidad, en unos

²³⁷ Dentro de la doctrina extranjera *Vid.* P. LAGARDE, “La condition de réciprocité dans l’application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne”, *Rev. crit. DIP*, 1975, pp. 25 ss; A. VON OVERBECK., “L’application par le juge interne des conventions de droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 132, 1971., pp. 1–106.

²³⁸ La “cifra negra” a la que se ha referido A. REMIRO BROTONS (*Cf.* “La aplicación de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Diario La Ley*, 17 diciembre 1982, pp. 1 ss.).

²³⁹ *Vid.*, en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. XLV, nº 1, pp. 39-62.

²⁴⁰ Se trataba de una labor no exenta de dificultades, que obliga a un conocimiento previo del Derecho de los tratados y en la que son instrumentos de consulta imprescindible las Resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la aplicación del art. 32 R. Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. Dichas Resoluciones, que se publican en el BOE generalmente cada cuatro meses, parten de una clasificación–tipo de los tratados multilaterales, cuyas rúbricas más importantes para el DIPr son la “E” (tratados jurídicos) y, dentro de esta, la “E.C.” (Derecho civil e internacional privado), la “G” (marítimos) y la “H” (aéreos), que incluyen, estas últimas, un apartado “C” que recoge los aspectos propios del Derecho privado. Cada Resolución informa, de acuerdo con el art. 32, sobre la participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que España sea parte, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España; la retirada de las reservas y cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España. Afortunadamente internet ha facilitado muchos los cosas a partir de la web del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: [<https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/TratadosInternacionales/Paginas/Tratados-con-Estados.aspx>].

casos, o a un solapamiento consciente, en otros (que muchas veces trataba de obviar un desconocimiento manifiesto de las complejas normas sobre aplicación de los tratados) frente a los textos internacionales que obligaban a España y que eran de pertinente aplicación, se observa ahora una actitud radicalmente distinta que, en el ámbito concreto del DIPr se hace explícita en numerosos fallos.

Desde los años ochenta del pasado siglo, hasta la “comunitarización” del DIPr la reglamentación convencional fue la dominante en el sistema español, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”. Por eso, la interpretación y aplicación del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc no pudo prescindir durante un largo período de esta dimensión. Lo dicho anteriormente debe verificarse a través de un análisis sectorial que permita comprobar el verdadero alcance de las normas de conflicto del Cc y de los denominados “problemas de aplicación” que se recogen en el art. 12 de este cuerpo legal.

3. Tercera corrección: “comunitarización” del Derecho internacional privado

A) Interacción entre las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales

65. Tuvo la virtud la denominada “comunitarización” del DIPr en la UE de desplazar los problemas derivados de la interacción de las normas del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc con la adopción y aplicación de los tratados internacionales hacia los relativos al ámbito y límites de las competencias de la UE (art. 5 TUE). A partir de aquí la coordinación entre las normas de DIPr de la UE y las contenidas en convenios internacionales adquirió un interés especial²⁴¹ pues es evidente que las normas del DIPr procedentes de la UE predominan sobre las normas de origen convencional o las que son fruto del legislador estatal, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario²⁴². De ahí que, la cuestión se traslade a una discusión “competencial” con el objeto de determinar si los Reglamentos se han excedido de su esfera de actuación centrada en las “relaciones intracomunitarias”.

- i) El DIPr de la UE presenta unos límites *ratione materiae*, que vienen dados por las propias libertades, políticas y los objetivos marcados en los Tratados constitutivos, que diseñaron el mercado interior, para cuyo establecimiento y funcionamiento se reserva la política de aproximación y armonización jurídica y de cooperación jurídica en materia civil. El Tratado de Lisboa no alteró esencialmente estos postulados. El art. 65 TCE fue sustituido por el art. 81 TFUE que regula la cooperación judicial en materia civil, “cuando resulte necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Un precepto que ha de ponerse en relación con el art. 67 TFUE (antiguo art. 61 TCE), que incluye la necesaria relación que ha de existir entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto a los derechos fundamentales²⁴³; y así, en un corto espacio de tiempo, aparecieron una multitud de Reglamentos de la UE en sectores jurídicos materiales muy diversos que, incluso, se han producido en el ámbito de la denominada “cooperación reforzada” (art. 20.2º TUE), lo cual comportó,

²⁴¹ Dentro de otros muchos ejemplos cabe referirse a la STJCE 4 mayo 2010, as. C-533/08: *TNT Express Nederland BV*. Dicha decisión consideró que la remisión establecida en el art. 71 del Reglamento 44/2001, en beneficio de los foros de competencia establecidos en los Convenios especiales (en este caso, el CMR, en materia de transporte de mercancías por carretera), forma parte, en realidad, del propio Reglamento por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a sus previsiones de dicho Reglamento comunitario. Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La ley*, nº 7499, 29 de octubre de 2010; asimismo, P.J. KUIJPER, “The Changing Status of Private International Law Treaties of the Member States in Relation to Regulation No. 44/2001: Case No. C-533/08, *TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG*”, *Legal Sigues of Economic Integration*, vol. 38, 2001, pp. 89-104.

²⁴² M. WILDERSPIN y X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *Rev. crit. DIP*, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

²⁴³ Las competencias en materia de DIPr abarcan toda la esfera del Derecho privado, pero cabe señalar que, en principio, la aprobación de medidas relativas al Derecho de familia requiere unanimidad (art. 81, ap. 3, TFUE). En el año 2000 se estableció un marco más amplio a nivel de la UE. No obstante, en el marco actual persisten las lagunas y la cuestión radica en si es necesaria una regulación más exhaustiva y, de ser así, cómo debería efectuarse.

al margen de otras consideraciones, una mayor fragmentación normativa y un incremento de la complejidad a la que se enfrentan los operadores jurídicos²⁴⁴. La propia naturaleza de estos instrumentos condiciona decisivamente su aplicación e interpretación por los tribunales, que han de ser uniformes en todos los Estados miembros.

- ii) Con la limitación que impone el marco fundamentalmente económico de la integración, sólo el Derecho privado de carácter patrimonial quedaría afectado, al menos directamente, por el DIPr de la UE. El Derecho de persona, familia y sucesiones, ajeno *prima facie* a los objetivos de la integración económica, supondría un marco de actuación reservado al DIPr estatal y vedado a la acción de los órganos comunitarios, por lo que su desarrollo, en tal caso, sólo podría venir dado en función del DIPr convencional entre Estados miembros, con la excepción de aquellas cuestiones directamente vinculadas a la libre circulación de personas. Una postura que viene confirmada, además, por un principio fundamental del Derecho de la UE, consistente en el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, de la que formaría parte su propio sistema jurídico, en aquellas materias cuya armonización o unificación no fuera necesaria para la consecución de los objetivos de la integración.
- iii) Debieron tenerse en cuenta los límites impuestos por el principio de subsidiariedad consistente en que, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción emprendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada. Si bien en ciertos casos este principio puede justificar una ampliación de la acción de la UE, lo cierto es que en el ámbito jurídico-privado el principio de subsidiariedad ha producido supuestos de reducción o limitación de la producción normativa comunitaria²⁴⁵.

66. Los problemas apuntados se suscitaron, dentro del propio DIPr por la pretensión del legislador europeo de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia configurado en un plazo excesivamente breve²⁴⁶. Ahora bien, la diversidad de técnicas de reglamentación y codificación del DIPr de la UE provocó también problemas de coherencia interna, particularmente entre el DIPr (reglamentos y directivas) y el DIPr convencional²⁴⁷ que se resolvieron en favor de la primacía del Derecho institucional sobre el régimen convencional, tal y como expresamente preveían las cláusulas de compatibilidad que se incluyen en los instrumentos comunitarios²⁴⁸.

²⁴⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, nº 7913, 2012.

²⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *Dereito*, vol. V, nº 1, 1996, pp. 9–48, esp. 14–19.

²⁴⁶ A. DURÁN AYAGO, “Europeización del DIPr: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), nº 29, 2013.

²⁴⁷ M. DESANTES REAL, “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gastéiz 1993*, Madrid, 1994, pp. 57–121, esp. pp. 84 ss; E. JAYME y Ch. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. crit. DIP*, 1995, pp. 1 ss. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “International Conventions and European Instruments of Private International Law: Interrelation and Codification”, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, Frankfurt Main, Peter Lang, 2012, pp. 185–212.

²⁴⁸ El legislador comunitario también dictado Reglamentos y Directivas en materia de Derecho privado sustantivo (contratos de consumo, multipropiedad, viajes combinados, contratos de agencia, responsabilidad por productos, etc.) cuya función es procurar la armonización de los Derechos privados nacionales, tanto para las situaciones intracomunitarias como puramente internas. Esta normativa institucional suscita a menudo problemas de aplicación espacial en situaciones internacionales, tanto si vinculan a Estados miembros entre sí como a éstos con terceros Estados. Cuando el reglamento o directiva carecen de indicadores de aplicación espacial adecuados, puede resultar necesario acudir, para su aplicación, a las normas de DIPr tanto institucionales como convencionales. *Vid.*, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado”, *Derecho patrimonial europeo* (L. Prats Albetosa, G. Palao Moreno y M.J. Reyes, coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003, pp. 363–382.

66. El ámbito competencial nos conduce a la delimitación de la competencia externa de la UE a la hora de legislar sobre materias de DIPr. Es cierto que la STJCE 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo: "AETR"* se centró en la materia económica por lo que su proyección al DIPr debe interpretarse de manera restrictiva²⁴⁹, aunque siempre teniendo en cuenta el principio de lealtad comunitaria que obliga a los Estados a actuar en favor de la consecución de los objetivos contenidos en el Tratado²⁵⁰. Expresivos de esta lealtad fueron dos Reglamentos de 2009, hechos ambos con el objetivo de regular el proceso que se ha de seguir cuando varios Estados miembros quieran celebrar tratados con terceros Estados sobre materias sobre las que la Unión ya ha legislado²⁵¹. Cabe recordar que cuando se negociaba el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 ya se planteó por el Consejo europeo ante el TJUE la consulta de si la entonces Comunidad Europea era a quien correspondía firmar el Convenio, al considerarse que era competencia exclusiva de la Comunidad en tanto la materia del Convenio de Lugano y, por tanto, coincidente con la del Reglamento (CE) 44/2001, o si por el contrario, eran los Estados los que debían firmar el Convenio individualmente. Como es sabido, el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006 estableció que la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano correspondía íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, por afectar directamente al correcto funcionamiento del mercado interior²⁵². Y, con ello, condicionó drásticamente la posibilidad de que los Estados miembros suscribiesen tratados con terceros Estados en materias propias cooperación judicial en el orden civil; dicho en otros términos, se estableció un régimen de "libertad vigilada" a que podían quedar sometidos los Estados miembros en materia de conclusión de Convenios bilaterales con terceros Estados²⁵³.

En las relaciones con terceros Estados, la primacía del Derecho de la UE y la necesidad de aplicar un DIPr específico en las relaciones intracomunitarias puede suscitar interrogantes en la aplicación y cumplimiento de convenios internacionales, por lo que en la práctica se habilitan "cláusulas de desconexión" que facilitan la ratificación del convenio internacional y su aplicación a las relaciones extracomunitarias sin afectar a la aplicación "intracomunitaria" del DIPr de la UE²⁵⁴. El objetivo tradicional de las cláusulas de desconexión ha sido permitir a un grupo de Estados el establecimiento de reglas particulares, que tendrán prevalencia sobre el instrumento general para sus relaciones internas. En el DIPr, no obstante, el objetivo de una cláusula de desconexión es regular de manera coherente la aplicación distributiva de dos textos normativos que obliguen a los Estados parte²⁵⁵. Es cierto que en materia de DIPr la competencia debe ser compartida entre la Unión y los Estados miembros, pero si se trata de adherirse a un Convenio internacional multilateral que verse sobre una cuestión sobre la que ya ha legislado la Unión Europea y cuyo ámbito puede afectar a los intereses de la Unión, los Estados deberán solicitar permiso a la Comisión y adherirse en bloque, tal y como lo han hecho en el Convenio

²⁴⁹ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, "Técnica normativa, Derecho extranjero y pluralidad de fuentes", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1723 ss.

²⁵⁰ *V.gr.*, "Declaración sobre los arts. 71 y 72 del Reglamento 44/2001 y sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr permite a los Estados miembros celebrar convenios con terceros Estados "sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento" (ap. 5).

²⁵¹ Reglamento (CE) 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 y Reglamento (CE) 664/2009, de 7 de julio de 2009. Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países", *Diario La Ley*, nº 15579, de 30 de septiembre de 2009.

²⁵² M.J. ELVIRA BENAYAS, "Las competencias externas de la UE y el DIPr tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano", *REEL*, nº 16, 2008.

²⁵³ Cf. A. BORRÁS, "Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil: comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006", *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), nº 10, mayo 2006; M. GUZMÁN ZAPATER, "Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de DIPr (a propósito del Dictamen del TJCE 1/ 2003, de 7 febrero 2006)", *REEL*, nº 14, 2007.

²⁵⁴ A. BORRÁS, "Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire", *Festschrift für Eric Jayme*, t. I, Múnich, Sellier, 2004, pp. 57-72

²⁵⁵ Como puso de relieve el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, "la existencia en un acuerdo de un cláusula denominada 'de desconexión', según la cual dicho acuerdo no afecta a la aplicación por parte de los Estados miembros de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo gracias a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de unas y otras, sino que, por el contrario, puede ser un indicio de que las citadas normas sí resultan afectadas.

de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Ahora bien, esta posición maximalista defendida por la Comisión en virtud de la cual pretende asumir la posición del legislador estatal en sus relaciones con terceros Estados no es pacífica, sobre todo porque muchos textos provenientes de la UE carecen de la calidad técnica deseable²⁵⁶.

B) Interacción entre los Reglamentos de la UE y la codificación de Derecho internacional privado de los Estados miembros

67. En la UE se avanzó decididamente hacia una codificación integral del DIPr y tal empresa se pretendió no solo consolidar las normativas nacionales y europeas en un marco coherente, sino también fortalecería la integración jurídica y una referencia unificada para los Estados miembros. La fragmentación existente a principios del presente siglo, cuando los Estados miembros adaptaban sus marcos nacionales en paralelo con las disposiciones europeas, reflejó una falta considerable de armonización que una codificación europea podría mitigar²⁵⁷. Por ello, este debate trascendió del ámbito nacional, subrayando la necesidad de una visión más amplia y coordinada, para afrontar los desafíos de un DIPr en un contexto crecientemente interconectado y supranacional.

Paralelamente a una aportación sustancial del Tribunal de Justicia²⁵⁸, los avances más notables de la unificación jurídica europea se produjeron en el marco del DIPr patrimonial, pues quedó acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento²⁵⁹. De ahí que se haya sostenido con razón que la UE, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del DIPr de dichos Estados²⁶⁰. En este marco de la cooperación civil y mercantil hasta la fecha la vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales²⁶¹ al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora. Entre estos Convenios, se distinguía aquéllos que derivaban directa o indirectamente de las previsiones contenidas en el art. 293 TCE y del art. K.3 del TUE (Convenios CPE) anterior a la modificación producida por el Tratado de Amsterdam, de mayor interés para el DIPr, de aquellos otros Convenios internacionales inscritos en la política comercial común de la Comunidad, que suelen incluir reglas del tráfico externo, de forma semejante a las que se incluyen en los contratos entre Estados y empresas privadas²⁶². Huelga decir el papel estelar lo ocupó, en su momento tanto la incorporación de los Estados miembros al Convenio de Bruselas de 1968, para la competencia judicial y al reconocimiento de decisiones, como al de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como los textos y proyectos elaborados en materias tales como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

²⁵⁶ Cf. A. BORRÁS, “La celebración de convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados miembros de la UE y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83–96.

²⁵⁷ J. MEEUSEN, “Interaction between EU Regulations and Member State Codification of Private International Law”, *How European is European private international law?: sources, court practice, academic discourse*, Cambridge, UK, Intersentia, 2019, pp. 61–110.

²⁵⁸ J.-S. BERGÉ, “Dynamique interprétative de la Cour de justice et codification européenne de droit international privé”, *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?*, París, Dalloz, 2009, pp. 157–169.

²⁵⁹ Vid. F. SCHOCKWEILER, “La Codification du droit international privé dans la Communauté européenne”, *E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, ; P. de MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, pp. 413–445.

²⁶⁰ Cf. A.V.M. STUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 232, 1992, p. 284.

²⁶¹ M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *Rec. des Cours*, t. 253, 1995, pp. 9–282; *id.*, “L’eupéanisation du droit international privé: une codification en marche?”, *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, 2009, pp. 487–540.

²⁶² Ch. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam,” *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 1–30.

68. Los fenómenos de integración económica y jurídica propiciaron una importancia creciente del DIPr. En el ámbito de la UE, la generación de normas de origen institucional (reglamentos y directivas especialmente), atendió a las necesidades impuestas por los objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior. Más allá de estos objetivos, la elaboración de convenios entre los Estados miembros permitió ampliar los contenidos y el ámbito de las normas de DIPr, si bien la vía convencional en una primera etapa no permitió caracterizar la materia regulada como auténtico Derecho institucional, sino, todo lo más, como DIPr convencional específico

El desarrollo del DIPr en la UE se inició con la introducción del Título IV en la versión del TCE derivada del Tratado de Ámsterdam. La competencia comunitaria en materia de cooperación judicial en materia civil implicó la integración del viejo tercer pilar en este nuevo Título. Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 65 TCE (actualmente art. 81 TFUE), se procedió a “comunitarizar” algunos de los convenios o proyectos de convenios existentes en cuestiones de DIPr y a promulgar actos comunitarios en otras materias. En la hora actual, el DIPr en la UE se encuentra fragmentado en un creciente número de reglamentos que abordan cuestiones específicas, como la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en ámbitos como el contractual, el familiar o el sucesorio. Si bien este enfoque sectorial ha permitido abordar problemas específicos con rapidez y precisión, también ha generado complejidades significativas. Los diferentes reglamentos, al no estar plenamente armonizados, presentan solapamientos normativos, diferencias en terminología jurídica y problemas de interacción entre disposiciones procesales y sustantivas²⁶³:

Con todas estas disposiciones el DIPr experimentó en la UE una expansión significativa en las últimas tres décadas, mitigando incertidumbres derivadas de la diversidad normativa entre los Estados miembros, pero generando nuevos desafíos. La proliferación de reglamentos ha complicado la delimitación de sus ámbitos de aplicación, generando solapamientos, usos inconsistentes de términos jurídicos y problemas en la interacción entre normas de procedimiento y legislación aplicable²⁶⁴. Ante esta situación, se plantea si la UE debe adoptar un nuevo acto legislativo para racionalizar y unificar el marco del DIPr, garantizando así su coherencia y funcionalidad.

Sin duda, la “europeización” del DIIPr evita los problemas derivados de los complejos procedimientos de adopción y reforma de convenios internacionales, pero suscita a su vez dudas y dificultades acerca de los límites competenciales de la Unión Europea y el alcance del art. 81 TFUE, pues generalmen-

²⁶³ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que a partir del 10 de enero de 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012; Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, sustituido por el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, aplicable a partir del 26 de junio de 2017; Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, modificado por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, modificado por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015; Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Dicha competencia no solo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del art. 81.2º. c) TFUE.

²⁶⁴ La resultante de esta incertidumbre afectó tanto a abogados, que necesitan ofrecer a sus clientes claridad sobre jurisdicción, leyes aplicables y reconocimiento de resoluciones extranjeras, como a jueces, quienes requerían un sistema accesible para manejar casos transfronterizos, con la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad, que veían amenazados por la fragmentación. Con carácter anecdótico cabe referirse a una guía en la materia elaborada en EE UU con un título muy oportuno. *Vid.* M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe: A Guide Through the Jungle*, Transnational Publishers, Inc., 1995.

te los reglamentos adoptados han ido mucho más allá de las relaciones intracomunitarias y de lo que es conveniente o preciso para el buen funcionamiento del mercado interior. Finalmente, el ejercicio de estas competencias legislativas por parte de la UE ha provocado una limitación de las competencias externas de los Estados miembros en la ratificación de convenios internacionales, dando lugar a que la competencia de la UE para la incorporación de convenios internacionales en materia de DIPr privado se convirtiese en una competencia exclusiva, extensiva a la aceptación de la adhesión de terceros Estados²⁶⁵.

Y, como corolario de la asunción de competencias externas en materia de DIPr, a partir del 3 de abril de 2007 la UE pasó a ser miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado²⁶⁶.

C) Oportunidad de un Código Europeo de Derecho internacional privado

69. Con el objeto de establecer un régimen que permitiese la celebración por los Estados miembros de convenios con terceros Estados en materias específicas, los Reglamentos (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, y n° 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 han establecido un procedimiento de autorización en las materias relativas a los Reglamentos Bruselas II, Bruselas III, Roma I y Roma II. Si bien estos reglamentos compartieron similitudes en su ámbito de aplicación y estructura, no configuran un sistema coherente ni homogéneo de DIPr en el seno de la UE. A ello se añade que no cubrieron todas las cuestiones relevantes, dejando áreas importantes sin regulación específica. Para complicar aún más el panorama, las normas nacionales de los Estados miembros continuaron aplicándose en los ámbitos no regulados por el DIPr europeo, lo que refuerza la disparidad y dificulta la armonización normativa²⁶⁷.

Como era previsible, la entrada en vigor de estos instrumentos ha dado lugar a un proceso inicial de codificación que plantea la necesidad de reflexionar sobre la posible arquitectura de un “Código Europeo de Derecho Internacional Privado”, pues persiste la duda de si debe basarse realmente en normas uniformes comunes a todos los Estados miembros o si sigue dependiendo de tratados estatales y mecanismos de cooperación reforzada. En todo caso, la interpretación y aplicación del DIPr europeo aún parecen estar influidas por las tradiciones jurídicas nacionales, lo que podría conducir a una refragmentación del corpus jurídico, en lugar de consolidarlo como un sistema plenamente uniforme.

Siendo este proceso constante surge el interrogante en torno a la necesidad y utilidad de un Código Europeo de DIPr y su justificación desde el punto de vista jurídico como práctico. La situación actual presenta deficiencias significativas, como el amplio ámbito de aplicación de los instrumentos europeos existentes, que han dejado poco margen para el legislador nacional, si olvidar que, la “codificación progresiva” ha generado discrepancias terminológicas e incoherencias metodológicas, que solo podrían resolverse con un Código unificado. No parecen existir obstáculos desde el punto de vista competencial o de interpretación uniforme por parte del TJUE acerca de la viabilidad de un instrumento de este tipo ya que se ha avanzado mucho en la unificación de áreas clave como la competencia judicial, el Derecho de obligaciones e importantes sectores de Derecho de familia. Pero esta viabilidad sigue siendo incierta y en función de la voluntad política de los Estados miembros no parece que sea este el momento adecuado

²⁶⁵ Dictámenes 1/2013 TJUE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2014. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota sobre Tribunal de Justicia (Gran Sala), Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014”, *REDI*, vol. XLVI, 2015, pp. 241–245.

²⁶⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La admisión de la Comunidad Europea en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la reforma de su Estatuto: líneas generales y principales cuestiones en un proceso aún no concluido”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 1157–1161. *Vid.* Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de DIPr. *Vid.* P. McELEVAY y A. SCHULZ, “The Accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law”, *Int'l Comp. L.Q.*, vol. 56, n° 4, 2007, pp. 939-949; J.J. KUIPERS, “The European Union and the Hague Conference on Private International Law – Forced Marriage or Fortunate Partnership?”, *The European Union's emerging international identity: views from the global arena*, Leiden..., Brill, 2013, pp. 159–186

²⁶⁷ En ese contexto se produjo un debate sobre la conveniencia de adoptar un conjunto de normas generales o un reglamento especial, conocido como “Roma 0”, que permitiese reducir esta complejidad y avanzar hacia una mayor coherencia. Sin embargo, no se ha alcanzado aún un consenso sobre la viabilidad de esta propuesta ni sobre el alcance que debería tener un instrumento normativo de estas características. *Vid.* F.M. WILKE, *A conceptual analysis of European private international law: the general issues in the EU and its member states*, Cambridge, Intersentia, 2018.

para una empresa de esta envergadura²⁶⁸. Y, en todo caso la metodología para emprender una tarea de este tipo debe ser superadora de los modelos tradicionales de codificación, nacionales o internacionales que permita avanzar hacia una codificación europea que unifique y armonice su normativa dentro de un contexto jurídico supranacional²⁶⁹.

70. La cuestión de si las instituciones de la UE deben continuar promulgando reglamentos separados en materia de DIPr o consolidar estas normas en un acto legislativo único y coherente plantea un importante debate sobre la eficiencia, coherencia y operatividad del sistema normativo de la Unión

Un acto legislativo consolidado de esta naturaleza tendría el potencial de resolver estas dificultades, ofreciendo un marco unificado que facilite la aplicación de las normas y reduzca la carga interpretativa para jueces, abogados y otros operadores jurídicos. Y también podría aumentar la coherencia del sistema, al tiempo que refuerza la seguridad jurídica y la previsibilidad, factores cruciales en el tráfico jurídico transfronterizo.

No obstante, la consolidación también plantea desafíos. La diversidad de los reglamentos actuales refleja la naturaleza específica y técnica de las distintas áreas del DIPr, y unificar todas estas normas en un solo instrumento legislativo podría dificultar la flexibilidad necesaria para abordar los problemas únicos de cada ámbito. Sin olvidar que un acto legislativo único podría tardar años en desarrollarse, lo que podría retrasar la adaptación de la UE a nuevas necesidades jurídicas y económicas.

En conclusión, la consolidación de las normas de DIPr de la UE en un único acto legislativo coherente sería un paso lógico hacia una mayor armonización y eficiencia, pero debe realizarse con cuidado para no comprometer la especificidad y eficacia que los reglamentos sectoriales actuales han logrado en áreas particulares. Un enfoque híbrido que combine la consolidación de principios generales con reglamentos específicos podría ofrecer una solución intermedia que maximice los beneficios de ambos modelos.

71. Buena parte de la complejidad actual proviene del crecimiento continuo de las normativas. Ante este panorama, se plantea la cuestión de si el sistema de DIPr en la UE requiere un nuevo acto legislativo que simplifique y armonice las normas, facilitando su aplicación y garantizando la coherencia en un ámbito jurídico cada vez más integrado.

El 11 de octubre de 2012, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) encargó un informe sobre el coste de la no Europa (CoNE) con vistas al posible establecimiento de un código europeo de Derecho internacional privado²⁷⁰. Este informe analiza la cuestión formal del código y, más concretamente, las “lagunas” del Derecho internacional privado de la Unión Europea que deben colmarse, así como el coste que supone su persistencia para los ciudadanos y las empresas. También presenta argumentos cuantitativos y cualitativos a favor de la creación de un Código europeo de DIPr justificada por razones tanto económicas como jurídicas, y su adopción generaría múltiples beneficios. En primer lugar, mejoraría la transparencia y accesibilidad al reunir las normas en un corpus único y coherente, facilitando que ciudadanos y profesionales comprendan y accedan a las disposiciones aplicables en sus relaciones

²⁶⁸ M. CZEPELAK, “Would We Like to Have a European Code of Private International Law?”, *European Rev. Pr. L.*, vol. 18, nº 4, 2010, pp. 705–728.

²⁶⁹ *Vid.* las interesantes consideraciones de M. FALLON, “Les conditions d’un code européen de droit international privé”, *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?* (M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot–Peruzzetto, eds., París, Dalloz, 2009, pp. 1–34. M. FALLON, P. LAGARDE y S. POILLOT–PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas..., Peter Lang, 2012.r

²⁷⁰ Rapport sur le coût de la non–Europe (CoNE 3/2013, *Un code européen du droit international privé*, Addep Value (EAVA) CoNE 3/2013 (elaborado por Blanca Ballester) [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL–JOIN_ET\(2013\)504468_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL–JOIN_ET(2013)504468_FR.pdf)]. Paralelamente se publicó el resultado de un estudio encargado por el Parlamento Europeo (estudio IP/C/JURI/IC/2012–009), titulado “Un marco europeo de Derecho internacional privado: carencias actuales y perspectivas de futuro”. El estudio fue realizado por expertos neerlandeses del Instituto T.M.C. Asser (contratista), el Instituto Jurídico Internacional y la Universidad Erasmus de Rotterdam, previa consulta con un grupo de expertos de toda la UE. Se elaboró bajo la dirección de X. Kramer. *Vid.* “Deficiencias actuales y perspectivas de futuro del Derecho Internacional Privado europeo: ¿hacia un Código de Derecho Internacional Privado?” [<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130110ATT58829/20130110ATT58829ES.pdf>]

jurídicas internacionales. En segundo lugar, simplificaría la aplicación del DIPr en casos de dimensión internacional, aunque persistirían ciertos desafíos, como las contradicciones entre las diversas fuentes normativas, especialmente en lo relativo a tratados internacionales preexistentes. En tercer lugar, un Código aumentaría la claridad normativa y la seguridad jurídica, reduciendo formalidades administrativas. La introducción de una parte general permitiría centralizar definiciones y principios básicos, eliminando redundancias y contradicciones en los instrumentos actuales.

Con todo no solo se optimizaría la redacción de nuevos actos normativos, sino que también reduciría costos y esfuerzos legislativos, mientras fortalece la coherencia interpretativa. Adicionalmente, un Código contribuiría a una mayor armonización entre los Estados miembros, facilitando la comunicación entre profesionales del Derecho y mejorando el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, uno de los objetivos clave del Título V del TFUE. Asimismo, eliminaría incentivos para el *forum shopping*, promoviendo igualdad y equidad en la elección de jurisdicciones. En síntesis, un Código Europeo de Derecho Internacional Privado no solo simplificaría y unificaría el panorama normativo, sino que también reforzaría la seguridad jurídica y la cooperación entre los Estados miembros, beneficiando tanto a los ciudadanos como a los operadores jurídicos.

VII. Alternativas y lineamientos para una eventual codificación estatal del derecho internacional privado

1. Modelos de la codificación

72. En las páginas anteriores se ha puesto de relieve como codificación del DIPr tras la entrada en vigor la reforma del Tít. Prel Cc de 1974 se vio envuelta a las tensiones inherentes a la multiplicación normativa y al constante flujo de legislación internacional y en su caso de la UE, suscitando interrogantes acerca de la viabilidad y utilidad en un sector donde los instrumentos internacionales y regionales han adquirido un papel predominante. Pese a estas dificultades, muchos Estados europeos optaron por codificar sus normas del tráfico externo, incluso en tiempos recientes atendiendo a dos necesidades fundamentales. En primer término, asegurar coherencia interna pues, aunque el DIPr está influido por tratados y reglamentos comunitarios, cada Estado se enfrenta problemas particulares que pueden no estar suficientemente cubiertos por esos instrumentos permitiendo un código nacional crear un marco jurídico claro, que unifique y sistematice las normas aplicables en este ámbito, aportando mayor seguridad jurídica tanto a los operadores jurídicos como a los ciudadanos. En segundo lugar, responder a experiencias extranjeras exitosas que consideraron en su día que la codificación nacional es una buena herramienta para consolidar su autonomía normativa frente a la creciente influencia de instrumentos internacionales²⁷¹.

Dentro del examen de los “modelos” en presencia, de la codificación estatal del DIPr se impone excluir, por estar basadas en muy diversos postulados, señaladamente la adopción del *common law*, las técnicas de solución seguidas en los países anglosajones. No obstante, pese a la referida incidencia del *common law*, no puede dejarse de mencionar la labor realizada en los Estados Unidos por el *American Law Institute* que, a través de los dos *Restatements* de 1934 y de 1969, ha sistematizado y ordenado las principales decisiones judiciales en materia de DIPr. Pese a su carácter eminentemente doctrinal los *Restatements* constituyen, en la práctica, unos auténticos Códigos de DIPr que han ejercido una notable influencia en los últimos tiempos no sólo en la codificación estatal en Europa, sino en la codificación internacional del DIPr. Los textos expresados ofrecen un contenido sustancialmente diverso. De contenido muy clásico el primero (influido muy de cerca por la obra de J.H. Beale), se caracterizó por el empleo de soluciones de gran rigidez que fueron cuestionadas por la jurisprudencia norteamericana (asuntos *Auten c. Auten*, *Babcock c. Jackson*); ello forzó la elaboración del *Restatement Second*, cuyas soluciones, ejemplo de flexibilidad y realismo, constituyen una de las piezas maestras de nuestros días para la

²⁷¹ Pese a que el DIPr ha sido históricamente una disciplina moldeada más por juristas y doctrinarios que por legisladores, el esfuerzo por codificar refleja un compromiso con la claridad, previsibilidad y accesibilidad del Derecho. Cf. B. OPPETIT, “Droit international privé, droit savant”, *Rec. des Cours*, vol. 234, 1992, p. 342.

solución de los problemas del tráfico externo. El hecho de que tales soluciones hayan encontrado cabida en sistemas tan diferentes como los del continente europeo, muestran su marcada correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo²⁷².

73. Cualquier intento de codificación del DIPr de un Estado no es una tarea fácil, pues no puede limitarse a elaborar un primer borrador tomando como referencia únicamente la normativa y jurisprudencia nacional y los escritos académicos que la interpretar y aplican. La conveniencia, viabilidad y marco conceptual de una codificación en la materia difícilmente puede evaluarse satisfactoriamente, en cualquier Estado, sin tener en cuenta, de un lado, las experiencias de otros Estados que ya han avanzado por este camino y, de otro lado, las diversas opciones metodológicas en presencia que permitan optar por la codificación–compilación o por la codificación–m codificación restableciendo un cierto grado de seguridad jurídica

Dicha técnica, sin embargo, no es exclusiva, sino que se combina con otra que puede calificarse de “codificación parcial” con dos manifestaciones principales.

- i) La primera consiste en aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr²⁷³ y utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del Código civil pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material, como evidenció en su momento la Ley 30/1981, de 7 de julio, que se modificó entre otras cosas el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que dedicó los arts. 73 a 106 a las cuestiones de Derecho material, incluyendo el art. 107 a las “Normas de Derecho internacional privado”. De no hacerse así a la hora de una reforma se corre riesgo de una disociación si dicha reforma sólo afecta a las cuestiones de Derecho material mientras subsista la norma de DIPr en un título o capítulo propio del Código civil. Así aconteció en un primer momento con el art. 9.4º Cc tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, con los problemas de Derecho transitoria a que dio lugar.
- ii) La segunda viene determinada por una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseñadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa y fue la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986²⁷⁴.

²⁷² *Vid., inter alia*, P. WIGNY, “Le ‘Restatement’ américain du droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 1936, pp. 67–85; M. Giuliano, “Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1974, pp. 226–229; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflits os Laws*, Paris, LGDJ, 1979; R.J. WEINTRAUB, “The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come”, *Indiana L. J.*, vol. 75, nº 2, 2000, pp. 679–686.

²⁷³ *V.gr.*, la seguida por el legislador francés a través de las reformas del Cc operadas por la Ley nº 75–3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75–617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. Respecto de la primera *vid. Rev. crit. DIP*, 1972, pp. 154–155; R. SABATIER, “Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?”, *Semaine Juridique*, 1971, I, p. 2400; J. FOYER, “La réforme du droit de la filiation et le droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. Pr.*, 1969–71, Paris, Dalloz, 1972, pp. 107–125; H. BATIFFOL y P. LAGARDE, “L’improvisation de nouvelles regles de conflit de lois en matière de filiation”, *Journ. dr. int.*, t. 99, 1972, pp. 765–796; M. SIMON–DEPITRE y J. FOYER, *Le nouveau droit international de la filiation*, Paris, L. Techniques, 1973; A. HUET, “Les conflits de lois en matière d’établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972”, *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19–63; D. ALEXANDRE, “Les conflits de lois en matière d’effets de la filiation”, *ibid.*, pp. 65–94. Respecto de la segunda *vid.* Ph. FRANCESCakis, “Le surprenant art. 310 nouveau du Code civil sur le divorce international”, *Rev. crit. DIP*, 1975, pp. 553–594; A. CORNEC, “Le nouveau divorce international (art. 310 du Code civil)”, *Gazette du Palais*, 1976, 2, pp. 612–614; J. FOYER, “Tournant et retour aux sources en droit international privé (l’art. 310 nouveau du Code civil)”, *Semaine Juridique*, 1976, I, pp. 2762 ss; M. SIMON–DEPITRE, “Le neuvet art. 310 du Code civil”, *Journ. dr. int.*, t. 103, 1976, pp. 823–830; T.E. CARBONNEAU, “The New Art. 310 of the French Civil Code for International Divorce Actions”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 26, 1978, pp. 446–460.

²⁷⁴ En particular, el DIPr de la Ley de Introducción consistía principalmente en normas de conflicto unilaterales, que sólo fueron interpretadas y ampliadas a normas de aplicación universal por decisiones judiciales y desarrollos doctrinales, que ya habían tenido lugar antes de la segunda guerra mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial surgió repetidamente la necesidad de una codificación nueva y más elaborada del DIPr, especialmente cuando los tribunales consideraron inconstitucionales algunas de las disposiciones existentes durante los años setenta. Esto dio lugar a varios borradores en el transcurso de las décadas siguientes. Tras

2. Alternativas reguladoras

A) Mantenimiento del cauce del Código civil

74. Las opciones de codificación del DIPr presentan distintos enfoques, cada uno con ventajas y limitaciones en términos de coherencia, exhaustividad y autonomía. La primera opción consiste en integrar las disposiciones de DIPr dentro de los capítulos correspondientes del Código civil. Este método ofrece una solución metodológicamente coherente al situar las normas internacionales junto a las disposiciones de Derecho material que las complementan, estructurando el texto en dos apartados: uno dedicado al Derecho interno y otro que regula las transacciones internacionales. Sin embargo, esta integración no siempre garantiza la autonomía formal o sustantiva del DIPr, ya que sigue subordinado a la estructura general del Código Civil.

El segundo enfoque propone la inclusión de las disposiciones de DIPr en un libro o título independiente dentro del Código Civil. Esto puede generar un efecto de exhaustividad, al agrupar todas las normas de DIPr en un solo apartado, promoviendo una cierta autonomía formal. Sin embargo, esta exhaustividad no siempre es sistemática, ya que las disposiciones de un libro o título pueden ser menos completas que las incluidas en capítulos específicos. Este enfoque permite una autonomía formal incipiente, pero su capacidad para desarrollar una autonomía sustancial depende de la coherencia y plenitud del contenido regulado.

Sin duda el modelo de una técnica de este tipo es, como se ha señalado, el Cc portugués de 1966, que dedica Capítulo III del Título I de su Libro I (arts. 14 a 65) a reglamentar los *Dereitos dos estrangeiros e conflitos de leis*, con una correcta sistemática y un pormenorizado tratamiento de los problemas concretos para la época en que fue redactado²⁷⁵. En este examen comparativo ocupó un lugar destacado la reforma del Código civil de Portugal de 1966 al introducir en su Libro Primero (Parte General) un Capítulo III (“Derechos de los extranjeros y conflictos de leyes”), cuyos arts. 14 a 65 contemplan una regulación de Derecho internacional privado muy similar al de una Ley especial²⁷⁶

75. El ámbito donde se ha desarrollado el “modelo del Código civil” no es, sin embargo, privativo del continente europeo. Si nos trasladamos al continente americano y, en concreto, al círculo de países iberoamericanos se observa aún la inercia del pasado con el Código civil como sede principal de las normas del DIPr sobre todo en lo que concierne al sector del Derecho aplicable. La tendencia apuntada experimenta, empero, diversas inflexiones pues en algunos Códigos civiles se están produciendo reformas sustanciales en la línea de las modernas tendencias del DIPr, como evidencia, de un lado, la reforma del Código civil peruano realizada en 1984 (arts. 2046 ss), que reemplazó al denominado “Código Benavides” de 1936 dedicando su Libro X y último al Derecho internacional privado, eliminado así el estrecho margen que ofrecía el Título Preliminar²⁷⁷ y la elaboración del Código civil y comercial de la Nación en Argentina de 2014.

- i) *Perú*. A diferencia de los Códigos anteriores de 1852 y 1936, las reglas de DIPr no están comprendidas en el Tit. Prel. Cc, sino en un Libro propio. Dichas reglas descansan en Libro X del Código civil han sido fruto de una larga depuración de opiniones legislativas adoptadas frente a varios anteproyectos y proyectos preparados a lo largo de diecinueve años por

una larga y cambiante historia, el Derecho internacional privado alemán alcanzó su forma actual, en la Ley introductoria principalmente a través de dos leyes de reforma, que entraron en vigor el 1 de septiembre de 1985 y el 1 de junio de 19996.

²⁷⁵ . Vid. I. GARCÍA VELASCO, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971; A. FERRER CORREIA, “Les problèmes de codification en droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 145 (1975–II), pp. 57 y ss; id., *Direito internacional privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1981; L. DE LIMA PINHEIRO, “The Methodology and the General part of the Portuguese Private International Law. Codification: A Possible Source of Inspiration for the European Legislator?”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 14, 2012–2013, pp. 153–172

²⁷⁶ Vid. R.M.G. de MOURA RAMOS, “A codificacão do direito internacional privado português em perspectiva, meio século mais tarde”, *REDI*, vol. LXXI, 2019, pp. 27–48. 9

²⁷⁷ *IL*, vol. XXIV, 1985, pp. 1002–1014, y nota de A. GARRO, *ibid.*, pp. 997–1001; *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 192 ss y nota de J. LISBONNE; J. SAMTLEBEN, “Neues Internationales Privatrecht in Perú”, *Rebels Z.* 1985, pp. 486–521.

diferentes especialistas bajo la dirección de , la profesora Delia Revoredo. El texto vigente se introdujo en 1984 el Libro X del Código Civil Peruano, estructurado cuatro títulos. el Título I (Disposiciones generales). Título II, (Competencia Jurisdiccional), Título III (Ley aplicable) Título IV (Reconocimiento y Ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros)²⁷⁸.

- ii) *Argentina*: Ocupa un lugar destacado el laborioso proceso seguido en Argentina²⁷⁹, con una propuesta de inserción en el Código civil de un bloque normativo de normas de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable²⁸⁰ que culminó con éxito con motivo de la publicación del nuevo Código Civil y Comercial aprobado el 1 octubre 2014, en cuya confección la profesora A. Dreyzin de Klor ejerció un importante papel. Dentro de su extenso articulado de este importante texto legal las normas de DIPr están ubicadas en el Libro Sexto (“Disposiciones comunes a los derechos personales y reales” y dentro de este último en el Título IV (“Disposiciones de Derecho internacional privado”). Dicho Título incluye 78 artículos distribuidos en tres capítulos. El primero, relativo a las “disposiciones generales” tras referirse a las fuentes del DIPr (art. 2594) regula los problemas tradicionales de aplicación de las normas de conflicto: aplicación judicial del Derecho extranjero (art. 2595), reenvío (art. 2596), fraude a la ley (art. 2598), normas imperativas (art. 2599) y orden público (art. 2600), a los que añade un precepto de nuevo cuyo relativo a la “cláusula de excepción” (art. 2597). Dicha cláusula, importada de los sistemas suizo, belga y de Quebec operará ante la inexistencia de lazos relevantes entre el supuesto y el Derecho designado por la norma de conflicto, hecho que demuestra que el factor de conexión pierde su razón de ser al no proporcionar seguridad jurídica o previsibilidad respecto a la ley aplicable. Problemas constitucionales derivadas de la estructura territorial argentino, impidió incorporar al Libro Sexto un capítulo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias²⁸¹. Un balance global apunta a que el sistema parece ahora más equilibrado y en sintonía con los requisitos actuales de las relaciones jurídicas internacionales de lo que solía ser en su origen²⁸².

B) Elaboración de una Ley Especial o de un Código de Derecho internacional privado

76. La codificación autónoma mediante una ley especial o un código de DIPr separa completamente la regulación del DIPr de la del Derecho civil interno, asegurando la autonomía formal y permitiendo un enfoque exclusivo en las relaciones privadas internacionales. Sin duda a partir del cauce de la Ley especial el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial. Las codificaciones autónomas suelen dividirse en tres categorías principales: normas sobre conflicto de

²⁷⁸ D. REVOREDO DE MUR, “Comentarios al libro X del Código civil”, *Derecho & Sociedad*, n° 11, 1996, pp. 114–119; C. DELGADO BARRETO, “Principales inclusiones, y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado”, *Thémis. Revista de Derecho*, n° 66, 2014, pp. 347–358.

²⁷⁹ Vid. S.L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?”, www.elDial.com; *id.*, “La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, n° 4, 1999, “El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?”, www.dirititalia.com, diciembre 2000; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina”, *Revista Estudios Internacionales*, 14, 2007.

²⁸⁰ La Ley 26994 por la cual se adopta el Código Civil y Comercial entró en vigor el 1° de enero de 2016. Dicho texto, incluye contiene una regulación general de ciertos sectores del DIPr argentino en el Título IV del Libro Sexto del Código (Disposiciones comunes a los derecho personales y reales). Vid. A.C. BELLUSCIO, “Le Code civil et commercial argentin de 2014: (aperçu genera et droit des personnes et de la famille)”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 67, n° 3, 2025, pp. 663–393; A. DREYZIN DE KLOT, “La aplicación del Derecho internacional privado en Argentina: Implementación del nuevo Código civil y comercial”, *AEDIPr*. t. XVIII, 2018, pp. 571–585; A. MARGARITA PORCELLI, “Fuentes del derecho internacional privado en el sistema jurídico argentino: jerarquía normativa y su interpretación jurisprudencial”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, n° 1, 2019, pp. 15–59.

²⁸¹ A. DREYZIN DE KLOT, “La ausencia de normas de reconocimiento y ejecución de sentencias en el Proyecto de Código de DIPr argentino”, *DeCITA. Derecho del comercio internacional*, n° 4, 2005, pp. 469–484.

²⁸² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic”, *Rabels Z.*, vol. 80, n° 1, 2016, pp. 130–150.

jurisdicciones, normas sobre conflicto de leyes y normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Este enfoque ofrece un efecto de exhaustividad, ya que regula de manera coherente y completa los aspectos fundamentales del DIPr. No obstante, esta exhaustividad puede ser limitada, ya sea porque ciertas leyes especiales se enfocan únicamente en conflictos de leyes o porque las disposiciones no están sistematizadas de manera uniforme.

Los códigos autónomos de DIPr, a diferencia de las leyes especiales, aspiran a una regulación completa y coherente del DIPr en su conjunto. Sin embargo, la elección de una codificación autónoma no garantiza siempre una regulación plenamente exhaustiva. La proliferación de leyes especiales refleja la transición de la codificación integral a la autónoma, marcando una ruptura con la codificación conjunta del Derecho civil y el DIPr. Este cambio permite reconocer y abordar las especificidades de las relaciones internacionales privadas, justificando la autonomía formal del DIPr y consolidando su regulación separada del Derecho interno.

En definitiva, cada enfoque presenta ventajas y desafíos. La codificación integral asegura coherencia con el Derecho interno, mientras que la autónoma proporciona mayor flexibilidad y reconocimiento de las particularidades del tráfico jurídico internacional. La elección entre estos modelos depende de las necesidades específicas del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso, debe buscarse un equilibrio entre la sistematicidad, la exhaustividad y la funcionalidad en la regulación del DIPr.

Una codificación integral permite recoger textos preexistentes, ir más allá de la jurisprudencia hasta ahora existente o inexistente en determinados ámbitos y crear una estructura normativa armoniosa. En Europa esta tendencia se inició hace algunas décadas y ha permanecido inalterada hasta la actualidad, a pesar del fenómeno descrito de la “comunitarización” del DIPr y se ha extendido a América Latina y a algunos países de nordeste asiático.

3. Realizaciones concretas

A) Europa

78. En Europa la tendencia generalizada apunta al establecimiento de una Ley Especial (y en caso de Bélgica a un código) como se desprende de los siguientes modelos:

- i) *Austria*: Con la Ley Federal de 15 de junio de 1978, en vigor desde el 1 de enero de 1979 comúnmente denominada “Ley de Derecho internacional privado” (*IPR-Gesetz*), fue uno de los primeros países europeos que se dio un marco legislativo reciente a sus normas de Derecho internacional privado, que antes estaban contenidas en leyes fragmentarias y dispersas. A pesar de múltiples vicisitudes en el proceso codificado²⁸³, el texto final aprobado, presenta solo ligeras modificaciones respecto al anteproyecto original de Schwind, destacando la relevancia y solidez del trabajo inicial en la configuración del DIPr austriaco. La Ley de 1978, confirió un lugar destacado Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, que nunca antes habían tenido una solución real²⁸⁴.

²⁸³ La idea de la codificación del Derecho internacional privado en Austria no se consolidó plenamente hasta 1962, cuando se encomendó al profesor Schwind la elaboración de un anteproyecto que sentaría las bases de la legislación actual. Este anteproyecto, presentado en 1970, adoptó como principio fundamental el del vínculo más estrecho (*die engste Beziehung*), una teoría ya propuesta por Savigny. Según este enfoque, para determinar el estatuto personal deben considerarse factores culturales como la lengua y las relaciones familiares, priorizando el ordenamiento jurídico con el que exista una conexión más efectiva. La influencia de este principio quedó reflejada en la Ley Federal, cuyo art. 1 establece que cualquier acción con un elemento extranjero debe valorarse según el ordenamiento jurídico con el vínculo más estrecho. Este documento, notablemente bien elaborado, se utilizó como base para un proyecto gubernamental posterior. Sin embargo, este último fue criticado por sus deficiencias en la redacción y recibió una acogida desfavorable en el Parlamento austriaco. El proceso de codificación continuó en un clima de tensiones, marcado por debates y propuestas de enmienda. F. SCHWIND, “La codification du droit international privé en Autriche”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 54, 1977, p. 355–369;

²⁸⁴ G. SADAR, “Verso una codificazione del diritto internazionale privato e processuale austriaco”, *Comunicazioni e studi*, vol. 15, 1978, pp. 301–380.

- ii) *Suiza*: Ley federal sobre DIPr de 18 diciembre 1987 constituye un auténtico Código de DIPr a pesar de su denominación. Con sus 225 artículos, constituye una de las codificaciones más completas y exhaustivas a escala abordando de manera integral aspectos clave como la competencia judicial, el procedimiento civil internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, consolidándose como un modelo de referencia en la sistematización de esta disciplina²⁸⁵. La codificación exhaustiva del DIPr, como la suiza, ofrece múltiples ventajas frente a la dispersión normativa en múltiples actos legislativos o reglamentos separados. Reunir todas las disposiciones en un solo cuerpo normativo facilita el acceso, reduce la fragmentación, y minimiza las fricciones entre las normas sobre competencia judicial y las relativas a la ley aplicable. Además, fomenta una visión uniforme y coherente de la materia, incrementa la claridad y la seguridad jurídica, y simplifica significativamente el uso de las normas, tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos²⁸⁶. Son muchas las novedades que incorporó, desde su propia estructura, de contenido amplio y no sólo centrado en el sector del Derecho aplicable, y las soluciones que concentra, hasta las instituciones que introduce, cuya confluencia entre las doctrinas norteamericanas y las europeas²⁸⁷ ilustrarían decisivamente a la codificación posterior del DIPr en otros muchos sistemas estatales²⁸⁸. Dentro de estas novedades destaca la regulación conjunta del *forum* y del *ius*, tras un importante debate inicial sobre esta cuestión²⁸⁹.
- iii) *Italia*: Tras de cincuenta años de vigencia del Código de 1942 el sistema italiano apenas había sido modificado por la legislación, ni por iniciativa autónoma del Parlamento, ni para adecuar el ordenamiento jurídico italiano a los tratados internacionales que unifican las normas de conflicto. Esta circunstancia es tanto más notable cuanto que, entretanto, el sistema de Derecho civil italiano se ha reformado casi por completo en el ámbito del Derecho de familia, al que las normas de conflicto suelen ser muy sensibles²⁹⁰. La Ley nº 218, de 31 mayo 1995, un verdadero modelo de codificación que debería ser el referente en una futura iniciativa española en la materia, sustituyó los arts. 16 a 31 de las disposiciones sobre la ley en general previstas en el Código civil. Ley DIP italiana (Ley No. 218 del 31 mayo 1995) incluye cinco Títulos y que reparten 74 artículos²⁹¹.

²⁸⁵ S.T. McCAFFREY, “The Swiss draft law on private international law. An overview”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 28, 1980, pp. 236 ss; T. KADNER GRAZIANO, “Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act – a model for a comprehensive EU private international law regulation?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 585–606.

²⁸⁶ A.E. VON OVERBECK, *The new Swiss codification of private international law*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992; F. VISCHER, “Revolutionary Ideas and the Swiss Statute on Private International Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 101 ss. A. BONOMI, “The Swiss Codification of Private International Law of 1987”, *Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé : Washington, du 25 juillet au 1er août 2010*, Ginebra..., Schulthess, 2010, pp. 37–62.

²⁸⁷ Un ejemplo concreto lo ofrece la redacción de su art. 15 que incluye la denominada cláusula de excepción. De conformidad con su párrafo 1º: “*Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit*”. Vid. A. BUCHER, “La clause d’exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP”, *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Ginebra, 2009, pp. 59–74.

²⁸⁸ A. BONOMI, “The Influence of Swiss Private International Law on the Italian Codification”, *Int’l J. Legal Information*, vol. 30, nº 2, 2001, pp. 244–255.

²⁸⁹ G. BROGGINI, “La codification du Droit international privé en Suisse”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 90, II, 1971, pp. 282 ss

²⁹⁰ La reforma del Derecho de familia, llevada a cabo en varias etapas y completada por la ley general de 19 de mayo de 1975, n. 151 (*Riforma del diritto di famiglia*), no dio lugar a una reforma paralela de las normas de conflicto 3 y la tarea de armonizar la estructura de las normas de conflicto con las características de la nueva legislación italiana (igualdad de los cónyuges, protección de los hijos, etc.) correspondió al Tribunal Constitucional. Sólo en 1987, cuando se modificó la ley italiana sobre el divorcio, se promulgó una disposición en el sentido de que “las disposiciones de la presente ley se aplicarán al cónyuge extranjero de una mujer italiana cuya ley nacional no prevea el divorcio”, es decir, las causas de divorcio previstas en la ley de 6 de marzo de 1987 que modificaba la ley italiana sobre el divorcio de 1970 (introduciendo, entre otras cosas, el art. 12–quinquies).

²⁹¹ El Título I (“Disposiciones generales”) establece, de un lado, las materias reguladas por la Ley, siguiendo el esquema tripartito admitido en la actualidad: determinación del ámbito de la jurisdicción, la determinación del Derecho aplicable y la regulación de la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros, y, de otro lado, la preferencia de los tratados internacio-

- iv) *Bélgica*: La Ley de 16 julio 2004 introdujo otro completo Código de DIPr que implicó una reforma profunda de las normas de origen legal, jurisprudencial y doctrinal regulando a través de sus 140 artículos, cuando se esté en presencia de una “situación internacional”, la competencia jurisdiccional de los tribunales belgas, el Derecho aplicable y la eficacia de actos y de sentencias extranjeras en materia civil y comercial²⁹². Inspirado en de los instrumentos internacionales, de la UE y en el de otras codificaciones nacionales reciente, como el Derecho suizo, el Código belga expresa la orientación de los objetivos modernos, incluso postmodernos, perdiendo el principio de soberanía pierde gran parte de su importancia en favor de los principios de proximidad, seguridad jurídica y, más tímidamente, de materialización de las técnicas de conflict ²⁹³.
- v) *Polonia*: La Ley de DIPr de 4 febrero 2011²⁹⁴ sustituyó a la Ley de 12 noviembre 1965 que, a su vez, había reemplazado a su vez a la de 2 agosto 1926, pionera de los sistemas de DIPr con vocación hacia una Ley especial²⁹⁵.

nales. El Título II (“Jurisdicción italiana”) tras establecer el ámbito de la jurisdicción y sus límites se detiene en importantes cuestiones como la prórroga y derogatoria de la jurisdicción, las acciones reales relativas a los bienes inmuebles situados en el extranjero, la litispendencia de un proceso extranjero y la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares, la declinatoria de jurisdicción concluyendo con la confirmación de la regla *lex fori regit processum*. El Título III (“Derecho aplicable”) se inicia con un capítulo dedicado a los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto contemplando expresamente el reenvío, la aplicación de la ley extranjera, la interpretación y aplicación de la ley extranjera, el orden público, las normas de aplicación necesaria, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos para concluir con la respuestas a las cuestiones de la ley aplicable a los apátridas, refugiados y de los conflictos positivos de nacionalidad. El Título IV (“Eficacia de sentencias y actos extranjeros”) se inicia con la consideración de que las sentencias extranjeras son reconocidas en Italia sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento cuando concurren una serie de circunstancias y tras regular la materia se centra en la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero y en la admisión de medios de prueba solicitados por el juez extranjero. La Ley concluye como es habitual con las disposiciones transitorias y finales

²⁹² Sobre los trabajos preparatorios del Código *vid.* M. VERWILGHEN, “Vers un Code belge de droit international privé”, *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, París, 2001, pp. 123 ss; J. ERAUW, “De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.”, *Rechtskundig weekblad*, vol. 65., 2001–2002, pp. 1557–1566; G. STUER y C. TUBEUF, “La codification en droit international privé”, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003–2, pp. 143 ss. Acerca del significado de esta importante iniciativa legislativa *vid.* M. FALLON y J. ERAUW, *La nouvelle loi sur le droit international privé*, Bruselas, Kluwer, 2004; M. FALLON, “Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen”, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen études*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 225–267; *vid.*, asimismo, H. BOULARBAH, “Le nouveau droit international privé belge. Origine, objet et structure”, *Journal des Tribunaux*, 2005, 174 ss; J.–Y. CARLIER, “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 11–45; N. WATTÉ y C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondements des règles de conflits de lois”, *Journ. dr. int.*, vol. 133, 2006, pp. 851–927.

²⁹³ *Vid.* un análisis en profundidas sobre los aspectos esenciales de la Ley en M. FALLON, “La loi belge de droit international privé pour un bicentenaire”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2004–2006, París, Pedone, 2008, p. 98–118, Dicho Código se caracteriza por su respuesta práctica a las referidas cuestiones huyendo de innecesarios planteamientos académicos a través de normas pragmáticas y de carácter flexible (A. FLORINI, “Current developments: I. the codification of private international law...”, *loc. cit.*, pp. 499–519). En un afán modernizador el Código supuso un importante cambio en la regulación tradicional del DIPr reconociendo la importancia que ha ganado gradualmente el principio de proximidad [*V.gr.* art. 19 Código DIPr belga; L. Barnich, “La clause d’exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé”, *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59–72. Sobre este principio *vid.* P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 196, 1986, pp. 10 ss.] y que en los asuntos vinculados al estatuto personal el punto de conexión principal debe ser la residencia habitual a expensas de la nacionalidad (M. VERWILGHEN, “La place de la nationalité dans le Code de droit international belge”, *Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687–1701). Por último, presta atención situaciones que ha producido la evolución de la sociedad (filiación, matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones no matrimoniales) y evidencia un espíritu de internacionalidad al admitir el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras (H. FULCHIRON, “Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 1055–1113.).

²⁹⁴ http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf. T. PAJOR, “Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 ss; *id.*, “La nouvelle loi polonaise de droit international privé. Présentation générale”, *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 5–13.

²⁹⁵ i) Sus rasgos más relevantes son: su carácter marcadamente civilista, aunque exista un inevitable tratamiento a cuestiones de Derecho mercantil; su limitación a la regulación de los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable y, dentro de esta, el establecimiento de la ley nacional como conexión dominante (art. 2), aunque el art. 4 admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho siempre que no perjudique intereses de terceros (art. 4); por último, destaca la técnica de la “incorporación por referencia” de textos precedentes de la Unión Europea, señaladamente en materia de obligaciones

- vi) *República Checa*: La Ley de Derecho Privado de 2012, que entró en vigor el 1 de enero de 2014, no es tan concisa como su predecesora. Abarca 125 artículos frente a las 70 de su predecesora, lo que significa que casi duplica su tamaño. Se divide en ocho capítulos que contemplan tanto las relaciones civiles como las comerciales²⁹⁶.
- vii) *Principado de Mónaco*. En este micro-Estado se adoptó la Ley nº 1.448, de 28 de junio de 2017, portadora de un marco jurídico para los nacionales y residentes monegascos en todas las cuestiones de DIPr, como respuesta a una necesidad real vinculada a la internacionalización natural del Principado. Se inscribe en las regulaciones completas, aunque con un protagonismo indiscutible de la perspectiva conflictiva²⁹⁷. Si bien está arraigado en la tradición jurídica local, la nueva Ley de DIPr monegasca se inspira en su estructura y contenido, en ciertas convenciones de La Haya, reglamentos de la Unión Europea y codificaciones nacionales contemporáneas. También se ha inspirado en los debates académicos de los últimos decenios²⁹⁸.
- viii) *Hungría*: Desde la adopción del Decreto Ley nº 13 de 1979 sobre DIPr, tanto el entorno jurídico de la UE como el contexto jurídico y social húngaro habían experimentado cambios sustanciales. Ello movió al Gobierno a iniciar los trabajos de modernización integral del Antiguo Código. En el año 2015, constituyó un Comité de Codificación integrado por académicos, profesionales y representantes del Ministerio de Justicia con el fin de recodificar el DIPr que se basó en un análisis comparativo exhaustivo y tuvo muy en cuenta la legislación de la (UE) y la jurisprudencia del TJUE, incluso al regular ámbitos no cubiertos por el Derecho de la Unión²⁹⁹. El resultado fue la Ley XXVIII de

contractuales y extracontractuales. Como novedad el art. 67 incluye la aplicación de la ley del país con el cual la relación jurídica posea una relación más estrecha, en defecto de las remisiones establecidas por la Ley que se comenta o por las disposiciones de la Unión Europea a las que se remite.

²⁹⁶ . Los capítulos 1–3 (arts. 1–28) contienen disposiciones relativas a cuestiones generales de Derecho internacional privado. El capítulo 4 (arts. 29–101) es el más completo e incluye normas de competencia y conflicto y disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras en relación con asuntos individuales (capacidad jurídica, representación, limitación, asuntos de familia, unión registrada, derechos reales, sucesión, obligaciones, Derecho laboral, actos jurídicos unilaterales, compensación y obligaciones extracontractuales derivadas de violaciones de la intimidad y derechos relativos a la personalidad, incluida la difamación). El capítulo 5 (arts. 102–10) contiene disposiciones sobre la asistencia judicial internacional. Los capítulos 6 y 7 (arts. 111–22) incluyen disposiciones en materia de insolvencia internacional y arbitraje. El último capítulo, el 8 (arts. 123–25), consta de disposiciones transitorias y finales. Asimismo, La Ley DIPr de 2012 pretendió superar la atomización hasta entonces existentes de las disposiciones de Derecho internacional privado que estaban dispersas en una serie de actos jurídicos especializados. Por ejemplo, las disposiciones relativas al procedimiento de arbitraje internacional se han extraído de la Ley de Arbitraje” y se han incluido en la Ley (arts. 117–22). Del mismo modo, las normas de conflicto relativas a los pagarés y cheques, que formaban parte de la Ley sobre pagarés y cheques”, ahora también forman parte de la Ley DIPr (arts. 31, 32, 93–100). También se han incluido las normas de conflicto relativas al estatuto personal de las personas jurídicas (art. 30) que hasta entonces formaban parte del Código de Comercio, que fue derogado por el nuevo Código Civil. *Vid.* M. PAUKNEROVA y M. PFEIFFER, “The new act on private international law in the Czech republic: Starting points and perspectives within the European union”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 10, nº 2, 2014, pp. 205–226.

²⁹⁷ Residen en el Principado individuos pertenecientes a 139 nacionalidades, entre ellas 9.286 franceses, que representan el 12,3% de la población. En el informe sobre el proyecto de ley de Derecho internacional privado monegasco, se señaló que en 2011, de las 150 sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación, sólo se dictaron 7 sentencias entre las partes monegascas. En el informe también se añadía que en 2010, de los 200 matrimonios celebrados en Mónaco, sólo se celebraron 4 matrimonios entre cónyuges que tenían ambos la nacionalidad monegasca.

²⁹⁸ Hasta la Ley de 28 de junio de 2017, el DIPr en Mónaco estaba compuesto por un escaso número de artículos del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, una jurisprudencia interesante pero escasa y algunos convenios internacionales, en gran parte de La Haya. El Principado mostró un gran interés en dotarse de un código moderno y (casi) completo, a fin de garantizar la seguridad jurídica y reforzar el atractivo de su sistema jurídico. *Vid.* P. LAGARDE, La codification du droit international privé monégasque (Loi nº 1.448 du 28 juin 2017), *Rev. crit. DIP*, 2018, pp. 753–774; C. BRIÈRE, “La codification du droit international privé monégasque”, *Journ. dr. int.*, vol. 145, nº 1, 2018, pp. 53–80.

²⁹⁹ Para el caso de Hungría *vid.* T. SZABADOS, “Challenges of the Codification of the Law Applicable to Legal Persons from the Perspective of Recodifying Hungarian Private International Law”, *ELTE L.J.*, 2015, nº 2, pp. 81–89. En la primavera de 2015 el Gobierno húngaro decidió revisar y reformar el Código de DIPr. El profesor Vékás, en un documento de reflexión sobre la necesidad de dicha reforma –publicado al mismo tiempo que se iniciaba el proceso de revisión– subrayó que una de las principales tareas de la reforma debería ser establecer un enfoque coherente y transparente en el tratamiento de la relación entre los instrumentos de la UE y la nueva Ley. Por lo tanto, la reforma ofrece una oportunidad única de examinar y regular la cohabitación de los reglamen-

2017 sobre Derecho Internacional Privado (Nuevo Código) entró en vigor el 1 de enero de 2018³⁰⁰.

B) América latina

79. Era lógico que las repercusiones de este fenómeno llegasen a América latina, concretamente a Venezuela y a Perú (aunque en este caso dentro del Código civil), y más recientemente a Panamá a Argentina (también en este caso dentro del Código civil y comercial), a la República Dominicana y a Uruguay. Y esta es la línea seguida por Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr, cuya última versión es de 2029³⁰¹, y por el Anteproyecto chileno de Ley de Derecho Internacional Privado de 2017³⁰².

A partir aquí, en este contexto comparativo, existen en América latina distintos modelos de reglamentación de Derecho internacional privado. Frente a un nutrido grupo, caracterizado por la dispersión del sistema de DIPr privado en distintos cuerpos legales (Colombia o Cuba), o por la presencia masiva de tratados internacionales (México...), otro grupo en franca expansión, en el que figuran Venezuela, Panamá, República Dominicana y Uruguay, se ha inclinado por abandonar la regulación contenida en el Código civil y regular esta materia a través de una Ley especial, o en un libro propio del Código civil (Perú y Argentina). Con esta especialización con independencia de la sede legal el DIPr no sólo ganó autonomía *ratione materiae*, sino que permitió una reglamentación minuciosa de cuestiones que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial.

- i) *Venezuela*: En la década de los noventa, a iniciativa de Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana Maekelt fue aprobada la Ley de DIPr el 6 agosto 1998 y entró en vigor el 6 febrero 1999³⁰³. La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP).

tos de la UE y las normas de derecho internacional privado húngaras de manera integral. A ese respecto, los diferentes enfoques y soluciones de los Estados miembros pueden servir definitivamente de fuente de inspiración. *Vid.* L. VÉKÁS, “Private international law in Hungary”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 2138–2147

³⁰⁰ T. SZABADOS, “The New Hungarian Private International Law Act: New Rules, New Questions”, *Rabels Z.*, vol. 82, nº 4 2018, p. 972–1003; *id.*, “La nouvelle loi hongroise de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 2019, pp. 87–109, K. RAFFAI, “The New Hungarian Private International Law Code Something Old and Something New”, *Hungarian Yearb. Int. L. & Eur. L.*, vol. 7, nº 1, 2019, pp. 491–505; K. RAFFAI, “The New Hungarian Private International Law Code: Something Old and Something New”, *Hungarian Yearb. Int'l L. & Eur. L.*, 2019, p. 491–505.

³⁰¹ Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr, auspiciado por los profesores L. Pereznieto y J.A. Silva, cuya última versión de 2019 cuenta con 201 artículos. Tiene una vocación de aplicarse a todo asunto, negocio o situación que esté vinculado con algún ordenamiento extranjero; establece el ámbito competencia! de las autoridades mexicanas, señala criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y de los actos extranjeros. Entre sus notas características destacan las siguientes; a) cuenta con una estructura tripartita (ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento y ejecución de sentencias); b) emplea el domicilio por la conexión dominante como, por último, en el abandono de la inspiración del Código Bustamante; c) registra gran influencia de la obra de la CIDIP en el texto mexicano y sobre todo, en la estructura federal del sistema, que cuenta casi trescientas leyes vigentes, de las cuales una cuarta parte guardan alguna relación con el DIPr. Únicamente si se soluciona esta última cuestión México podrá asegurarse una regulación conforme al art. 17 de la Constitución. De ahí la opción por un “Código modelo”. *Vid.* L. PÉREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 15, 2015, pp. 773–816.; J.A. SILVA, “Una codificación ius internacional privatista para México; los trabajos para conformarla”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp.1221–1276; *id.*, “Construyendo una ley de Derecho internacional privado para México”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 703–720.

³⁰² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Anteproyecto chileno en el marco de la codificación del Derecho internacional privado”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, nº 35, 2020, pp. 19–70.

³⁰³ G. PARRA ARANGUREN, “La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. LI 1999, 1, pp. 277–28; *id.*, “La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé”, *Rev. Crit. DIP*, vol. 88, nº 2, 1999, pp. 209–226; *id.*, “The Venezuelan 1998 Act on Private International L., vol. 46,nº 3, pp. 383–394; C. MADRID MARTÍNEZ, “Características generales del sistema de Derecho internacional privado venezolano”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 247–273.

Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 Cc venezolano. Aunque centrada en las cuestiones relativas al Derecho aplicable, hasta el año 2014, fue la única ley especial sobre la materia en América, conciliando las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana³⁰⁴.

- ii) *República Dominicana*. La LDIPr de 2014 constituye un auténtico Código de Derecho internacional privado que cuenta con 81 artículos y que, tras y laborioso proceso de elaboración³⁰⁵, puede considerarse sin lugar a dudas como un texto adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de un país determinado³⁰⁶. Son muchas las novedades que ofrece, desde su propia estructura, de contenido amplio y de soluciones meditadas, hasta las instituciones que introdujo. En vez de centrarse en el sector del Derecho aplicable y, dentro de este, en las soluciones de carácter indirecto a través de normas de conflicto de leyes, el legislador dominicano consideró más adecuada, frente a una opción que tomase como referencia la materia regulada, una estructura tripartita. En dicha estructura la determinación de la competencia judicial internacional precede a la solución de los problemas de Derecho aplicable, concluyéndose con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones. La República Dominicana se alinea así con los sistemas que aportan respuestas completas a las relaciones privadas internacionales y refleja los trabajos unificadores que se estaban llevando a cabo coetáneamente en el marco de la OHADAC y que darían lugar al Proyecto de Ley de Derecho internacional privado de 2015 por esa entidad³⁰⁷.
- iii) *Panamá*: El origen de esta obra de codificación se debe al pensamiento del jurista panameño Gilberto Boutin³⁰⁸. Tras una serie de avatares iniciales³⁰⁹ el Código de DIPr de la República de Panamá fue, aprobado por la Ley n° 61 de 7 octubre 2015, se desprende una preocupación por la exhaustividad, como lo demuestra el número de disposiciones (163 artículos) y un propósito pedagógico del legislador con respecto a los jueces al incluir una suerte de “instrucciones de uso” en forma de glosario (art. 160)³¹⁰.

³⁰⁴ H. BARRIOS, “Del Domicilio”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 46, n° 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 ss.

³⁰⁵ Vinculado directamente al que se siguió con la elaboración de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la Ohadac. *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe / Harmonisation du Droit International Privé dans la Caraïbe / Harmonization of Private International Law in the Caribbean (Estudios y Materiales y Proyecto de Ley Modelo Ohadac de Derecho Internacional Privado de 2014)*, coordinador J.C. Fernández Rozas; Directores: S.Álvarez González, B. Ancel, R. Dávalos Fernández, P. de Miguel Asensio, Madrid, Iprolex, 2015.

³⁰⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y N. CONCEPCIÓN, *Derecho internacional privado de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2017.

³⁰⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La República Dominicana estrena una Ley de Derecho internacional privado: Aproximación a la Ley 544, del 18 de diciembre de 2014”, *Gaceta Judicial (República Dominicana)*, n° 340, 2015, pp. 28–39; *id.*, “Le nouveau droit international privé de la République dominicaine”, *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 2, pp. 303–329.

³⁰⁸ *Vid.* G. BOUTIN ICAZA, “Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 733–744.

³⁰⁹ Una primera versión del Código, aprobada por la Ley No. 7 de 8 de marzo de 2014 nunca vio la luz ante las objeciones de la Asociación Panameña de Derecho Marítimo, de algunos profesionales del arbitraje y de firmas de abogados con práctica internacional, *vid.* C.A. ARRUE MONTENEGRO, “Le nouveau droit panaméen de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2014, pp. 617 ss.

³¹⁰ El Código mantiene una concepción amplia del DIPr que se proyecta en las cuestiones reguladas (competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, Sustituyendo los arts. 1419 ss del Código Judicial de 200,1 y cooperación judicial civil internacional) y que desborda el marco de las modernas legislaciones extendiéndose cuestiones como la cooperación judicial penal internacional (arts. 107–115), el Derecho comercial internacional (arts. 126–134) y la quiebra internacional (art. 135–141). La ley nacional posee un carácter protagonista en el sector del Derecho aplicable, aunque el Código da cierta entrada a la ley del domicilio y a la ley de la residencia habitual. Como curiosidad, el Código introduce en el art. 35 una disposición de carácter general que excede las cuestiones abordadas en una disposición centrada en la reglamentación de las cuestiones del tráfico externo al establecer con carácter categórico que “(s)e prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo”; la natural polémica que ha suscitado un precepto de este tipo ha oscurecido, en los primeros momentos de vigencia la valoración global de esta disposición. Pese a que se han apuntado ciertos errores de técnica legislativa, incoherencias y soluciones cuestionables, el

- iv) *Uruguay*: Resulta de referencia obligada para el estudio del proceso de codificación interna en América latina el Proyecto de Ley General de DIPr³¹¹, que fue aprobado por la Cámara de Representantes en 2016, recibió media sanción de la Cámara del Senado el 1 de septiembre de 2020 y queda pendiente únicamente la aprobación del Proyecto por parte de la Cámara de Representantes³¹².

C) Asia

80. Durante primera década del siglo se produjo en el continente asiático una importante eclosión codificadora que se inició en la zona nordeste como evidenciaron Ley de DIPr de Corea de 1 de julio de 2001³¹³, la Ley sobre Normas Generales de Aplicación de Leyes de Japón de 1 de enero de 2007³¹⁴ o la Ley de Aplicación de Leyes a Asuntos Civiles con Elementos Extranjeros de la República Popular China de 1 de abril de 2011³¹⁵. Concluidas estas realizaciones de modernización llegó el momento de que los expertos ius-internacional privatistas de Asia emprendiesen análisis comparativos más profundos que concluyeron con la elaboración de los “Principios Asiáticos de Derecho Internacional Privado” (APPIL), finaliza en 2017. Dicho Instrumento fue el resultado de una serie de esfuerzos de modernización o codificación en la región de Asia Oriental y Sudoriental. y fue concebido por especialistas en Derecho internacional privado de diez jurisdicciones, entre ellas Japón, la República de Corea, China continental, Hong Kong, Taiwán, Vietnam, Indonesia, Filipinas, Tailandia y Singapur, con el propósito de armonizar las normas y principios de DIPr de la región.

Los APPIL abarcan aspectos como la elección de la ley aplicable, la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, así como el apoyo judicial al arbitraje comercial internacional. Se configuran así como el primer esfuerzo de armonización basado en análisis comparativos entre las normativas de esas diez jurisdicciones. Aunque carecen de fuerza vinculante, ya que no son un instrumento legislativo oficial ni un convenio uniforme, su carácter de *soft law* les confiere un valor persuasivo. Pueden funcionar, por tanto, como una ley modelo de DIPr, brindando orientación a los legisladores de las jurisdicciones asiáticas al interpretar, complementar o promulgar sus propios estatutos. También pueden ser consultados por los tribunales estatales y arbitrales, sin resultar obligatorios, pero sirviendo de referencia para adoptar decisiones más coherentes y uniformes. Al tratarse de la primera “voz de Asia” en este ámbito, los APPIL se asemejan a otros esfuerzos internacionales, como los Principios de La Haya, y pueden fomentar la creación de instrumentos nacionales o regionales más sólidos, confiando sus impulsores en que este primer paso, a pesar

Código panameño tiene el gran mérito de haber sido realizada por panameños y de revivir el debate del DIPr de este país (Cf. C.A. ARRUE MONTENEGRO, “Les nouveaux paradigmes...”, *loc. cit.*, p. 132)

³¹¹ Un texto articulado de 63 artículos que incorpora el Proyecto Uruguayo de Ley General de DIPr de 2008. La idea de comenzó a concretarse en 1994, a partir de la iniciativa que el Prof. Dr. Didier Operti Badán planteó en el Instituto de DIPr de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

³¹² Se trata de una iniciativa que, como su propia Exposición de motivos declara, tiene pretensiones moderadas en orden al contenido de la materia: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación este país ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el Derecho comparado. La influencia en él de la obra codificadora de la CIDIP es incluso superior a su homólogo mexicano, pero también es muy relevante el influjo de los Convenciones de La Haya de DIPr. El proyecto, que pretende sustituir el actual Apéndice del Código civil, cuenta con tres sectores básicos: el primero, referido a principios generales, comprende tres temas: los indicadores que deben regir la mecánica de aplicación de la norma de conflicto, la incidencia que la especialidad del Derecho mercantil internacional tiene respecto de ese tema, y la definición del punto de conexión personal básico, el domicilio, adoptado desde siempre por el sistema uruguayo. *Vid.* D. OPERTI BADAN y C. FRESNEDE DE AGUIRRE, “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearb. Priv. Int’ L.*, 2009, pp. 305 ss.

³¹³ Y. NISHITANI, “Challenges of Private International Law in Asia”, *The Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, n° 1, 2024, pp. 23–56

³¹⁴ Y. OKUDA, “Reform of Japan’s Private International Law : Act on the General Rules of the Application of Laws”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol 8, 2006, pp. 145–167,

³¹⁵ K. H. SUK, “Some Observations on the Chinese Private International Law Act”, *Zeitschrift Chinesisches Rect*, 2011, pp. 105–115.

de ciertas limitaciones, propicie un diálogo más profundo entre expertos asiáticos y de otras regiones, impulsando mejoras en las normas de DIPr y abriendo la puerta a una mayor unificación en el plano regional o incluso global³¹⁶.

VIII. Pertinencia de una nueva reglamentación del sistema español de Derecho internacional privado

1. Cuestiones de técnica legislativa

A) Opciones y retos en presencia

81. Como se desprende de la exposición comparativa efectuada en el epígrafe anterior una sistematización global del DIPr, desde la perspectiva de un Estado determinado en nuestro caso España, que responda a los problemas de la sociedad contemporánea debe atender, desde una perspectiva de técnica legislativa, una doble opción, de un lado, el empleo del Código civil o la elaboración de una Ley especial y, de otro lado, la introducción de normas de DIPr a propósito de una modificación del Derecho material o la reforma integral de todas las normas de DIPr de un sistema estatal diseminadas en distintos cuerpos legales. Bien entendido que la elección de una Ley especial de DIPr, aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no puede considerarse una panacea resolutoria de la totalidad de las cuestiones suscitadas por el tráfico jurídico externo contando el legislador con la posibilidad de acudir a otros procedimientos, como el seguido en Alemania en 1986: la modificación global del sistema dejando los preceptos reformados en sus sede originarias: Código civil, Código de Comercio, Códigos de procedimiento civil, etc.

Como hemos tenido ocasión de examinar, en la segunda mitad del siglo XX y las dos primeras décadas del XXI tuvieron tenido lugar cerca de un centenar de reglamentaciones nacionales de DIPr, gran parte con resultados apreciables³¹⁷ consolidando esta proliferación un tronco común, especialmente en lo que respecta a las normas de atribución y a los foros atributivos de competencia judicial internacional³¹⁸. Baste atender a que en el entorno español se promulgaron junto a realizaciones centradas en la determinación del Derecho aplicable (Ley austriaca de 1978) las primeras codificaciones completas de DIPr en Hungría, Yugoslavia y Turquía³¹⁹. Pero el verdadero hito lo marcó la Ley de DIPr suiza de 1987, que fue seguida a partir de 1992 de una amplia codificación en Rumania³²⁰, Italia, Bélgica, Polonia, etc. y, fuera de Europa, por la Ley de la República Dominicana de 2014. Paralelamente en los últimos años

³¹⁶ W. CHEN y G. GOLDSTEIN, “The Asian Principles of Private International Law: objectives, contents, structure and selected topics on choice of law”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 13, nº 2, 2017, pp. 411–434; N. TAKASUGI, “Harmonization of Jurisdictional and/or Choice-of-Law Rules: Introduction to the Asian Principles of Private International Law (APPIL) Project”, *Korean J. Int'l & Comp. L.*, vol.12, nº1, 2024, pp. 15–22.

³¹⁷ E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, LGDJ, 1987; S.C. SYMEONIDES, *Codifying choice of law around the world: an international comparative analysis*, Oxford, Press University, 2014

³¹⁸ F. RIGAUX, “La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie”, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 1.

³¹⁹ La Ley húngara sobre Derecho internacional privado de 1979 contenía 75 disposiciones, nueve de las cuales figuran en una Parte General, seguidas de 44 normas sobre el Derecho aplicable y 21 disposiciones sobre la jurisdicción, el procedimiento y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras (P. SZIGETI, “Codification du droit international privé en Hongrie”, *Journ. dr. int.*, vol. 107, 1980, pp. 636–643); Ley yugoslava de Derecho internacional privado de 1982 (P. ŠARČEVIĆ, “The New Yugoslav Private International Law Act”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 33, nº 2, 1985, pp. 283–296); Ley turca sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento internacional, nº 2.675, de 20 marzo 1982 (*Rev. crit. DIP*, 1983, pp. 141 y ss., y nota de N. ULOCAK. *Vid.* T. ANSAY y E. CHNEIDER, “The New Private International Law of Turkey”, *Netherland Int'l L. Rev.*, 1990, pp. 139–161)

³²⁰ C. AVASILENCE, “La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux”, *Rev. crit. DIP*, vol. 101, nº 2, 2012, pp. 247–275; M. DENISE, *Il nuovo codice civile rumeno fra tradizione e innovazione. Studio di diritto comparato*, Edizioni Università di Trieste, 2020. Como veremos esta reglamentación fue sustituida por Libro VII “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” del Código civil de 2009, que entró en vigor en 2011.

se produjeron movimientos de descodificación y de recodificación y se asistió a la creación de compilaciones de codificación generalmente menos ambiciosas que reunieron y ordenaron las normas existentes distintos cuerpos jurídicos, sin emprender una reforma global³²¹.

No todas las posiciones fueron favorables al abandono de la ubicación del DIPr en las disposiciones preliminares del Código o en un libro o título autónomo de un Código civil. Junto al Perú y Argentina, cuyos modelos hemos estudiado, las codificaciones que ha seguido esta opción³²² tras intitular de “Derecho internacional privado” la rúbrica elegida en un título o en un libro son más exhaustivas que las disposiciones incluidas en un capítulo, en particular porque su objeto ya no se limita a los conflictos de leyes³²³ sino que incluye otros bloques normativos como el de la competencia judicial internacional. Esta ganancia de exhaustividad significó que las disposiciones incorporadas a un título o a un libro de un código garantizaron también un efecto de exhaustividad en la regulación de las relaciones internacionales privadas y confieren así al DIPr una autonomía formal

82. Cualquier iniciativa en orden a una codificación integral del DIPr se enfrenta a una serie de retos que surgen tanto de su historial legislativo como de las exigencias contemporáneas de un orden jurídico globalizado en un intento de reconciliar su función dentro de los códigos nacionales con las demandas de un marco jurídico autónomo y dinámico. Aunque históricamente fue un primer paso en su desarrollo, las necesidades actuales apuntan a una transición hacia modelos más autónomos que permitan abordar de manera efectiva las peculiaridades del tráfico jurídico internacional, respetando al mismo tiempo las interconexiones esenciales con el sistema jurídico interno. Dentro de los desafíos de esta forma de codificación, destacan los siguientes

³²¹ H.P. GLENN, “Réflexions sur la codification du droit international privé au Québec et en Europe”, *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, vol. 11, n° 11, 1980, pp. 231–240; M.E. CORRAO, “Decodificazione del diritto privato e codificazione del diritto internazionale privato”, *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, 1995, pp. 309–353;

³²² *V.gr.*, Código Civil de Luisiana: *Louisiana Civil Code State of Louisiana Act No 923 of 1991 Book IV: Conflict of Laws*, arts. 3515–3549 (C.S. BRUCH, “Codification of conflicts law : the Louisiana draft”, *Am. J. Com. L.*, vol. 35, 1987, pp. 255–257; S. SYMEONIDES, “Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane”, *Rev. crit. DIP*, vol. 81, 1992, pp. 223–281; *id.*, “Private international law codification in a mixed jurisdiction : the Louisiana experience”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, n° 3, 1993, p. 460–516; J. NAFZIGER, “The Louisiana and Oregon Codifications of Choice-of-Law Rules in Context”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 58, n° 1, 2011, pp. 165–193). Código Civil de Quebec, aprobado en 1991 y en vigor en 1994 (E. GROFFIER, “La réforme du droit international privé québécois”, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 584 ss; A. TALPIS y G. GOLDSTEIN, “The Influence of Swiss Law on Quebec’s 1994 Codification of Private International Law”, *Yearb. Priv. Int. L.*, vol. 11, 2009, pp. 339–374); Código Civil de los Países Bajos, La fecha de su entrada en vigor fue determinada por Real Decreto de 28 de junio de 2011. El Libro 10 consiste en el texto consolidado de una serie de estatutos anteriormente separados, encabezados por un nuevo capítulo primero (*titel*) que contiene diecisiete artículos con disposiciones generales. En su forma original –tal como entró en vigor la Ley de 19 de mayo de 2011– el Libro 10 tiene 165 artículos, repartidos en quince títulos. M.H TEN WOLDE, “Codification and Consolidation of Dutch Private International Law: the Book 10 Civil Code of the Netherlands”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 13, 2011, p. 389–411; A.V.M. STRUYCKEN, “The Codification of Dutch Private International Law: A Brief Introduction to Book 10 BW”, *Rebels Z.*, vol. 78, n° 3, 2014, pp. 592–614); Código Civil de Rumanía, El 1 de octubre de 2011 entró en vigor en Rumanía un nuevo Código Civil que sustituyó al antiguo Código Civil napoleónico de 1864. Su Libro VII “Disposiciones de Derecho internacional privado” recogió en el nuevo Código Civil de 2009 (arts. 2557 a 2663) las disposiciones de la Ley n° 105/1992 sobre las relaciones de Derecho internacional privado, que han sido revisadas para adaptarlas a la nueva concepción del Derecho de familia y a los instrumentos europeos e internacionales en materia de Derecho internacional privado. A título de ejemplo, cabe señalar que las nuevas normas reconocen la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en el sentido de la posibilidad de elegir, dentro de ciertos límites, la ley aplicable al régimen económico matrimonial, y distinguen entre los efectos personales y patrimoniales generales del matrimonio (régimen imperativo primario), por una parte, y los regímenes económicos matrimoniales propiamente dichos (legal y secundario), por otra. También se han regulado las condiciones en las que la disolución del matrimonio por repudio/denuncia unilateral, desconocida en el Derecho rumano, puede ser reconocida en Rumanía (M. JÓZON, “The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 20, n° 3, 2012, pp. 568–586; C. AVASILENCEI, “La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d’un contentieux”, *Rev. crit. DIPr.*, 2012, n° 2, pp. 247–276); Código Civil de Rusia (I.V. GETMAN–PAVLONA y E.V. POSTNIKOVA, “La réforme du droit international privé de la Russie”, *Rev. crit. DIP*, 2015, pp. 751 ss); Código Civil de Vietnam, *Vid. Q.C. NGO*, “Le nouveau droit international privé vietnamien: grands pas et faux pas de la réforme”, *Rev. crit. DIP*, 2016, pp. 615 ss; V. ANH LY, *La codification du droit international privé vietnamien à la lumière de la codification québécoise*, Paris, L’Harmattan, 2023.

³²³ *V.gr.*, Código civil de Quebec o Código Civil de Perú.

- i) *Compatibilidad con la naturaleza interna de los códigos.* Uno de los problemas centrales de la codificación integral de DIPr es su coexistencia con normas diseñadas para regular situaciones de Derecho interno. Incorporar disposiciones de DIPr en códigos nacionales, como el Código civil, puede generar tensiones entre las necesidades de las relaciones internacionales privadas y los principios que rigen el ámbito interno. La inclusión del DIPr en capítulos o disposiciones preliminares a menudo da lugar a una subordinación conceptual, limitando su capacidad para reflejar la naturaleza específica y dinámica de las relaciones internacionales.
- ii) *Artificialidad en la integración.* La incorporación de normas de DIPr en un código cuya finalidad principal es interna puede resultar artificiosa, ya que no siempre se alinean las necesidades del tráfico jurídico internacional con los principios generales del Derecho interno lo cual plantea el interrogante de si una codificación integral puede abordar eficazmente las complejidades de los conflictos de leyes, jurisdicciones y reconocimiento de sentencias.
- iii) *Evolución hacia una codificación autónoma.* A medida que el DIPr se va emancipando de las disposiciones preliminares o capítulos de los Códigos civiles y comienza a adoptar una mayor autonomía formal y material, suscita el desafío de encontrar un equilibrio entre mantener una coherencia general con el Derecho interno y garantizar la independencia necesaria para tratar las peculiaridades de las relaciones privadas internacionales.
- iv) *Diversidad de enfoques internacionales.* Los Estados han adoptado diferentes modelos para codificar el DIPr, oscilando entre la integración y la autonomía reguladora, pero esta diversidad dificulta la armonización y puede generar inseguridad jurídica en un contexto donde las relaciones internacionales exigen cada vez más consistencia entre los sistemas jurídicos.
- v) *Adaptación a los instrumentos estatales.* El DIPr se beneficia de numerosos instrumentos internacionales y regionales, como tratados y reglamentos, que establecen normas comunes en materias específicas (*v.gr.*, contratos, sucesiones, relaciones familiares). Una codificación integral debe garantizar que estas normas internacionales se reflejen y respeten adecuadamente, lo cual puede ser complicado si el DIPr está subordinado a disposiciones generales del Derecho interno. Los instrumentos sectoriales adoptados a nivel comunitario, a menudo de gran complejidad y con objetivos específicos que difieren sustancialmente de los propósitos más generales del código, inevitablemente terminarán afectando la coherencia material y la finalidad de esta ambiciosa obra jurídica (si el legislador español decide llevarla a cabo).
- vi) *Preservación de la coherencia con el sistema jurídico.* Si bien el DIPr busca su independencia, una codificación integral debe asegurar: a) su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico nacional, evitando contradicciones y asegurando una interpretación armónica de sus disposiciones con las normas internas; y, b) su coherencia estructural y la estabilidad frente a la dinámica legislativa supranacional, sin desnaturalizar su propósito unificador y su capacidad de ofrecer seguridad jurídica a los operadores: jurídicos y a los ciudadanos del sistema donde se pretende insertar.
- vii) *Innovación sin disrupción.* Una codificación integral o autónoma debe innovar para responder a las necesidades contemporáneas, pero sin revolucionar el sistema normativo. Para ello los redactores no solo deberán atender a las aportaciones extranjerías e internacionales, tomando en cuenta las experiencias exitosas de otros países y los estándares internacionales, sino que han de prestar atención a precedentes judiciales, teniendo en cuenta los principios interpretativos consolidados por los tribunales nacionales e internacionales e incorporando las necesarias especificidades sociales y económicas para adaptarse a sus destinatarios.

83. Al análisis comparativo de las codificaciones nacionales efectuado ha permitido identificar las grandes líneas a seguir por determinados legisladores estatales que tienen una asignatura pendiente

en la materia como el francés, el español o el portugués para el desarrollo de una normativa de DIPr que fuese expresión fiel de la interacción entre las particularidades nacionales y las tendencias globales hacia la unificación normativa. pasado,

Como punto de partida en estos sistemas existe, en términos generales, un clima mayoritariamente favorable a la conveniencia de revisar el DIPr del Estado y construir un modelo en el que el DIPr convencional y las aportaciones provenientes de la Unión Europea vayan incorporando progresivamente. Solo así se podrían asumir los esfuerzos de codificación internacional y dar una respuesta justa a los problemas del tráfico privado externo de nuestros días. Ya hemos apuntado que las tendencias manifestadas en estos tres Estados coinciden en que, aunque una Ley Especial de DIPr es una opción válida desde el punto de vista de la técnica legislativa, tampoco se considera que sea la solución definitiva para todos los problemas apuntados.

B) La compleja elaboración de una Ley francesa de Derecho internacional privado

84. Ante una eventual de codificación autónoma de DIPr español resulta sumamente ilustrativa el complejo proceso seguido en Francia en las últimas décadas, que ofrece luces y sombras muy valiosas para el legislador español.

Siendo Francia el referente de la codificación resulta paradójica su resistencia codificar esta materia frente a la tendencia mayoritaria de los Estados de su entorno e influencia³²⁴. Prescindiendo de su portentoso bagaje histórico, no es ninguna novedad que el DIPr vigente en Francia proviene en gran medida de fuentes europeas, como los reglamentos de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en ocasiones, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero la cuestión de la codificación ha suscitado y sigue planteando reflexiones significativas, pues si bien constituye un paso importante en la sistematización y accesibilidad del Derecho aplicable en Francia, no deja de generar asombro y cierto pesar por lo que parece ser una oportunidad momentáneamente perdida³²⁵. Por el momento este sistema se sigue distinguiendo por su carácter consuetudinario y por configurarse, en gran medida, un “derecho hecho por el juez”, particularidad, aceptada con naturalidad en el ámbito jurídico francés, que resulta doblemente excepcional en comparación con la tendencia internacional hacia la codificación de esta materia mediante Leyes especiales³²⁶. En defensa de esta concepción se aduce la notable coherencia y previsibilidad que han logrado las normas jurisprudenciales en este ámbito, lo que ha llevado a considerar innecesaria la codificación. Sin embargo, aunque la codificación no se reduce a la coherencia o previsibilidad de las normas, el contexto actual del DIPr, marcado por la diversificación de fuentes nacionales y supranacionales, ha superado esta perspectiva y en este escenario, resulta pertinente reflexionar sobre la necesidad de una codificación nacional de esta materia en Francia. Una codificación que no solo simplifique y aclare las normas existentes, sino que también las haga más accesibles, promoviendo la integración coherente de las fuentes nacionales e internacionales en un marco sistemático y comprensible. Este paso permitiría responder a las demandas de claridad y eficacia en un ámbito jurídico cada vez más complejo y globalizado³²⁷. Por el momento tras varios intentos fallidos, Francia se ha

³²⁴ S. GUILLEMARD, “Regard québécois sur le projet de Code de droit international privé français”, *Journ. dr. int.*, vol. 150, n° 3, 2023, pp. 811–835.

³²⁵ P. LAGARDE, “Sur la non-codification du droit international privé français”, *Syracuse J. Int'l L. & Comm.*, vol. 25, 1998, pp. 45–60 ; *id.*, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Rev. crit. DIP*, 2022, n° 3, pp. 515 ss.

³²⁶ Como expresase E. PUTMAN, “[l]a codification A la française est une vieille dame dont on attend les noces avec le droit international privé depuis si longtemps qu'il faut, semble-t-il, se résigner A la voir rester vieille fille” (cf. “Réflexions sur la question de la codification du droit international privé”, *La codification du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris, Pédone, 1998, p. 111).

³²⁷ A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Paris, Defrénois, 2005 ; B. RÉMY, “Les codifications récentes du droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, vol. 62, n° 2, 2010, pp. 291–323.

mantenido al margen de este proceso³²⁸, pero en la actualidad, la codificación del DIPr vuelve a estar en el orden del día³²⁹.

85. La publicación en 2022, de un extenso proyecto de Código de DIPr francés por parte del Ministerio de Justicia marcó el inicio de un período de reflexión y debate, intensificado por una consulta pública que se extendió hasta el 30 de septiembre de ese año. La iniciativa de elaborar un texto exclusivamente nacional generó una cierta controversia, especialmente debido a su coexistencia con la codificación del DIPr, lo que planteó el riesgo de malentendidos e interferencias normativas. Conscientes de este desafío, los autores del proyecto intentaron superar esta circunstancia incluyendo en su art. 1.3º una disposición que establece: “*Les dispositions du présent code s’appliquent hors du champ d’application du droit de l’Union européenne et des conventions internationales, sauf renvoi à leurs dispositions*”. Además, el art. 1.4º refuerza esta intención al limitar las disposiciones generales del Código a situaciones que queden fuera del ámbito de aplicación de estos instrumentos. Sin embargo, resulta particularmente llamativo observar el resurgimiento de la idea de un código puramente nacional en un contexto donde los instrumentos europeos unificados ya abarcan la mayor parte del ámbito del DIPr³³⁰. En la doctrina francesa se reconoce que, a pesar de estos esfuerzos, las disposiciones no eliminan todas las incertidumbres relacionadas con la coexistencia de este nuevo Código con las normativas de la UE y los convenios internacionales. Esto es especialmente evidente en áreas sensibles, como las sucesiones y los regímenes matrimoniales, donde las posibles interacciones entre los diferentes marcos normativos generan interrogantes que aún requieren una clarificación más profunda. La coexistencia normativa tripartita sigue siendo, por tanto, un tema central en el debate sobre la eficacia y coherencia del proyecto³³¹.

³²⁸ Concretamente los proyectos elaborados por Niboyet (1955), Batiffol (1959) y Foyer (1967) se han ido sucediendo sucesivamente. El proyecto francés de Derecho internacional privado, que incluye un nuevo Código civil francés elaborado por la Comisión de reforma del Código civil francés y publicado a principios del año 1955, reviste especial interés por varias razones. Por una parte, este proyecto es una creación completa de la Comisión, ya que el conflicto de leyes es, en derecho francés, una “isla” del derecho común. Por otra parte, es la parte más original del proyecto de Código civil francés, ya que es obra del profesor Niboyet Niboyet, fallecido en 1952, con algunas ideas territorialistas y nacionalistas agudas. Por ello, el proyecto fue un compromiso entre las ideas de Niboyet y la opinión de los demás miembros de la Comisión. Vid. Y. LOUSSOUARN, “The French Draft on Private International Law and the French Conference on Codification of Private International Law”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 5, nº 3, 1956, pp. 378–394; “La codification du droit international privé, Discussion de l’Avant-projet de la Commission de réforme du code civil, 20–21 mai 1955”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, París, Dalloz, 1956. Vid., en orden al proyecto de H. Batiffol, *Rev. crit. DIP*, 1970, pp. 832 ss y al de J. Foyer: *Journ. dr. int.*, 1971, pp. 31 ss–58. Vid. Y. LOUSSOUARN y E.J. JOSEPH, “Les vicissitudes de la codification du droit international privé français”, *E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, pp. 191–204; D. BUREAU, “La codification du droit international privé français”, *La codification*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, p.119 et s., H. MUIR WATT, “La codification en droit international privé”, *Droits*, nº27, 1998, p.149 ss; J. F. SAGAUT y M. CAGNIART, “Lettre ouverte pour la codification du droit international privé français, LPA, 27 janv. 2006, nº20, p. 3, A. BODÉNÈS–CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, París, Defrénois, 2005.

³²⁹ En julio de 2018, el Ministerio de Justicia encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un proyecto de codificación integrado por Jean–Pierre Ancel, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, Jean–Noël Acquaviva, conseiller à la *Cour de cassation*, Mathias Audit, professeur à l’université Paris I–Panthéon–Sorbonne, Bénédicte Fauvarque–Cosson, conseiller d’État, Dominique Foussard, avocat aux conseils, président du comité français de droit international privé, Agnès Maitrepierre, magistrate détachée au ministère des Affaires étrangères, Françoise Monégès, professeure émérite de l’université Paris VIII Vincennes–Saint–Denis, ancien conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire, Marie–Laure Niboyet, professeur émérite de l’université Paris–Nanterre, Jacques Pellerin, avocat au barreau de Paris. Vid. D. FOUSSARD, J.–P. ANCEL, J.–N. ACQUAVIVA, M.–L. NIBOYET, “Table ronde sur le projet de codification du droit international privé français”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2018–2020, París, Pedone, 2021.

³³⁰ Incluso se han realizado serias críticas en torno a las deficiencias de las premisas que sustentan este proyecto al existir una doble incongruencia entre, por un lado, el contenido del proyecto y, por otro, tanto las características fundamentales del ámbito del Derecho que busca codificar como los objetivos que declara perseguir poniendo esta disonancia en entredicho la coherencia y la pertinencia de esta iniciativa de codificación nacional en un entorno jurídico cada vez más marcado por la armonización supranacional. Vid. D. BUREAU y H. MUIR WATT, “Codifying Against the Clock ...: on a French Project for the Codification of Private International Law”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 24, 2022–2023, pp. 247–260.

³³¹ P. LAGARDE, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Rev. crit. DIP*, 2022 pp. 515–520; H. GAUDEMET–TALLON, “Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 31 mars 2022”, *Journ. dr. int.*, vol. 149, nº 3, 2022, pp. 769–823.

Para los redactores una parte importante de las relaciones del tráfico externo sigue rigiéndose por el Derecho nacional y cuando se detecta la presencia de los convenios internacionales y del Derecho de la UE, resulta menester establecer normas nacionales de referencia o de adaptación para facilitar su aplicación³³². Consideran además que muchas normas de Derecho positivo deben reformarse o completarse en el marco de una visión global de la disciplina, y no de forma fragmentaria. De ahí que a partir de una “Ley especial” se dispondrá de un corpus jurídico completo para dar respuesta a la creciente movilidad internacional de las personas a tanto para sus actividades contenciosas como de asesoramiento. Los redactores consideran que el proyecto se ha esforzado por responder a tres retos esenciales: la sinergia de las fuentes de la materia, la previsibilidad de las normas establecidas y la satisfacción de los objetivos del DIPr³³³.

C) Propuesta de una Ley General de Derecho internacional privado para España de 2000

86. La propuesta realizada por J.D. González Campos en el año 2000 de una “Ley General de DIPr” para España, muy inspirada en la Ley suiza de 1987, fue considerada muy atractiva debido a su estructura y sistema, que garantizaba el tratamiento conjunto de las cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable. Las líneas generales de la propuesta de trabajo permiten apreciar las posibilidades de la extensión de la Ley *ratione materiae* así como, correlativamente, la amplitud de la tarea que habría de llevarse a cabo:

1) El que puede constituir el Título I de la Ley general debe estar destinado, de un lado, a determinar su objeto, es decir, las relaciones reguladas y los ámbitos de materias propios del Derecho internacional privado que comprende. De otro, a fijar con carácter general los supuestos en los que sus normas son aplicables; estableciendo a este fin una reserva de índole general en favor tanto de las normas contenidas en actos comunitarios como de las contenidas en tratados internacionales.

2) También puede lograrse un acuerdo sobre la necesidad de un Título II, de Disposiciones generales, aunque las discrepancias puedan surgir, sin embargo, en lo que respecta tanto a su contenido como a las soluciones concretas. Y sin entrar en las segundas si es preciso determinar, al menos, si han de incluirse, y en caso afirmativo cómo, ciertas cuestiones de índole general, que conviene indicar a título de ejemplo: a) si el Juez debe contar o no con una cláusula correctora de la localización o «cláusula de excepción» de ciertas normas de conflicto y, en caso afirmativo si es conveniente que ésta sea de índole general, o, por el contrario, de carácter especial para determinadas materias. b) Si es conveniente incluir las cuestiones relativas a la aplicación de las disposiciones materiales imperativas del foro y de un sistema extranjero, junto a la reserva general de “orden público”, y si es conveniente agruparlas en un solo precepto o en preceptos distintos.

3) Es preciso determinar, además, qué problemas generales de aplicación de las normas de conflicto deben ser regulados y, en los que se incluyan, cómo hacerlo. Lo que suscita dificultades particulares dado que, de un lado, sobre estos problemas incide la existencia o no de una cláusula correctiva de la localización; y, de otro, al coexistir en el sistema normas de conflicto puramente “localizadoras” junto a normas orientadas a un resultado material, es necesario en todo caso concretar su alcance.

4) Debe precisarse qué problemas de aplicación de las normas de competencia judicial deben ser regulados en estas Disposiciones comunes, bien directamente o por referencia.

5) Si se mantiene la nacionalidad como conexión de base del sistema para las materias relativas al derecho de las personas físicas y el derecho de familia, cabe plantearse cómo flexibilizarla y en qué materias; al igual que deben establecerse soluciones particulares para los supuestos de doble nacionalidad y de apatridia; así como, en su caso, soluciones sustitutorias respecto a otras conexiones.

6) En sucesivos Títulos de la Ley general debe establecerse la regulación de los diferentes sectores de materias, tratando conjuntamente tanto la competencia judicial como el Derecho aplicable y a este fin es conveniente proceder en cada caso, como antes se ha dicho, bien mediante el establecimiento de nuevas normas o la corrección de las existentes, bien mediante el empleo de “normas de referencia” a

³³² M. FRANÇOISE, “L’office du juge à la lumière du projet de Code de droit international privé”, *Journ. dr. int.*, vol. 150, nº 4, 2023, pp. 1209–1224.

³³³ Vid. D. FOUSSARD, M.L. NIBOYET y C. NOURISSAT, “Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, vol. 111, nº 3, 2022, pp. 477–501.

preceptos incluidos en actos comunitarios, en tratados internacionales –en especial de aquellos que en el ámbito del Derecho aplicable son erga omnes– o en leyes especiales. En este tercer núcleo, los Títulos que en una consideración inicial cabe retener, serían los siguientes: III. Personas físicas; IV. Relaciones de familia; V. Relaciones de filiación y alimentos; VI. Protección de incapaces mayores; VII. Sucesiones; VIII. Obligaciones contractuales; IX. Obligaciones no contractuales; X. Bienes y derechos reales; XI. Personas jurídicas y sociedades; XII. Conflictos de leyes derivados de la coexistencia de ordenamientos civiles en España³³⁴.

Para que la reforma fuese viable, y se pudieran lograr los objetivos reformadores, era menester, en opinión del ponente, una cuidadosa delimitación del ámbito de lo que se iba a reformar, pero también se requería, una voluntad política. Cualquier decisión de esta índole requeriría, con carácter previo una adecuada organización de las tareas que deberían conducir a un anteproyecto, lo que implicaba naturalmente distinguir varias fases en la tarea y la existencia de diversos participantes principales. De acuerdo con el plan propuesto, la fase inicial debía ser la de un debate tan amplio como fuera posible sobre la conveniencia o no de la reforma, así como sobre sus objetivos, su ámbito, el cauce formal y las técnicas legislativas a utilizar y, por último, sobre la estructura o las grandes líneas sistemáticas de la Ley general. Y en tal debate, sin duda el peso principal en la tarea correspondería a la comunidad de Profesores españoles de Derecho internacional privado, aunque mucho podría ganar la discusión si participaran en el mismo tanto quienes seleccionan, interpretan y aplican los preceptos legales vigentes del sistema español, los Jueces y Magistrados, como quienes los invocan ante los órganos jurisdiccionales, los Abogados. Ello conducía, como primer elemento organizativo de la tarea, en la celebración de un coloquio, a partir de un cuestionario, donde se marcaría unas pautas para la labor futura. La segunda fase podría ser la de distribución de las tareas entre varias Comisiones de trabajo, para que éstas fueran aportando, desde unas ponencias iniciales, unos resultados que luego serían objeto de debate en una Comisión plenaria. Por último, cuando se lograra un texto completo por la Comisión plenaria, parecería oportuno que el mismo fuese objeto de un nuevo debate general, en un Coloquio al efecto. Y tras las correcciones del texto que este debate suscitase, en opinión del autor de la propuesta, el texto final corregido sería sometido a la Comisión General de Codificación

Sin embargo, la empresa del maestro español terminó con su prematura muerte, sin que nadie tomara el relevo para continuar su labor³³⁵. Los planes legislativos de los sucesivos gobiernos no prestaron especial atención a esta materia, aunque la eventualidad de una Ley de Derecho interregional pareció tener mejor acogida.

87. Esta opción codificadora también fue objeto de consideración en Portugal, cuyo modelo de regulación inspiró en su día al legislador español. Tras un exhaustivo estudio de la cuestión el profesor Moura Ramos consideró que la posición más sólida respecto a la codificación del DIPr no era su integración en el Código civil sino que debería regularse en una legislación autónoma, como una Ley o un Código de DIPr fundamentándose esta opinión que el alcance de dicha codificación debe ir más allá de la designación de la ley aplicable, que fue la principal preocupación del Código de 1966, y abarcar también cuestiones esenciales como la competencia judicial internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras, áreas que requieren una regulación específica y sistemática fuera del marco del Derecho civil interno³³⁶.

³³⁴ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 364–369

³³⁵ Como tuve la oportunidad de escribir poco después “*L’entreprise du maître espagnol s’est arrêtée avec son décès prématuré, et pour l’instant aucun bras n’est venu relayer celui qui avait allumé et porté le flambeau de la réforme. Dans les projets législatifs du nouveau gouvernement espagnol n’apparaît pas celui d’une loi de Droit international privé. En revanche, une loi de Droit interrégional semble y recevoir un meilleur accueil. Si par chance, ce projet devait prospérer et aboutir, il incitera à reconsidérer dans son ensemble le Droit international privé espagnol. Et, peut-être, un jour alors, de nouveau brillera la torche allumée par mon maître le professeur González Campos*”. Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé d’aujourd’hui ou le dépassement des paradigmes”, *Travaux Comité Fr. Dr. Int. Pr.*, 2006–2008, París, Ed. Pedone, 2009, pp.243–279, p. 25

³³⁶ Cf. R.M.G. de MOURA RAMOS, “A codificação do direito internacional privado português...”, *loc. cit.*, p. 47

2. Estado actual del sistema español de Derecho internacional privado

88. A partir del panorama descrito puede extraerse que la reforma de los sistemas europeos de DIPr ha sido un factor condicionante para reflexionar sobre la situación española y la posibilidad de que el legislador proceda a una reforma en profundidad del sistema.

Los preceptos del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc, que adquirieron en su día una vocación de generalidad como indica la rúbrica que lo intitula, fueron objeto de numerosas críticas sobre todo cuando se sometían a una comparación con otras codificaciones estatales europeas. Se destacó la falta de alineación con las tendencias contemporáneas, donde las normas de conflicto de leyes se trasladaban gradualmente a leyes especiales, algo que no había ocurrido en España, donde tampoco se siguió el camino de la especialización en la regulación del tráfico jurídico externo, una tendencia observada en Europa occidental y América latina. Pero no puede negarse que la ampliación del enfoque normativo del DIPr en España en distintos cuerpos legales, permitió una regulación detallada de materias antes dejadas a la jurisprudencia, lo que coadyuvó a acentuar certeza en las relaciones del tráfico externo

El hecho de que los Códigos civiles hayan sido durante muchos años la sede normativa del principal del DIPr en los Estados europeos continentales ha tenido varias consecuencias significativa en la evolución de este ordenamiento. En primer lugar, dado que los Códigos regulaban esencialmente las relaciones civiles, se produjo la marginación, por parte de la doctrina del DIPr, tanto del examen de las relaciones mercantiles como de las de Derecho público. Esta situación condujo, en segundo lugar, a la marginación, durante décadas, de la dimensión judicial de las relaciones del tráfico privado externo, limitando así el objeto de este ordenamiento al “conflicto de leyes”. Finalmente, se puso de manifiesto con toda su intensidad las consecuencias de la carencia de una verdadera codificación, entendida como una sistematización completa de la materia. En suma, las sucesivas reformas parciales del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc condujeron una marcada dispersión normativa, afectando directamente su regulación.

No puede negarse que la contemplación del sistema español de DIPr desde una perspectiva codificadora ofrece una enorme complejidad, pues en los últimos cincuenta años ha experimentado progresivamente un cambio significativo, donde otros cauces de producción normativa ganaron protagonismo. Esto condujo a que el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc adquiriese un carácter cada vez más residual. Redactados sus preceptos originalmente con un propósito de abordar las relaciones del tráfico privado externo conectadas con España en su totalidad han quedado ampliamente sobrepasados por una constante legislación fragmentaria, tal y como se ha apuntado con detenimiento en las páginas anteriores al exponer las correcciones y vaciamiento del contenido de dicho Capítulo.

89. Configurado como sistema normativo con pluralidad de normas dentro de un marco unitario, el modelo español de DIPr vigente se configura como un “polisistema” a partir de un conjunto de enunciados normativos que comprenden consecuencias lógicas, presidido por la Constitución Española de 1978 como su punto prioritario de referencia, que incide en todos los sectores del ordenamiento jurídico desplazando el papel protagonista que hasta tiempos recientes desempeñaba el Tit. Prel. Cc. Junto a dichos enunciados el sistema está fuertemente configurado por participación activa de nuestro país en convenios internacionales reguladores del tráfico privado externo y por la pertenencia a un círculo jurídico integrado, la UE, lo que había supuesto una auténtica revolución desde el punto de vista de los cauces de elaboración de normas jurídicas³³⁷. Y la consecuencia real se manifiesta en una fuerte dispersión normativa de nuestro sistema de DIPr³³⁸.

³³⁷ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea”, *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239–267; P.A. de MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 1997–1, pp. 413–445; *id.*, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, n° 4510, 30 marzo 1998, pp. 1–3.

³³⁸ En España también era manifiesta la dispersión normativa en la dimensión judicial del Derecho internacional privado. El régimen de la competencia judicial internacional estaba contemplado en la LOPJ de 1 de julio de 1985, que dedicó a esta materia el Tít. I del Libro I (arts. 21 a 25). Al lado de estos preceptos de moderna factura, el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias continuó regulándose por los obsoletos arts. 951 a 958 LEC de 1881 hasta ser reemplazados por Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Y ello, sin ignorar las aportaciones al sistema efectuadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

Cincuenta años después, el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc puede considerarse como una reliquia histórica. La labor del legislador en este periodo ha llevado a una especialización normativa tal que las soluciones generales de los arts. 8 a 12 del Código Civil se han vuelto residuales y, de un lado, la participación masiva de España en tratados internacionales de DIPr y, de otro, la pertenencia de España a la UE, ha acentuado esta situación. Hoy en día, el sistema se comprende únicamente a través de la “recopilación codificación privada”, que ha producido algunos textos fruto de un ingente trabajo de ordenación y sistematización, cuya pretensión es solucionar de manera didáctica complejas operaciones de delimitación normativa³³⁹. El único inconveniente es que el manejo de estos textos requiere una preparación previa que muchos operadores jurídicos desconocen por seguir aferrados a una inercia de aplicación obsoleta, como se evidencia aún hoy, en algunas decisiones de nuestros tribunales, donde continúan aplicándose de arts. 8 a 12 Cc en su versión de 1974³⁴⁰.

90. Cumplidos los cincuenta años, el contenido Capítulo IV del Tit. Prel. Cc quedó tan afectado por las sucesivas modificaciones operadas, sobre todo en el art. 9, que apenas quedan huellas de la redacción original. Las reformas, hasta la fecha, han sido las siguientes: art. 9.2º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), art. 9.3º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), art. 9.4º (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), art. 9.5º (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional), art. 9.6º (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción), art. 9.7º (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) art. 9.8º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), a rt. 10.8º (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), art. 12.6º.II (derogado y pasó a integrar el art. 281.2º *in fine* de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

Aunque no se trate de conseguir un sistema español de nueva planta, no es menos cierto que, como mínimo, es preciso superar lo que hoy tiene de estrecha y anticuada la regulación contenida en los arts. 8 a 12 Cc Y si se aspira a lograr una adecuada regulación del tráfico externo en los años veinte del siglo XXI que, además, guarde correspondencia con lo que es común en el ámbito europeo, ello requerirá tanto la especialización de los supuestos regulados como la diferenciación entre normas puramente localizadoras y normas orientadas a un resultado material.

2. Ámbitos de actuación del legislador español

91. A diferencia de otros sistemas jurídicos, España no ha contado nunca con una Ley Especial que regulara de manera integral los problemas del tráfico jurídico externo. En cambio, los diversos

³³⁹ Existen dos recopilaciones imprescindibles para el manejo del DIPr español a partir de dos sistemáticas distintas: la *Legislación básica de Derecho Internacional privado*, 32ª edición actualizada a septiembre de 2022, Madrid, Tecnos, 2022, a cargo de N. BOUZA VIDAL, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. VIRGÓS SORIANO (en las primeras ediciones participaron J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS) y la *Legislación de Derecho internacional privado*, 25ª ed., Granada, Comares 2023, preparada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. JIMÉNEZ BLANCO y S. SÁNCHEZ LORENZO.

³⁴⁰ Como muestra de la querencia a aplicar los preceptos del Título Preliminar cabe referirse a tres decisiones recientes SAP Madrid 25ª 1 marzo 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2820), SAP Madrid 14ª 21 julio 2023 (ECLI:ES:APM:2023:13719) y SAP 13ª 16 febrero 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2361)

sectores del DIPr estaban y siguen dispersos en distintos cuerpos legales y de diverso rango, lo que complicaba la articulación de soluciones coherentes. Bien entendido que la Ley Especial de DIPr, si bien era aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no era la panacea que resolviese todos los problemas del tráfico jurídico externo en el sistema español. Existían otros procedimientos de reforma global de un sistema de DIPr capaces de dotar a este ordenamiento de la necesaria coherencia interna.

El núcleo normativo principal del DIPr español residía en el Código civil, específicamente en el Capítulo IV del Título Preliminar. Desde 1943, las reformas se habían limitado a este título, sin considerar una Ley Especial para regular esta materia, tanto en su dimensión internacional como interregional. Esta decisión legislativa no favorecía la autonomía formal del DIPr español ni facilitaba una visión unitaria de sus problemas. La reforma de 1974 del Tít. Prel. Cc añadió numerosas disposiciones a los arts. 8 a 16 Cc, pasando de un sistema rudimentario de normas de conflicto a uno mucho más complejo. Esto obligaba a los juristas a referirse a párrafos y subapartados, complicando la interpretación y aplicación del DIPr.

La doctrina española criticó constantemente esta situación. Una Ley Especial de DIPr hubiera permitido una regulación más detallada de los problemas del tráfico privado externo y una reglamentación integral de los distintos sectores del DIPr. Sin embargo, el legislador español optó por una dispersión normativa, como lo demostró el Anteproyecto de reforma de 1983, que quedó relegado, pero reflejaba una tónica continuista. La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, también ilustraron esta dispersión, al introducir normas de DIPr en distintas secciones del Código civil. Este el método de reformas graduales no ha aportado unos resultados positivos, pues a sus insuficiencias se añadió la incomprensible tardanza del ajuste de las normas de conflicto del Código civil

La ausencia de una Ley Especial ha obligado a los operadores jurídicos a buscar en textos legales dispersos e incluso en diferentes rúbricas del propio Código civil, especialmente en relación con el Derecho aplicable. Si bien una Ley Especial no era una panacea, su ausencia complicaba la coherencia normativa pues no existía una voluntad decidida de una reforma del Tit. Prel. Cc a pesar de las críticas³⁴¹.

3. Directrices para una eventual reforma del Derecho internacional privado en España

92. Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores las directrices pueden resumirse en tres

Consistiría la primera en superar la actual fragmentación y dispersión normativa, mediante la articulación de un marco general que aporte orden, coherencia interna y unidad valorativa a todos los elementos del sistema. Este marco en vez de centrarse en crear un sistema de nuevo cuño, debería ocuparse en estructurar y modificar las normas existentes para garantizar su cohesión, especialmente en las relaciones entre la dimensión judicial y la ley aplicable, así como entre las normas que inciden sobre un mismo sector.

La segunda directriz residiría en facilitar la aplicación práctica del sistema, proporcionando a jueces y operadores jurídicos mayor certeza y previsibilidad en las soluciones jurídicas, lo cual requerirá una sistematización que incluya normas concretas y normas de referencia que indiquen claramente las disposiciones internacionales, comunitarias o internas aplicables en cada caso. Una mayor claridad en la regulación fortalecería valores constitucionales como la seguridad jurídica y la estabilidad normativa.

Por último, deberían abordarse las actuales carencias de contenido, adaptando el sistema a la creciente complejidad de las relaciones privadas internacionales, a partir del desarrollo de nuevas categorías normativas, incluyendo, normas de conflicto más flexibles, diseñadas para alcanzar resultados materiales específicos, y establecer grupos normativos que combinen reglas generales con supuestos especializados. Operación que sólo puede lograrse con éxito si se alinea el sistema con el proceso de comunitarización seguido en la UE, respetando los valores nacionales al tiempo que se armonizan las

³⁴¹ La Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación trabajó en una revisión parcial entre 1981 y 1983, resultando en un Anteproyecto publicado en 1985, de alcance limitado, pero de gran calidad técnica y valor jurídico. Este documento podría servir de base para una futura codificación más coherente del D Pr español. *BIM²J*, nº 105, 1985.

soluciones con otros sistemas europeos para responder a las demandas del tráfico jurídico internacional contemporáneo³⁴².

93. La voluntad de corregir la imprevisibilidad jurídica en el ámbito del DIPr puede entenderse en función de su tradición erudita y pretoriana³⁴³. Sin embargo, el deseo de aumentar su atractivo resulta menos evidente, dado que amplios sectores de esta rama jurídica se encuentran actualmente fuera del alcance del legislador nacional. España participa en numerosos convenios internacionales promovidos por la Conferencia de La Haya y, como Estado miembro de la Unión Europea, aplica reglamentos adoptados con base en los apartados 2 y 3 del art. 81 TFUE. Estos reglamentos, diseñados para consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia, han unificado aspectos clave del DIPr en los Estados miembros, particularmente en lo relativo a contratos, daños, divorcio, sucesiones, regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Al disminuir significativamente el papel de las fuentes nacionales en la regulación del DIPr español se suscita una pregunta legítima: ¿cuál es el interés del legislador español en desarrollar una codificación nacional de esta rama jurídica? Esta interrogante no es exclusiva de España. Países como Italia, Bélgica, los Países Bajos, la República Checa y Hungría han optado por codificar su Derecho internacional privado, demostrando que los Estados miembros de la UE, pese al proceso de europeización, consideran valiosa la codificación a nivel nacional

Desde su entrada en vigor del TFUE en 2009, el art. 81, apartado 3, permite a la UE Europea adoptar reglamentos en materia de DIPr. Sin embargo, el procedimiento legislativo especial requerido para estos reglamentos, que exige la unanimidad de los Estados miembros, ha contribuido a la fragmentación del DIPr en el ámbito de la Unión. Ante la falta de unanimidad, se ha recurrido al procedimiento de cooperación reforzada, que permite que al menos nueve Estados miembros adopten un acto legislativo de la Unión sin necesidad del consenso de todos. Este mecanismo ha dado lugar a reglamentos europeos sobre divorcio, regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas, generando una unificación diferenciada del DIPr de familia en la U ³⁴⁴.

La unificación por materias, aunque útil, tiene limitaciones. Los convenios y reglamentos internacionales no proporcionan una regulación exhaustiva del Derecho internacional privado, sino que refuerzan su fragmentación. Este carácter incompleto justifica la necesidad de una codificación nacional, que se convierte en el único medio para lograr una regulación integral de esta rama jurídica. En consecuencia, las normas nacionales son imprescindibles para completar los vacíos dejados por los instrumentos internacionales y europeos, ofreciendo una visión sistemática y coherente que mitigue la fragmentación inherente al sistema actual.

94. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del presente proyecto, justificar la elección de una Ley especial como técnica legislativa adecuada y la elección de una Ley especial no sólo responde al carácter autónomo del DIPr, sino a lo conveniente, por razones prácticas, facilitando una posible actualización. También aconsejan proceder al diseño tripartito de la materia regulada tripartito: competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones.

Sumariamente expuestas, las líneas generales de una empresa codificadora de esta envergadura serían, en esencia, las siguientes:

³⁴² Cf. J. BASEDOW, “15 Years of European Private International Law. Achievements. Conceptualization and Outlook”, *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 175 ss, esp. p. 183.

³⁴³ B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *Rec. des cours*, vol. 234, 1992, pp. 331-433.

³⁴⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, 2016, 29 pp.; P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: el reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 41, 2017; D. MARÍN CONSARNAU “Quo vadis cooperación reforzada y el Derecho internacional privado”, *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Madrid, Dykinson, 2019, 109–120; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, pp. 194–261.

- i) *Ordenación de las materias.* Frente a la alternativa de contemplar particularizada cada institución y proyectar sobre ella las soluciones de cada una de estas rúbricas (como parcialmente se recoge en la Ley DIPr suiza, en el Código DIPr belga) o introducir dentro de cada una de tales rúbricas las instituciones consideradas, parece más adecuada esta última opción por permitir al operador jurídico individualizar la concreta cuestión de DIPr a la hora de su específica solución. Esta última técnica, a la que se adhirió la Ley DIPr italiana, también ha sido seguida por La Ley uruguaya y por la Ley Dominicana.
- ii) *Disposiciones comunes.* La Ley debería ir precedida de un Título I destinado a la determinación del objeto de la Ley referido a la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en lo que concierne a la extensión y a los límites de la jurisdicción española, a la determinación del Derecho aplicable y a las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, con tres exclusiones expresas: la materia administrativa; el arbitraje comercial y la quiebra y otros procedimientos análogos. Sería aconsejable establecer a continuación dos reservas generales a la aplicación de la Ley: en primer lugar, la preferencia de los tratados internacionales de los que el Estado o sea parte que prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley y, en segundo lugar, lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. El título debería cerrarse con un apartado dedicado a la definición de los criterios determinantes de la ley la residencia habitual, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas.
- iii) *Extensión y límites de la jurisdicción española en materia civil y comercial.* Cabe insistir en la conveniencia de dedicar un título específico al ámbito de actuación los tribunales españoles y de sus límites a través del juego de los foros de competencia, como la expresión de los intereses u objetivos de política legislativa del sobre la base del modelo fijado por los Reglamentos de Bruselas.
- iv) *Determinación de la Ley aplicable.* Esta cuestión debería integrar un Título específico organizado en dos rúbricas. La primera incluiría las denominadas “normas reguladoras”, cuya función es dar una respuesta a la ley rectora del concreto supuesto del tráfico privado externo que vendría ordenado a través de normas de conflicto materialmente orientadas, de la siguiente manera: Derecho de la persona, Derecho de familia, protección de incapaces y obligaciones alimentarias, sucesiones y donaciones, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales y bienes y, si bien el ámbito material del Título presta especial atención a la materia civil y mercantil, sería oportuno dar una respuesta a la ley aplicable al contrato de trabajo. La segunda rúbrica comprendería un bloque normativo relativo a las llamadas “normas de aplicación”. Con el nuevo modelo de norma de conflicto multilateral con el que estarían redactados los preceptos de este sector, muchos de estos problemas tenderían a desaparecer, por lo que no parece oportuno realizar una ordenación pormenorizada de los mismos, por lo cual estaría justificado su carácter escueto y con un objetivo simplificado ³⁴⁵, que excluye del reenvío.
- v) *Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.* También esta materia sería objeto de un título independiente referido a sentencias extranjeras y a actos jurídicos constituidos en el extranjero con especial hincapié en los actos de jurisdicción voluntaria y a la eficacia de los documentos públicos extranjeros

IX. Consideraciones finales

95. El balance de la codificación del DIPr muestra un panorama complejo, caracterizado por una dualidad entre los esfuerzos internacionales y los procesos nacionales de codificación, con resultados mixtos pero también algunos avances significativos

³⁴⁵ K. SIEHR, “General Problems of Private International Law in Modern Codification: *De lege lata* and *de lege ferenda*”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 7, 2005, pp. 17–61.

- i) *La codificación internacional: un logro limitado.* La idea de codificar el DIPr mediante fuentes internacionales ha tenido un alcance más restringido de lo esperado. Los convenios internacionales en vigor son pocos y limitados en su alcance, lo que lleva a calificar la codificación internacional como un fracaso parcial. Sin embargo, su impacto no puede ser completamente desestimado, ya que ciertos textos internacionales, como los desarrollados por la Conferencia de La Haya, han servido más como modelos normativos que como instrumentos vinculantes. Esto les ha permitido influir indirectamente en las legislaciones nacionales, impulsando una tendencia hacia la convergencia.
- ii) *La proliferación de codificaciones nacionales: un efecto positivo.* La proliferación de codificaciones nacionales, lejos de generar la disparidad normativa que algunos temían, ha favorecido la construcción de un verdadero modelo internacional o transnacional de DIPr. Aunque persisten diferencias, y en menor medida divergencias, en las reglas de conexión jurisdiccional y normativa, existe una notable amplitud de coincidencias que conforman un campo común en esta rama del Derecho. Los legisladores nacionales observan las codificaciones de otros países, lo que genera un proceso de influencia mutua que contribuye a la convergencia normativa. Este fenómeno ha sido alimentado por los esfuerzos internacionales de armonización, lo que demuestra que, aunque los convenios internacionales no siempre logran adhesiones amplias, las ideas que contienen pueden tener un impacto significativo en los sistemas jurídicos nacionales. El balance general de la codificación del DIPr revela un escenario de progresiva convergencia, a pesar de los límites de los esfuerzos internacionales y de las diferencias locales. Si bien la codificación internacional no ha alcanzado sus metas iniciales, su influencia indirecta, combinada con la tendencia de los Estados a observar y adoptar soluciones similares, ha fomentado una armonización de facto en esta área del Derecho. Este proceso híbrido, en el que lo nacional y lo internacional interactúan, demuestra que la codificación del Derecho internacional privado, aunque imperfecta, sigue siendo un esfuerzo valioso para enfrentar los desafíos del tráfico jurídico globalizado.
- iii) *Adaptación local del modelo transnacional.* Un aspecto importante es que, aunque existe un modelo transnacional emergente, los legisladores nacionales suelen adaptar este modelo a las circunstancias locales, respetando las particularidades sociales, económicas y jurídicas de sus jurisdicciones. Esto permite que las codificaciones nacionales mantengan su funcionalidad interna mientras se alinean con los principios y tendencias globales del Derecho internacional privado.

96. Un Código o una Ley Especial de DIPr debe equilibrar la autonomía normativa de los Estados con la necesidad de ofrecer soluciones coherentes y prácticas en el contexto internacional. Su contenido ideal debería incluir normas que regulen la competencia judicial internacional, estableciendo criterios claros para determinar la jurisdicción de los tribunales nacionales en asuntos internacionales, como el domicilio, la ubicación de bienes o el lugar de cumplimiento de contratos, y definiendo foros exclusivos o prohibitivos en determinadas materias. Asimismo, debe abordar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, fijando condiciones como la reciprocidad, el respeto al orden público y la adecuada notificación de las partes, así como los procedimientos para garantizar la efectividad de las sentencias extranjeras en el ámbito nacional.

Un Código o Ley Especial también debería contener reglas sobre la designación de la ley sustantiva aplicable a relaciones internacionales, diferenciando entre materias contractuales, familiares, sucesorias y patrimoniales, incluyendo mecanismos para abordar cuestiones complejas como el reenvío, el fraude a la ley, el conflicto de calificaciones y la cuestión preliminar. Asimismo, debería priorizar la autonomía de la voluntad en contratos internacionales, estableciendo sus límites para equilibrar los intereses de las partes con los principios fundamentales del sistema jurídico.

En cuanto a la legalización y validez de documentos extranjeros, el Código debería regular el reconocimiento de documentos públicos y privados, como escrituras notariales y certificados de nacimiento, matrimonio y defunción, estableciendo reglas claras sobre su legalización o apostilla para garantizar su aceptación en el territorio nacional. También debería incluir referencias explícitas a los tratados y

convenios internacionales que el Estado haya suscrito, definiendo su relación jerárquica con las normas internas y los mecanismos para integrar su impacto en el sistema jurídico nacional.

97. Desde una perspectiva estructural, un Código de DIPr podría optar por unificar normas sustantivas y procesales, como han hecho países como Suiza, Italia y Bélgica, considerando al DIPr como un sistema integral en el que fondo y procedimiento se entrelazan para responder a la naturaleza internacional de las relaciones reguladas. Alternativamente, podría separarse en códigos distintos, incorporando los aspectos procesales al Código de Procedimiento Civil y dejando las normas de conflicto y sustantivas en el Código de DIPr. En cualquier caso, debe reconocerse que las soluciones dadas por los tribunales nacionales tienen un impacto limitado a su propio ordenamiento, lo que exige reglas que aseguren la coordinación con otros sistemas jurídicos y la integración armónica de las decisiones en el contexto internacional.

Por tanto, un “Código de Derecho Internacional Privado” debe concebirse como un cuerpo coherente e integral que combine normas sustantivas y procesales, respetando la autonomía normativa de los Estados y asegurando su interrelación con los compromisos internacionales y debe, además, ser lo más completo posible para colmar las eventuales lagunas que suscite su aplicación.

La opción de un único código que abarque ambos tipos de normas, como el modelo suizo, resulta la más adecuada para garantizar un enfoque práctico, completo y alineado con las necesidades del tráfico jurídico internacional, permitiendo responder de manera efectiva a la complejidad inherente de las relaciones internacionales privadas y facilitando la armonización normativa a nivel global. Es objetivo que debe primar en todo momento es facilitar la aplicación de las normas adoptados a los operadores jurídicos y su consecución exige respuestas claras o, al menos elementos que faciliten las respuestas, sin necesidad de recurrir a otras fuentes.

Desde una perspectiva general, no es posible desatender sin más la opinión de que dada la velocidad y la forma de la legislación de la Unión, el Derecho nacional está a punto de perder gran parte de su importancia en el ámbito del DIPr en un futuro previsible. Esta postura tiene cierta relevancia, pero no significa que no quede espacio suficiente para un Derecho internacional privado nacional significativo.

98. En vista del éxito de los esfuerzos de unificación de la UE en el ámbito del DIPr, podría parecer que la adopción de nuevas codificaciones nacionales en los Estados miembros de la UE ya no tiene sentido. Sin embargo, las experiencias seguidas en otros sistemas demuestran que, después de todo, la adopción de nuevas codificaciones sí tiene cierto sentido., pese a la complejidad que entraña enfrentarse a una pluralidad de instrumentos jurídicos. A medida en que va produciéndose una mayor unificación dentro de la UE una Ley especial española deberá tener muy en cuenta las materias reguladas por el Derecho de la UE. El proceso de unificación del DIPr de la Unión dista mucho de haberse completado y todavía existen lagunas sustanciales a las cuales hay que dar respuesta.

La propuesta de reforma del DIPr español partiría de la necesidad de superar la fragmentación normativa y la dispersión de fuentes, con el fin de articular un marco general que aportaría orden, coherencia interna y unidad valorativa. En lugar de crear un sistema completamente nuevo, la reforma se ocuparía de estructurar y ajustar las normas existentes, garantizando una mayor conexión entre la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones, así como entre las normas que incidirían en sectores específicos. Este proceso buscaría ofrecer a los operadores jurídicos —jueces, abogados y demás profesionales— mayor certidumbre y previsibilidad, de modo que las soluciones resultarían más estables y claras. Con ello, se fortalecerían valores constitucionales como la seguridad jurídica y la estabilidad normativa.

Paralelamente, las soluciones contenidas en una Ley Especial de DIPr deberían ser suficientemente precisas, especialmente en aquellos casos en los que los supuestos considerados hayan alcanzado una madurez suficiente a través del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, también es importante que estas soluciones no sean excesivamente restrictivas ni demasiado detalladas, ya que esto podría limitar su aplicabilidad y adaptabilidad en el futuro. La codificación debe ser lo suficientemente flexible para permitir su evolución conforme surjan nuevos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, evitando imponer restricciones prematuras cuando las soluciones aún no hayan sido plenamente consolidadas por la práctica y la reflexión jurídica. En este sentido, la precisión debería ser equilibrada con la

prudencia necesaria para no comprometer la capacidad de adaptación de la Ley Especial a los cambios futuros de las transacciones privadas internacionales.

No puede negarse que esta reforma atendería las carencias de contenido, asumiendo la complejidad creciente de las relaciones privadas internacionales. Para ello, se desarrollarían normas de conflicto más flexibles, capaces de perseguir objetivos materiales concretos, y se crearían grupos normativos que combinarían reglas generales con supuestos especializados. Todo esto se alinearía con la dinámica de la UE, respetando los valores nacionales a la vez que se armonizarían las soluciones con otros sistemas europeos y tendría especial relevancia porque la europeización del DIPr habría limitado la acción legislativa nacional. Sin embargo, la experiencia de otros Estados miembros, como Italia o Bélgica, ha demostrado que la codificación nacional seguirá siendo útil, dado que reglamentos y convenios internacionales, aunque unificarían aspectos parciales, no abarcarían todos los ámbitos, generando vacíos y fragmentación. Por ello, la elaboración de una ley especial que codifique el DIPr español, con un diseño tripartito (competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones), contribuiría a facilitar la actualización y la adaptación a nuevas realidades.

Esta ley especial se estructuraría de manera que, en un título preliminar, se definiría el objeto, el alcance, las exclusiones, las reservas a favor de tratados y normas especiales, así como los criterios para determinar la residencia habitual. A continuación, un título específico abordaría la extensión y límites de la jurisdicción española, otro la determinación de la ley aplicable mediante normas de conflicto flexibles, y un tercero el reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.

En definitiva, la reforma ofrecería un instrumento nacional coherente, sólido y adaptable, capaz de complementar las soluciones europeas y de responder mejor a las demandas del tráfico jurídico internacional.

Significado de la reforma para el Derecho interregional

Meaning of the reform for interregional Law

RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universitat Autònoma de Barcelona

Recibido: 10.10.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9354

Resumen: El origen histórico de la pluralidad de Derechos civiles españoles permite entender las particularidades del sistema de Derecho interregional y sus características actuales. En esta contribución se examina la evolución de esa pluralidad normativa, así como la integración de los diferentes Derechos españoles a partir de la Edad Moderna hasta llegar a la codificación. A partir de este punto se examina la forma en que se interrelacionan el mantenimiento de la pluralidad de Derechos civiles españoles y la regulación del Derecho interregional, con especial atención a los principios que se introdujeron en el Código Civil de 1889 y se mantuvieron en la revisión de 1974. En lo que se refiere a ésta se destacan las mejoras técnicas introducidas y la forma en que se abordaron los problemas específico del Derecho interregional que requerían una solución diferenciada de la que se daba a los conflicto internacionales de leyes.

Palabras clave: DIPr. Derecho interregional. Historia del DIPr. Conflictos internos

Abstract: The historical origin of the plurality of Spanish civil laws allows us to understand the particularities of the interregional law system and its current characteristics. This contribution examines the evolution of this normative plurality, as well as the integration of the different Spanish laws from the Modern Age to codification. From this point, it examines how the maintenance of the plurality of Spanish civil laws and the regulation of interregional law are interrelated, with special attention to the principles introduced in the Civil Code of 1889 and maintained in the 1974 revision. Regarding the latter, the technical improvements introduced and the way specific interregional law problems that required a differentiated solution from that given to international law conflicts were addressed are highlighted

Keywords: Keywords: PIL. Interregional Law. History of PIL. Internal conflicts

Sumario: I. Introducción. II. Origen de la plurilegislación en España: 1. Derecho en el Antiguo Régimen. 2. Pluralidad de entidades políticas en España y pluralidad de Derechos. III. El inconcluso proceso de unificación del Derecho en España: 1. Integración de sistemas y conflicto de leyes. 2. El proceso de codificación. IV. El Código Civil de 1889: 1. Mantenimiento de la pluralidad de Derechos civiles en España. 2. El tratamiento del Derecho interregional. V. Título Preliminar del Código Civil de 1974: 1. El contexto: los apéndices y las compilaciones de Derecho foral. 2. Las reglas conflictuales. 3. La vecindad civil. 4. Supuestos específicos. 5. Derecho interregional y dimensión externa del DIPr. VI. Conclusión.

I. Introducción

1. Una de las características distintivas del Derecho privado español es su carácter plural. En España conviven diferentes Derechos civiles, lo que convierte a nuestro país en el único de la UE en el que se plantean conflictos internos de leyes dentro del territorio europeo¹. Esta pluralidad tiene relevancia tanto para el Derecho civil como para el constitucional, el procesal y el Derecho internacional privado (DIPr). Desde esta última perspectiva, el elemento nuclear en la regulación son los arts. 13 a 16 del Código Civil (CC) y, por remisión de estos, también sus arts. 9 a 12. De esta forma, el Título Preliminar del CC es, en buena medida, el equivalente a la ley de Derecho interregional de la que carecemos en España. En esta contribución examinaremos el papel que juegan estos preceptos en la regulación de los conflictos que se plantean entre los diferentes Derechos civiles españoles y, en particular; de qué manera les afectó la reforma del Título Preliminar del año 1974.

Este trabajo es solo una parte en un análisis más amplio sobre el cincuentenario de la reforma del Título Preliminar del CC, que incluye contribuciones específicas sobre las modificaciones del Título Preliminar posteriores a 1974, la incidencia de los tratados internacionales y de la Constitución de 1978 en general. Además, hay trabajos dedicados a la relevancia para el tema que nos ocupa del art. 149.1.8º de la Constitución y sobre las relaciones entre los capítulos IV y V del Título Preliminar en el proceso de aplicación del Derecho autonómico. Por esta razón, el presente estudio concluye con la promulgación de la nueva redacción del Título Preliminar en 1974, sin entrar en su evolución posterior, de tal manera que las referencias que se harán en el mismo a la Constitución de 1978 o a puntuales reformas del Título Preliminar estarán limitadas al mínimo imprescindible.

2. El análisis del capítulo V del Título Preliminar del Código Civil no puede prescindir ni del contexto histórico en el que se produce su reforma ni de la evolución de la plurilegislación en España. Si en alguna ocasión se ha afirmado que en DIPr la historia lo es todo²; en el caso de los conflictos internos en España, la afirmación es aún, si cabe, más necesaria³. En nuestro país la pluralidad legislativa es una herencia directa de la fragmentación política que caracterizó a España desde la Edad Media hasta la unión personal de las coronas de Castilla y Aragón. Esta fragmentación política suponía también una fragmentación jurídica que, desde una perspectiva formal, no fue superada más que con la constitución

¹ El RU es otro estado europeo con pluralidad de Derechos privados. Hasta su salida de la UE en el año 2020, era el otro ejemplo de estado plurilegislativo en la Unión (*vid.* A. DICKINSON, “United Kingdom”, en J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of private international law*, Cheltenham (RU), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 2612-2626, p. 2612). Otros países miembros asumen las relaciones internacionales de ciertos territorios europeos con Derechos diferenciados (así sucede con los Países Bajos en relación con Aruba, Curazao y Sint Maarten), en el marco de procesos de descolonización que no han conducido a la independencia del territorio de ultramar. En este caso, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España, la diversidad legislativa solamente se proyecta más allá del continente europeo. Esto es, el Reino de los Países Bajos (que incluye a los Países Bajos, Aruba, Curazao y Sint Maarten) tiene diversos Derechos; pero los Países Bajos, en cuanto nación europea y miembro de la UE, es un país en el que solamente hay un Derecho civil y un Derecho mercantil. El Reino de los Países Bajos tiene como norma fundamental, su Carta, de 28 de octubre de 1954, cuya versión consolidada puede consultarse aquí: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002154/2024-01-01>. También el Reino de Dinamarca tiene una composición compleja, que incluye el territorio metropolitano de Dinamarca, Groenlandia y las islas Feroe y, si bien es formalmente una monarquía unitaria, las competencias de Groenlandia y las islas Feroe han ido aumentando; lo que implica que, desde la perspectiva del reino de Dinamarca (no del territorio metropolitano), estaríamos también ante un estado complejo (*vid.* J.M. LORENZO VILLAVARDE, “The Unsettled Question of the Constitutional Framework and the Interpretative Authority in the Danish Rigsfællesskab”, *Perspectives on Federalism*, 2023, vol. 15, núm. 3).

² M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *R. des C.*, 1929-IV, t. 29, pp. 287-400, p. 292. La necesidad de conocer la historia del DIPr para comprender los problemas actuales de la disciplina ha sido destacada por otros autores. Por poner solamente dos ejemplos más, LALIVE, P., “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours general)”, *R. des C.*, 1977-II, t. 155, pp. 1-424, pp. 55-57; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R. des C.*, 1977-III, t. 156, pp. 227-376, p. 243. Más recientemente, *vid.* B. ANCEL, *Éléments du droit international privé*, París, Éditions Panthéon-Assas, 2017, pp. 17-18; donde argumenta que el conocimiento de la historia en DIPr es importante porque, a diferencia de lo que sucede en otras materias, el DIPr no sufrió una discontinuidad como consecuencia de la codificación decimonónica, de manera que en el caso de esta disciplina “el hilo de la historia es aquí el hilo de la explicación” (*ibidem*, p. 18).

³ *Vid.* A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 27.

de 1812 y que, habiendo sobrevivido en parte a los siglos XIX y XX, se ha visto confirmada por medio de la Constitución de 1978 y la evolución legislativa y jurisprudencial posterior. Se trata, sin embargo, de una evolución que no ha podido desprenderse de la historia, puesto que la justificación de la competencia legislativa en materia civil de algunas comunidades autónoma no es más que histórica, como también ha de remontarse a la historia la justificación de dicha competencia y el análisis de sus límites⁴.

La consideración del contexto histórico es, pues, imprescindible en cualquier exposición sobre la regulación de los conflictos internos en España. Esta consideración, además, permite examinar las particularidades de la dimensión interna del DIPr en nuestro país, con especial atención a la unidad de la jurisdicción y a la, al menos formalmente, unidad del sistema de normas de conflictos internos. Tal y como se verá, las diferencias entre los diferentes Derechos españoles, vinculadas a la coexistencia durante siglos de diversas entidades políticas en el territorio que ahora es España, puedan dotar de sentido a algunas elecciones del legislador en el tratamiento de los conflictos internos de leyes y, por tanto, ayudar a la interpretación del Derecho vigente.

3. La exposición seguirá, en lo sustancial, un orden cronológico. Tras la introducción, se dedicarán los epígrafes II y III a la evolución de la plurilegislación en España, entendida como un paulatino proceso de reconducción hacia una unidad nunca alcanzada. En el epígrafe IV trataremos el código civil de 1889 y su sistema de resolución de los conflictos internos; entendido como una primera constatación de la necesidad de asumir la pluralidad de Derechos en España como una realidad insoslayable y constataremos que este código de 1889 se toman ya algunas decisiones que no se derivaban necesariamente de la situación existente en la segunda mitad del siglo XIX, pero que condicionaron de manera decisiva la evolución de lo que se ha dado en llamar Derecho interregional en España⁵.

A continuación, en el epígrafe V nos ocuparemos del contexto en el que surge la regulación sobre Derecho interregional en el Título Preliminar del Código Civil de 1974. Las diferentes compilaciones de Derecho civil foral que fueron promulgadas en los años 60, hasta llegar a la del Derecho civil navarro de 1973⁶ confirmaban el carácter complejo del Derecho civil español, superando la idea de que el proceso codificador reconduciría a la unidad la pluralidad de Derechos privados españoles. La reforma del Título Preliminar, por su parte, articula esa diversidad a partir de unas reglas que pretendían ser claras y de fácil aplicación. Con el examen de dichas reglas y los problemas que dejaron abiertos concluirá el trabajo pues, como ya se ha avanzado, la evolución del Título Preliminar desde el año 1974 será objeto de estudios específicos. Espero, sin embargo, que el examen de los orígenes y la concreción del

⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STC (Pleno) 132/2019, de 13 de noviembre, sobre la competencia en materia de Derecho civil de la comunidad autónoma de Cataluña. La consideración de la historia resultó esencial para justificar que el legislador autonómico se podía ocupar de ciertos contratos. Me ocupé con cierta extensión de ello en R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, 2019-2020, t. XIX-XX, pp. 640-651.

⁵ Como es sabido, existe un amplio debate sobre la terminología más adecuada con relación al fenómeno que nos ocupa. El término que goza de mayor aceptación es “Derecho interregional”, introducido en el siglo XIX para sustituir la expresión “Derecho interprovincial” (*vid.* J.D. TRÍAS Y GIRÓ/J.M. TRÍAS DE BES, *Estudios de Derecho internacional privado con aplicación especial al Derecho español*, Barcelona, Sociedad General de Publicaciones, 1921, pp. 168-169 y n. núm. 1); aunque también se han señalado sus inconvenientes (*vid.* A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, p. 15, n. núm. 2 y referencias allí contenidas; *vid.* también A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984, pp. 9-10). El que quizás fuera más correcto desde la perspectiva del Derecho en la primera mitad del siglo XXI, Derecho interautonómico (que también tiene sus inconvenientes) no cuenta con ninguna tradición. La expresión Derecho interterritorial tiene alguna presencia en la doctrina (así, en las crónicas anuales que se publican en el *AEDIPr*); pero no deja también de presentar algunos problemas. Dado que en relación con la terminología lo relevante es definir lo designado; aquí se utilizarán todos los términos señalados, además de los de “conflicto de leyes interno” y “dimensión interna del sistema de DIPr español”. Con cualquiera de estas expresiones nos estaremos refiriendo a la regulación de la plurilegislación civil en España o, lo que es lo mismo, a la regulación de las situaciones privadas que presentan vínculos significativos con más de un Derecho civil español.

⁶ El primer Derecho compilado fue el civil foral de Vizcaya y Álava, por medio de la ley 42/1959, de 30 de julio (*BOE*, 31-VII-1959). Le siguió la compilación del Derecho civil catalán, que se produjo por medio de la ley 40/1960, de 21 de julio (*BOE*, 22-VII-1960), el Derecho civil de Baleares fue compilado por la ley 5/1961, de 19 de abril (*BOE*, 21-IV-1961) y el gallego por la ley 147/1963, de 2 de diciembre (*BOE*, 5-XII-1963) la Compilación de Derecho civil de Aragón fue aprobada por la ley 15/1967, de 8 de abril (*BOE*, 11-IV-1967) y la de Navarra, por la ley 1/1973, de 1 de marzo (*BOE*, 7-III-1973).

texto que ahora cumple cincuenta años sea útil para la interpretación y aplicación del Derecho actualmente vigente que, en buena parte, sigue siendo el mismo que se promulgó en 1974; además, algunos de los cambios introducidos son deudores, al menos en parte, de los debates existentes entonces y que, en buena medida, son continuación de planteamientos que tienen su origen décadas o siglos atrás.

II. Origen de la plurilegislación en España

1. Derecho en el Antiguo Régimen

4. Casi nada puede entenderse del sistema vigente de Derecho interregional si no se tiene en cuenta el origen de la plurilegislación en España; un origen que se sitúa en la Edad Media, sin que sea dable reducir la consideración a un espacio temporal más limitado, so pena de dejar fuera elementos relevantes. La ya mencionada STC 132/2019, de 13 de noviembre nos aporta, por ejemplo, una fecha concreta, que considera significativa para el análisis de la constitucionalidad de la regulación actual catalana en materia de contratos: el año 1149, en el que el conde Ramón Berenguer IV otorgó una carta de población a la ciudad de Tortosa⁷. La fecha, o más bien el contexto de la fecha, han de ser tenidos en cuenta; puesto que se sitúa en los primeros siglos de la Baja Edad Media; en concreto, en lo que se ha denominado “renacimiento de la Edad Media”⁸; un período que, desde la perspectiva jurídica resulta enormemente significativo, también para el DIPr⁹; pues fue en él donde se establecieron las bases del Derecho que rigió en Europa hasta la llegada de la codificación. Una codificación que, además, no puede ser entendida haciendo abstracción de la situación jurídica en la que surge; permaneciendo todavía, como veremos, restos del Derecho anterior a la misma. Es, por tanto, a esa época a la que hay que remitirse para intentar entender la diversidad legislativa actual en nuestro país.

Entre los siglos XI y XIII se produjeron cambios muy significativos en Europa. Quizás, incluso, más relevantes que los que llevaron de la Edad Antigua a la Edad Media, habiéndose defendido que los primeros siglos de ésta, desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta el renacimiento medieval, pueden entenderse mejor como una prolongación del mundo antiguo que como una época radicalmente distinta de éste¹⁰. Desde ese punto de vista, la cesura relevante es la que se produce con la consolidación del feudalismo, el crecimiento de las ciudades y la derrota del emperador del Sacro Imperio Romano Germánico frente a las ciudades italianas, primero en el año 1093¹¹ y más de 80 años después, en la batalla de Legnano (1176)¹². Desde el punto de vista jurídico, estos siglos son testigos de la aparición de los Derechos locales, tanto en Italia como en otros lugares. En España, por ejemplo, a partir del siglo XI se promulgan fueros en los diversos reinos y territorios¹³. Este Derecho escrito, en ocasiones, tan solo pretende ser transcripción de costumbres preexistentes. Así sucede con parte del contenido de los fueros en España¹⁴, siguiendo, en esto, una tradición muy anterior¹⁵; pero en la que se introduce un elemento esencial: el territorio; de tal manera que incluso el Derecho consuetudinario acaba teniendo un

⁷ Vid. *supra* n. núm. 4, FJ 4.

⁸ La expresión procede de C.H. HASKINS, *The Renaissance of the twelfth century*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1927.

⁹ Vid. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milán, Giuffrè, 2ª ed. 1949; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado. Introducción y fuentes*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 4ª ed. 1976, p. 177.

¹⁰ Vid. J.A. GARCÍA DE CORTÁZAR/J.A. SESMA MUÑOZ, *Historia de la Edad Media. Una síntesis interpretativa*, Barcelona, Alianza, p. 37

¹¹ Vid. Z.N. BROOKE, “Germany under Henry IV and Henry V”, *The Cambridge Medieval History*, vol. V, 1964, pp. 112-166, p. 146.

¹² Vid. U. BALZANI, “Frederick Barbarossa and the Lombard League”, *The Cambridge... op. cit.*, pp. 413-453, pp. 446-447.

¹³ Pudiendo entenderse “fuero” como “Derecho que rige en un lugar”, cf. A. GARCÍA GALLO, “Aportación al estudio de los fueros”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, pp. 387-446, p. 395; así como los privilegios que el señor que concedía el fuero (con frecuencia, el rey) otorgaba a los habitantes del territorio al que se correspondía éste (*ibidem*, pp. 396-398). En Cataluña, lo que en otras partes se conoció como “fuero”, recibió el nombre de *usatges y costums* (*ibidem*, p. 398).

¹⁴ Vid. A. GARCÍA GALLO, *loc. cit.*, p. 401.

¹⁵ Vid. F. CALASSO, *op. cit.*, p. 26.

determinado alcance territorial, pasando de una etapa en la que la regla era la personalidad de las leyes a otra en la que la regla es la territorialidad¹⁶. Este cambio coincide, en parte, con otro especialmente relevante: el legislador deja de verse como un mero recopilador de normas preexistentes y comienza a percibirse como un legislador consciente¹⁷. El Derecho local de las ciudades del norte de Italia o los fueros medievales españoles permiten apreciar esta transformación. Así, en los fueros ya se ha indicado que en ellos se encuentran, por una parte, reglas que se pretenden preexistentes como costumbre junto con otras prescripciones que se saben concesiones o decisiones del monarca.

5. De acuerdo con lo que se ha visto hasta ahora, en el paso de la Alta Edad Media a la Baja Edad Media¹⁸, aparecen Derechos locales en Europa Occidental que conviven con el Derecho consuetudinario, marcando, por un lado, el paso de la personalidad a la territorialidad de la ley y, por otro lado, la aparición de un legislador consciente vinculado al poder público; un poder público que, como se acaba de indicar, es ya, básicamente, territorial¹⁹. A este Derecho consuetudinario y local, se superpone, desde el siglo XII, el Derecho académico construido, fundamentalmente en las universidades²⁰, sobre la base del Derecho romano. Este Derecho romano “recuperado”²¹ formará, junto con el Derecho canónico, lo que se conoció como Derecho común; un Derecho más técnico y uniforme para toda Europa Occidental que sirvió como marco para los Derechos locales y el Derecho consuetudinario; en definitiva, un Derecho con una vigencia espacial más ajustada a la compleja realidad económica y social de los siglos XII y XIII²². El Derecho romano, además, era un instrumento útil para el poder político de la época; como muestran las relaciones entre los profesores de Bolonia, el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico y otros poderes públicos de la época²³. La extensión del Derecho romano, fruto de la recepción (y que, era, en realidad, un Derecho reconstruido por los académicos de la época) se produjo a través de las universidades que se crearon a lo largo de los siglos siguientes, universidades que, a su vez, influyeron en disposiciones de los monarcas que convertían en norma escrita la doctrina de las escuelas de juristas. En el caso de España, el ejemplo más relevante de este camino son las Siete Partidas de Alfonso X de Castilla; una obra que bebe de la doctrina jurídica elaborada inicialmente en la Universidad de Bolonia y que es redactada unas décadas después de la introducción en España de los estudios jurídicos a través de las universidades de Palencia y Salamanca²⁴. La existencia de este Derecho común, sin embargo, no eliminaba ni la costumbre ni los Derechos locales; de tal forma que desde ese momento (Baja Edad

¹⁶ Sobre esta evolución, *vid.* K. NEUMAYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*. Primera parte, *Die Geltung des Stammesrechte in Italien*, Múnich, J. Schweitzer, 1901, pp. 143-147; E.-M. MEIJERS, “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du Moyen Age”, *R. des C.*, 1934-III, t. 49, pp. 543-686, p.558-566. No puede dejar de señalarse, sin embargo, que se dieron, de manera excepcional, etapas de territorialidad de las leyes antes de estos siglos y después de la caída del Imperio Romano de Occidente. Así, por ejemplo, en la España visigoda de la segunda mitad del siglo VII (*vid.* J.A. GARCÍA DE CORTÁZAR/J.A. SESMA MUÑOZ, *op. cit.*, p. 68).

¹⁷ *Vid.* K. NEUMAYER, *Die gemeinrechtliche...*, *op. cit.*, Segunda Parte, *Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts*, Múnich/Berlín/Leipzig, J. Schweitzer, 1916, p. 2. De todas formas, como no podía ser de otra forma, los cambios que se producen en esta época no surgen de la nada; de tal forma que algunos prefieren hablar de “maduración” de tendencias que ya se venían gestando desde siglos antes. *Vid.* P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1996, p. 127. Este autor insiste en que en esta época el poder político sigue manteniéndose, mayoritariamente, al margen de la creación jurídica (*ibidem*, p. 132 y 135), justificándose no en la voluntad del príncipe, sino en ser reflejo de la naturaleza de las cosas (*ibidem*, pp. 138 y 142 y ss.).

¹⁸ O a la Plena Edad Media, pues en algunas ocasiones se establece una división tripartita en la que el término Baja Edad Media se reserva a los siglos XIV y XV, mientras que los siglos que van del XI al XIII o, incluso, de finales del siglo X al XIII; se consideran Plena Edad Media (*vid.*, por ejemplo, J.A. GARCÍA DE CORTÁZAR/J.A. SESMA MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 245-247).

¹⁹ Sobre la vinculación entre Derecho y poder público, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, t. IV, pp. 5239-5270, p. 5244.

²⁰ *Vid.* W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Londres, The Sources of History Limited, 1975, pp. 83-116

²¹ En realidad, nunca se había perdido completamente, *vid.* C.H. HASKINS, *op. cit.*, pp. 196-197.

²² *Vid.* C.H. HASKINS, *op. cit.*, p. 207.

²³ *Vid.* C.H. HASKINS, *op. cit.*, pp. 207-208.

²⁴ Sobre el encendido debate acerca de la datación y autoría de las Siete Partidas, *vid.* A.J. SANZ MARTÍN, “Las redacciones de las Siete Partidas durante el reinado de Alfonso X. Una revisión historiográfica”, en J.M. FRADEJAS RUEDA/E. JEREZ/R. PICHEL GOTÉRREZ (coord.), *Las Siete Partidas del Rey Sabio: una aproximación desde la filología digital y material*, Madrid, Iberoamericana/Vervuert, 2021, pp. 39-44.

Media) hasta el fin del Antiguo Régimen, el Derecho en cada lugar estaba integrado por una pluralidad de fuentes con diverso alcance territorial.

El Derecho, además, era tanto Derecho formalmente promulgado o decidido por el legislador como Derecho ajeno a la voluntad de éste. En la segunda categoría entraría tanto la costumbre como el Derecho romano fruto de la recepción; pese a que éste era un Derecho doctrinal que, con frecuencia, recibía el respaldo del poder público; pero que formalmente era presentado como un Derecho “encontrado” y cuya validez no descansaba en la voluntad normativa del poder público; sino en la bondad de su contenido o naturaleza. En relación a esto último, es interesante considerar que el tránsito de “Derecho encontrado” a “Derecho promulgado” podía hacerse a través de una vía intermedia: dado que el rey (u otro señor) era el que otorgaba el poder de juzgar; las instrucciones que daba a sus tribunales, en el sentido de aplicar el Derecho romano en tanto que Derecho “auténtico” suponía una forma de promulgación en el que la legitimidad se hacía derivar no de la desnuda voluntad del monarca; sino de la bondad del Derecho que debía ser aplicado²⁵.

Así pues, el Derecho del Antiguo Régimen se caracterizaba por su diversidad; siendo consustancial al mismo la existencia de Derechos locales y la convivencia de estos con el Derecho común, en ocasiones transformado en Derecho real, un Derecho real con cierta vocación -como veremos- de unificación; pero sin que fuera posible acabar con la diversidad normativa dentro de cada territorio.

2. Pluralidad de entidades políticas en España y pluralidad de Derechos

6. De acuerdo con lo que se ha expuesto en el epígrafe anterior, a partir del siglo XII, en Europa Occidental, conviven costumbre y Derechos locales con el denominado Derecho común, que, en algunos casos, sirve de base para la promulgación de un Derecho real que se presenta como marco en el que los Derechos locales son percibidos como particularidades. De esta forma, el Derecho real sirve para una articulación de los diferentes Derechos existentes en un momento en el que no es posible eliminar ni el Derecho local ni el consuetudinario²⁶; sin descartar que el Derecho común también condujera a cierta aproximación entre los Derechos locales²⁷. De esta forma, la pluralidad de Derecho encuentra una cierta articulación en el marco de cada uno de los territorios bajo el dominio de un mismo monarca. Ahora bien, dada la fragmentación política de lo que ahora es España durante la Edad Media, ese papel de la monarquía como herramienta de articulación jurídica tenía como límite el territorio de cada una de las entidades políticas que convivían en España.

El número de estas entidades era superior al de monarcas; puesto que lo habitual era que cada rey gobernara sobre territorios que se consideraban diferenciados, con poderes diferentes en unos y otros lugares dentro de sus dominios. Esta pluralidad política, como veremos, es muy relevante para la comprensión de la diversidad de Derechos civiles españoles actual; pero hemos de tener en cuenta también lo que se ha comentado en el epígrafe anterior: el Derecho dentro de cada entidad política no era uniforme, sino que incluía particularidades locales, bien en forma de Derecho escrito, bien como costumbre.

²⁵ Sin que podamos profundizar en ello, es también necesario apuntar que en esta época se produce el tránsito del juez como autoridad que es reconocida por su conocimiento del Derecho que ha de ser aplicado, al juez como funcionario delegado por el poder público para impartir justicia, *vid.* R.C. VAN CAENEGEM, “History of European Civil Procedure”, capítulo 2 de M. CAPPELLETTI (ed.), “Civil Procedure”, vol. XVI de *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubina/Dordrecht/Boston/Lancaster, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/Martinus Nijhoff Publishers, 1973, pp. 8-9. De esta forma, el monopolio que, en algunos territorios, obtiene el juez en el nombramiento de los jueces, coadyuva a la articulación (que no unificación) del Derecho. Sobre el papel de la jurisdicción real en España durante la Edad Media, *vid.* L.G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las instituciones españolas*, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 4ª ed. 1975, pp. 555-560.

²⁶ Sobre la forma en la que el Derecho real se propone como herramienta para combatir la diversidad de Derechos locales, así como para examinar las distintas formas en que se impune este Derecho real, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 4ª ed. 1983, pp. 205-262; J. LALINDE ABADÍA, “El ideario jurídico de las Españas en el siglo XIII”, *Las Españas del siglo XIII*, Zaragoza, Excma. Diputación Provincial/Institución “Fernando el Católico”, 1971, pp. 113-134, pp. 117-118 y 123-124.

²⁷ *Vid.* A. GARCÍA-GALLO, “El Derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca”, en *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 227-249; A.M. BARBERO GARCÍA, “El Derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra”, *ibid.*, pp. 263-284.

7. La pluralidad política dentro de España iba, además, más allá de la escolar distinción entre la Corona de Castilla y la Corona de Aragón. En el siglo XV, como consecuencia de la fragmentación política que siguió al fin del reino visigodo y las luchas que se sucedieron durante los siglos siguientes, en lo que ahora es España podían distinguirse los siguientes reinos: Galicia, León, Castilla, Navarra, Aragón, Valencia, Toledo, Murcia, Jaén, Córdoba, Sevilla, Granada, Algeciras, Canarias y Gibraltar. Además, el Principado de Cataluña tenía un estatus diferenciado dentro de la Corona de Aragón. Otros territorios con alguna particularidad, dentro de la Corona de Castilla, eran el Principado de Asturias y el señorío de Vizcaya.

La naturaleza política de estos territorios era muy diferente; tanto por integrarse unos en la órbita de la Corona de Castilla y otros en la de Aragón (y Navarra en ninguna de las dos hasta su conquista -parcial- por Castilla en 1512) como por el hecho de que algunos de los reinos mencionados tenían como origen taifas que habían pasado al control de Castilla tras su conquista en el siglo XII (Toledo), XIII (Jaén, Córdoba, Sevilla y Murcia), XIV (Algeciras) y, ya en el siglo XV, Gibraltar, Canarias y el reino de Granada. Además, mientras en algunos casos se había prolongado una independencia de las instituciones de cada reino (hubo cortes separadas de León, diferenciadas de las de Castilla, hasta el siglo XIV); en otros la condición de reino se mantuvo tan solo nominalmente, sin que tuviera ninguna relevancia institucional (el reino de Galicia, incorporado definitivamente al de León en el siglo XII), encontrándonos, más bien, ante una mera división administrativa (la mayoría de los reinos que resultaron de la conquista de previas taifas o reinos musulmanes).

8. Así pues, por encima de la proliferación nominal de reinos y territorios diferenciados, la realidad política de España en el siglo XV era la de que cuatro soberanos distintos gobernaban la Península. El reino de Portugal, la Corona de Castilla, la Corona de Aragón y el Reino de Navarra eran entidades políticas diferenciadas²⁸. De las tres que constituyen la España actual, dos de ellas tenían una organización política unitaria en lo esencial. Así, en la Corona de Castilla se había producido la unificación de las Cortes de los diferentes reinos y el Derecho real se imponía de la misma forma en todo el territorio, con la única excepción del señorío de Vizcaya. Recordemos, sin embargo, que lo anterior no eliminaba las particularidades locales propias del Antiguo Régimen, tal y como hemos visto. En Navarra, un único reino, existían también instituciones únicas para todo el territorio²⁹. En la Corona de Aragón, en cambio, se mantenían instituciones diferenciadas para cada uno de los territorios que lo integraban (reino de Aragón, reino de Valencia, Principado de Cataluña y reino de Mallorca³⁰; a lo que habría que sumar, fuera de lo que ahora es España, el reino de Cerdeña, reino de Sicilia y reino de Nápoles). De esta forma, la articulación de los diferentes Derechos locales a través del Derecho real con influencia del Derecho común tenía como límite el de cada una de las entidades que convivían en lo que ahora es España³¹. El resultado

²⁸ Recordemos que durante la Edad Media no se discutía que España incluía toda la península ibérica, de tal manera que Portugal era considerado parte de España y los portugueses eran españoles. Así, por ejemplo, el Colegio de los Españoles en Bolonia estaba abierto también a los portugueses, *vid.* M.C. PASCERINI, “El Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles de Bolonia y la Monarquía Hispánica”, *Libros de la Corte*, 2018, año 10, núm. 17, pp. 190-210, pp. 194-195, <https://doi.org/10.15366/lc2018.10.17.009>.

²⁹ Aunque sea en nota a pie de página, hay que mencionar que, tras la conquista de Navarra por Castilla en 1512, y dado que la parte norte del reino permaneció independiente, se mantuvieron dos entidades políticas diferenciadas. La parte norte (la Baja Navarra) terminó uniéndose dinásticamente a Francia, cuando su rey Enrique III ascendió al trono de Francia como Enrique IV (primer monarca francés de la casa de Borbón). Cuando la casa de Borbón pasó a reinar en España, con Felipe V; éste renunció a utilizar el título que le correspondía como rey de Navarra (Felipe VII), en atención a la titularidad del reino por parte de su abuelo, Luis XIV de Francia (*vid.* J.M. DE FRANCISCO OLMOS, “Propaganda política en la moneda de los Borbones”, *VI Jornadas sobre documentación borbónica en España y América 1700-1868*), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2007, pp. 177-234, p. 187, <https://www.ucm.es/data/cont/docs/446-2013-08-22-9%20propaga.pdf>; *id.*, “La moneda navarra en la Edad Moderna. Problemas documentales. Tipos y leyendas”, *Revista General de Información y Documentación*, 2000, vol. 10, núm. 2, pp. 183-216, p. 206, <https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/view/RGID0000220183A/10448>).

³⁰ El reino de Mallorca se mantuvo como entidad separada dentro de la Corona de Aragón, aunque hubo reiterados intentos desde Cataluña para integrarlo en el Principado, *vid.* A. PLANAS ROSELLÓ, “La participación del reino de Mallorca en las Cortes Generales de la Corona de Aragón”, *Ius Fugit*, 2001-2002, núms. 10-11, pp. 763-771, pp. 763-764.

³¹ Tal y como expresó G. MARTÍNEZ DÍAZ (“Los comienzos de la recepción del Derecho Romano en España y el Fuero Real”, *Diritto comune...*, *op. cit.*, pp. 251-262, p. 253: “La diversidad de las formaciones políticas que integraban la España cristiana

de ello era una realidad plural en la que, sin embargo, se percibían algunas influencias recíprocas que, como veremos en el siguiente epígrafe, se incrementaron a partir del siglo XVIII.

9. De las distintas entidades que coexistían en España, era la Corona de Castilla la que disponía de un catálogo más estructurado de normativa real. Así, ya en el siglo XIII se elaboraron el Fuero Real, las Siete Partidas; a los que siguieron, en el siglo XIV, el Ordenamiento de Alcalá, en el XVI, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación³². En Navarra la situación es muy diferente; puesto que lo que podría equivaler a un Derecho general del reino es producto de una recopilación de los Derechos locales, el Fuero General de Navarra, que recibió a lo largo de los siglos diferentes “amejoramientos”; a lo que se unió la aplicación supletoria del Derecho romano, según la práctica de los tribunales cuyo origen no puede ser fijado por la ausencia de testimonios documentales, disponiendo únicamente de su constatación en un proyecto de “Fuero reducido” de comienzos del siglo XVI³³.

En la Corona de Aragón, como se ha indicado, han de ser considerados por separado los diferentes territorios que la integraban. En Aragón, sobre la base de recopilaciones de Derechos locales, se elaboran el siglo XIII los “Fueros de Aragón”. Este texto, junto con otros promulgados por la Cortes de Aragón y el Fuero de Teruel, de amplia aplicación en la zona sur del reino, fueron romanizados en su aplicación por los tribunales reales. La recopilación, ya en el siglo XV, tanto de las costumbres como de la aplicación de estos textos por los tribunales da lugar a un Derecho particular que combina reglas tradicionales con elementos del Derecho romano fruto de la recepción³⁴. En Cataluña no llega a establecerse una norma general para todo el Principado; sino que se dota de valor a las costumbres locales, aplicadas con frecuencia a partir de los criterios del Derecho romano. Esta penetración del Derecho común, sin embargo, se limitó como consecuencia de la prohibición, en el siglo XIII, de su alegación ante los tribunales. En ese contexto, la recopilación de costumbres de Barcelona (*Usatges de Barcelona*) tuvo una especial influencia, llegando a considerarse el Derecho general de Cataluña³⁵; si bien otras recopilaciones de costumbres y normas locales tuvieron también predicamento; especialmente las de Gerona, Lérida y Tortosa³⁶. Estas últimas, las de Tortosa, estaban profundamente influidas por el Derecho romano, a través, quizás, de los Fueros de Valencia³⁷, de los que nos ocuparemos enseguida. En el año 1495 se publica una primera recopilación del Derecho vigente en Cataluña, traduciendo al catalán las disposiciones que habían sido promulgadas en latín³⁸.

Valencia, a diferencia de lo que sucedía en Cataluña y, especialmente, en la Cataluña Vieja; esto es, los territorios de la actual Cataluña que habían perdido los musulmanes en la época de los carolingios; y que se corresponderían aproximadamente con las actuales provincias de Gerona y de Barcelona hasta el río Llobregat³⁹; en el momento de su incorporación a la Corona de Aragón, a mediados del siglo XIII, no contaba con una tradición jurídica cristiana, después de varios siglos de dominación islámica⁴⁰; por lo que los reyes de Aragón acaban promoviendo la aplicación del Derecho romano a través de los

en la Baja Edad Media no permiten un tratamiento uniforme y simultáneo al estudio de la penetración del Derecho Común en los reinos ibéricos”.

³² Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 142-153; J.A. ESCUDERO LÓPEZ, *Curs d'història del dret. Fonts i institucions politicoadministratives*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2008, pp. 411-424.

³³ Vid. G. MARTÍNEZ DíEZ, *loc. cit.*, pp. 282-283. La primera versión del “Fuero General” es del siglo XIII. Vid. J.A. ESCUDERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 437.

³⁴ Vid. G. MARTÍNEZ DíEZ, *loc. cit.*, pp. 275-277; J.A. ESCUDERO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 433-436.

³⁵ Cf. A. GARCÍA-GALLO, “El Derecho local...”, *loc. cit.*, p. 242.

³⁶ Vid. J.A. ESCUDERO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 444-446. Sobre la elaboración de las “Costumbres de Tortosa”, vid. J.M. FONT RIUS, “El procés de formació de les Costums de Tortosa”, *Estudis sobre els drets i institucions locals en la Catalunya Medieval*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 1985, pp. 141-161; *ibid.*, “Las redacciones iniciales de usos y costumbres de Tortosa”, pp. 163-193.

³⁷ Vid. A. GARCÍA GALLO, “El Derecho local...”, *loc. cit.*, pp. 242-246.

³⁸ Vid. J.M. PONS I GURI, “Introducció” en *Constitucions i altres drets de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1995, pp. I-XX, p. III.

³⁹ Vid. J.M. FONT RIUS, “Franquicias urbanas medievales de la Catalunya Vella”, *Estudis...*, *op. cit.*, pp. 11-34, p. 13.

⁴⁰ Vid. A. GARCÍA-GALLO, “El Derecho local”, *loc. cit.*, p. 234.

Fueros de Valencia, que acaban extendiéndose a todo el reino⁴¹. En las Islas Baleares, la base del Derecho son las cartas de población en cada isla, utilizando como Derecho supletorio los *Usatges* de Barcelona y el Derecho romano y canónico⁴².

10. De acuerdo con lo que se acaba de exponer, durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna, en España convivían distintos sistemas jurídicos, que se correspondían con las entidades políticas existentes (Corona de Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia y Baleares); pero que incluía variedades locales, como era propio del Derecho en el Antiguo Régimen. El Derecho local, escrito y consuetudinario, convivía con Derecho romano fruto de la recepción, bien a través del Derecho real o por medio de la práctica de los tribunales. Este es el escenario sobre el que se construye la plurilegislación actual en España; una situación que, en cierta forma, puede ser entendida como un inconcluso proceso de unificación, tal y como veremos en los siguientes epígrafes.

III. El inconcluso proceso de unificación del Derecho en España

1. Integración de sistemas y conflicto de leyes

11. Desde el siglo XVI, un solo monarca gobernó la Corona de Castilla, Navarra y la Corona de Aragón; pero esta unión personal no significó que se unificaran los sistemas jurídicos de los distintos territorios. Aunque el monarca utilizaba el título de rey de España (o de las Españas)⁴³, los poderes que ejercía en cada uno de los territorios se ajustaban a lo previsto en cada ordenamiento. El hecho de que el ordinal que utilizaba el soberano variara en función del reino al que se refería no es una mera anécdota, sino coherente con la diversidad jurídica de los territorios que gobernaba⁴⁴. De la misma forma que, pese a estar gobernados por el mismo monarca, los Países Bajos o Nápoles, eran reinos distintos; Castilla, Navarra y Aragón, incluso siendo todos ellos parte de “las Españas”, tenían organizaciones políticas y ordenamientos jurídicos diferenciados.

Consecuencia de lo anterior es que, en el caso de las relaciones conectadas con más de uno de los ordenamientos españoles de aquel momento, se plantearían problemas de conflictos de leyes de naturaleza semejante a los que dieron lugar a la estatutaria italiana; ahora bien, en el caso de España será necesario introducir algunos matices, que serán relevantes, además, para la inteligencia del sistema actual de Derecho interterritorial español.

12. Lo primero que ha de subrayarse es que en el caso de España el Derecho local tuvo una menor importancia que en el de Italia. En el caso italiano, la pujanza de las ciudades del norte del país y el incremento del tráfico económico y jurídico entre ellas, en el marco de un debilitamiento del poder imperial, favoreció la evolución del DIPr como una herramienta para resolver los conflictos entre los diferentes Derechos locales a partir de la utilización de principios extraídos del Derecho común que eran compartidos por todos los ordenamientos implicados. El centro del problema se colocaba en el Derecho local, y la solución en el Derecho romano, que era común a los diferentes tribunales potencialmente competentes. En este sentido, es necesario destacar que los tribunales eran básicamente municipales, dada la ya mencionada debilidad del poder imperial. Como se ha indicado, son, precisamente, las derro-

⁴¹ *Ibidem*, p. 239; J.A. ESCUDERO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 449-451.

⁴² *Vid. ibidem*, pp. 447-448; A. GARCÍA-GALLO, “El Derecho local...”, *loc. cit.*, p. 249.

⁴³ De acuerdo con lo establecido en la bula *Si convenit*, otorgada por el papa Alejandro VI el 19 de diciembre de 1496, en la que se refería a Fernando de Aragón e Isabel de Castilla como “Rey y Reina Católicos de las Españas”. *Vid.* M. RIVERO RODRÍGUEZ, “El político Fernando. Dinasticismo, diplomacia y proyección exterior del Rey Católico”, en E. SERRANO MARTÍN/J. GASCÓN PÉREZ (eds.), *Poder, sociedad, religión y tolerancia en el mundo hispánico, de Fernando el Católico al siglo XVIII*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2018, pp. 157-190, p. 173.

⁴⁴ Así, la tercera compilación del Derecho vigente en Cataluña (*Constitucions y altres drets de Catalunya*), constan como “compilados en virtud del capítulo de corte LXXXII de las Cortes celebradas por el rey Felipe IV en Barcelona en el año 1702. El Felipe IV al que se refiere es Felipe V de Castilla, que en la Corona de Aragón reinó como Felipe IV (*Constitutions i altres drets...*, *op. cit.*, p. 28).

tas imperiales frente a las ciudades italianas en los siglos XI y XII lo que propició el desarrollo de las municipalidades, que asumieron también la función jurisdiccional, lo que acabó llevando a la doctrina de los conflictos de leyes. En una primera fase se determinaba para cada caso conectado con distintos Derechos qué tribunal debía conocer; en un segundo momento se daba por natural que ese tribunal aplicara su propio Derecho local⁴⁵ para, finalmente, y tras distinguir entre las cuestiones procesales y sustantivas, permitir la aplicación de Derechos diferentes al del juez que estaba conociendo⁴⁶.

En el caso de España, tanto en Castilla como en Aragón y Navarra, la jurisdicción se vincula tempranamente al rey, y no a los municipios⁴⁷; de tal forma que pronto se convierte la administración de justicia en una función del estado⁴⁸. Esta competencia real sobre los jueces facilitó la extensión del Derecho real como marco en el que operaban, en tanto que excepciones, los Derechos locales; cuestión que se trató en el epígrafe II.2; y también es relevante desde la perspectiva que ahora nos interesa; la de determinar la naturaleza de los conflictos de leyes que se producían entre los diferentes Derechos españoles en la época del Antiguo Régimen.

13. El control del monarca sobre una gran parte de los tribunales⁴⁹ implicaba también que no existía la vinculación que se observaba en otros lugares entre Derecho local y juez. Los diferentes Derechos locales de Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia o Mallorca podían ser considerados “propios” de cada juez; de tal manera que determinar la aplicación del Derecho de una u otra localidad dentro del mismo reino (o principado, para el caso de Cataluña) no suponía diferenciar entre Derecho propio y Derecho extranjero; sino, tan solo, concretar qué personas se beneficiaban de los privilegios que otorgaba un concreto Derecho local; pues no puede olvidarse que el origen de dicho Derecho local eran los fueros o cartas de población que se otorgaban para conseguir la repoblación de ciertos territorios. No se trataba de resolver un conflicto entre ordenamientos, sino de fijar el alcance de ciertos privilegios⁵⁰; unos privilegios que operaban como excepción al Derecho general del reino (o territorio) y que, por tanto, no generarían abundantes conflictos. La utilización limitada de los Derechos y costumbres locales en España, a diferencia de lo que sucedía en Italia, no favorecería la aparición de conflictos de leyes⁵¹; aunque, sin duda, se plantearían, puesto que en los casos en los que existieran conexiones con varias de las entidades que componían España, sería preciso determinar qué ordenamiento (ya no qué Derecho local) resultaría aplicable. Además, en este caso sí que se produciría una vinculación entre juez y Derecho; pues los castellanos, navarros, aragoneses, valencianos, catalanes o mallorquines no aplicarían como propio el real de cualquier otro territorio español, aunque el monarca fuera el mismo, por las razones que han sido expuestas en el epígrafe II.2

Como resultado de lo anterior, y pese a la ausencia de suficientes estudios que nos aporten material de campo que permita profundizar en ello, parece razonable asumir que ya en la época que

⁴⁵ La atribución de competencia al “juez natural”, unido a la aplicación del Derecho de dicho juez, permitía que el Derecho finalmente aplicado tuviera una conexión significativa con el caso (pues, de otra forma, el juez no tendría competencia para pronunciarse). Vid. E.-M. MEIJERS, “L’histoire...”, *loc. cit.*, pp. 572 y ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R. des C.*, 1977-III, t. 156, pp. 227-376, pp. 254-255.

⁴⁶ Vid. E.-M. MEIJERS, “L’histoire...”, *loc. cit.*, p. 595; K. NEUMAYER, *op. cit.*, Segunda Parte, pp. 85 y ss., M. GUTZWILER, *Gesichte des internationalen Privatrechts*, Basilea/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1977, p. 13.

⁴⁷ En Castilla, las municipalidades alcanzaron un papel relevante en el siglo XIII; pero el rey consiguió imponer el nombramiento de las autoridades encargadas de administrar justicia (vid. J. TOMÉ PAULE, “La organización judicial en los estados cristianos de la España medieval”, *Revista de Derecho Procesal*, 1981, núm. 4, pp. 669-715, p. 690. En otros lugares, las entidades locales no tuvieron nunca los poderes que llegaron a alcanzar, durante algún tiempo, en Castilla. Para Cataluña, vid. V. FERRO, *El Dret públic català. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Vic, Eumo, 1987, p. 174.

⁴⁸ En palabras de L.G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las Instituciones españolas*, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 4ª ed. 1975, p. 560.

⁴⁹ Junto a los tribunales reales existían también los tribunales eclesiásticos y los consulados mercantiles, vid. L.G. DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, p. 555; J. TOMÉ PAULE, *loc. cit.*, pp. 696-698.

⁵⁰ Vid. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho Local Altomedieval y Derecho Local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX a XV)*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1988, esp. pp. 34-35, 57-58, 77-78, 139-142 y 215-216.

⁵¹ Vid. G.A. TELL LAFONT, “Notas sobre la teoría de los estatutos en la antigua jurisprudencia catalana”, *RJC*, 1954, año LIII, vol. LXXI, pp. 215-225 y 311-326, pp. 312-313.

nos ocupa, anterior a la codificación, existieron doctrinas diferenciadas en cada territorio español sobre la solución de los conflictos de leyes⁵²; doctrinas que vincularían a los tribunales de cada uno de estos territorios y que se mantendrían hasta el momento de la codificación⁵³. En el caso de Castilla, como es sabido, esas teorías sobre los estatutos ya se encuentran plasmadas en las Siete Partidas (siglo XIII)⁵⁴. Junto a la doctrina de los estatutos existirían también reglas para determinar la condición de natural del territorio, ya que de ésta se derivarían ciertos Derechos u obligaciones⁵⁵. De todas formas, las diferencias entre unas y otras doctrinas no serían excesivas; en tanto en cuanto se derivarían, fundamentalmente, del Derecho común⁵⁶.

14. Pluralidad de entidades políticas implicaba también pluralidad de jurisdicciones. Durante la Edad Media, tal y como habíamos visto, conviven jueces y tribunales que derivan su autoridad de fuentes diferentes. Los que acabarían prevaleciendo, convirtiéndose en antecedentes de la justicia moderna, son los tribunales reales; pero junto a ellos había también tribunales eclesiásticos o comerciales⁵⁷, además de una jurisdicción municipal y señorial sobre la que el rey tenía una influencia limitada que, además, variaba en cada uno de los territorios⁵⁸. Estos tribunales reales facilitaron la prevalencia del Derecho real, lo que contribuyó a una cierta armonización normativa dentro de cada uno de los territorios que componían España. Ahora bien, dada la diferenciación entre jurisdicciones, esa armonización no alcanzó al conjunto de los territorios que compartían monarca. Pese a que la cumbre del poder judicial eran órganos presididos originalmente por el rey y que de él derivaban sus poderes⁵⁹, su funcionamiento era diferente en cada territorio; por lo que, como se ha avanzado, la articulación de los diferentes Derechos locales mediante la utilización del Derecho real (como sucedía, fundamentalmente, en Castilla) o por la utilización del Derecho romano (en el resto de los territorios de lo que ahora es España)⁶⁰.

15. A comienzos del siglo XVIII, sin embargo, se produjo un cambio significativo en la situación. Durante la Guerra de Sucesión, que enfrentó a Felipe de Borbón (el futuro Felipe V) y a Carlos de Austria (proclamado como Carlos III por las instituciones aragonesas, valencianas, catalanas y mallorquinas), tras la victoria del primero; las instituciones que habían dado su apoyo al candidato austriaco fueron abolidas, quedando la Corona de Aragón en poder del monarca, pero en cuanto territorio conquistado y sin Derecho o instituciones propias, aplicándose en el territorio de la Corona de Aragón

⁵² Vid. G.A. TELL LAFONT, *loc. cit.*, pp. 313 y ss.; J. LALINDE ABADÍA, “De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad”, *RJC*, 1973, año LXXII, núm. 3, pp. 537-580, pp. 571-580.

⁵³ Vid. L. FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las Instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en elles es conveniente establecer*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1886, pp. 107-108, mantiene que existía una tradición aragonesa sobre los estatutos personal y formal; aunque dicha tradición no estaba positivizada.

⁵⁴ Así, por ejemplo, se afirma que las leyes obligan a quienes son del señorío del legislador; y que también se aplican a quienes, siendo de otro lugar, litigan en dicho señorío (Partida I, Título I, Ley XV); aunque también se prevé la aplicación de Derecho de otros señoríos (Partida III, Título XIV, Ley XV); así como la ley del lugar de celebración del matrimonio en lo que se refiere a las relaciones entre los esposos (Partida IV, Título XI, Ley XXIV). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *CDT*, 2023, vol. 15, núm. 1, pp. 161-221, pp. 177-178.

⁵⁵ En particular, para el ejercicio de cargos públicos, vid. M.E. GINEBRA I MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicación del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2002, pp. 15-16; vid. también J. LALINDE ABADÍA, “De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad”, *RJC*, 1973, año LXXII, n.úm. 3, pp. 537-580; E. ROCA I TRIAS, “Unde cathalanus quasi in Cathalonia stans. La condición de catalán en el Derecho histórico”, *RJC*, 1978, año LXXVII, núm. 1, pp. 7-44, pp. 41-42. Vid. también J.D. TRÍAS Y GIRÓ/J.M. TRÍAS DE BES, *op. cit.*, p. 287.

⁵⁶ Vid. M.E. GINEBRA I MOLINS, *op. cit.*, pp. 29 y ss., en relación con la concreción del domicilio a efectos de determinar la condición de natural de Cataluña a partir del Derecho romano.

⁵⁷ Vid. *supra* n. núm. 48.

⁵⁸ Vid. J. TOMÉ PAULE, *loc. cit.*, pp. 688-694. De todas formas, parece que la posibilidad de recurrir ante el rey las decisiones de los tribunales municipales y señoriales existía (*ibidem*, p. 694); aunque quizás, teniendo en cuenta el contexto social e histórico, esta posibilidad fuera, para muchos, más teórica que real.

⁵⁹ Vid. J. TOMÉ PAULE, *loc. cit.*, pp. 673-676 sobre las Curias Reales (y órganos equivalentes) en cada uno de los reinos españoles y en el principado de Cataluña. Existían también una jurisdicción territorial que ejercían delegados del rey, que podían ser condes y merinos en Castilla, en Navarra y Guipúzcoa se denominaban merindades y que en Cataluña recibían la denominación de *vegues* (y que extendían su jurisdicción sobre una *veguería*. Este último sistema se extendió a Mallorca y Valencia, aunque en este último reino se designaban como “justicias” (*ibidem*, pp. 685-688).

⁶⁰ Sobre el papel y relaciones entre el Derecho real y el Derecho común, vid. *supra* epígrafe II.2.

el Derecho de Castilla⁶¹. Esta situación se modificó unos años más tarde con el establecimiento de una planta interina de la Real Audiencia de Zaragoza⁶², ya que se ordena que, en la sala civil de dicha audiencia, se juzgue “según las leyes municipales de este reino de Aragón”; aunque con el límite de que en los juicios en que interviniera el monarca con cualquiera de sus vasallos deberían aplicarse las leyes de Castilla. Además, se establece que los recursos que se planteen contra las resoluciones de la Audiencia se resuelvan por el Consejo de Castilla, aunque éste deberá aplicar en estos casos las leyes de Aragón⁶³.

En Mallorca, la reestructuración de las instituciones tras la Guerra de Sucesión no supuso la derogación del Derecho anterior⁶⁴; aunque, como sucedía en el caso de Aragón, los recursos contra las decisiones judiciales que se adoptaran contra la Audiencia de Mallorca se ventilarían ante Consejo de Castilla⁶⁵. En Cataluña, cuyas instituciones, constituciones y Derecho deberían entenderse derogados formalmente por el Decreto de 29 de junio de 1707 y perdida su vigencia efectiva con la conquista del Principado por las tropas de Felipe V; se restaura el Derecho precedente por Decreto de 16 de enero de 1716⁶⁶, estableciéndose, además, que en cada sala de la Audiencia haya dos relatores letrados, licenciados o doctores por alguna universidad reconocida, que hayan practicado Derecho con abogado o juez y que sean “prácticos y expertos en los negocios de Cataluña, para comprender bien los procesos y escrituras antiguas”⁶⁷. Además, y a diferencia de lo que sucedió en relación a la Audiencia de Zaragoza; no se establece nada sobre los recursos contra las decisiones de la Audiencia, por lo que, del Decreto no se deriva ninguna competencia del Consejo de Castilla en relación a los procesos que se sustanciaran ante la Audiencia de Cataluña, manteniéndose, por tanto, la situación tradicional: los pleitos iniciados en Cataluña acababan en Cataluña⁶⁸; aunque, con posterioridad, se abrió la vía de recurso ante el Consejo de Castilla, al menos en determinados supuestos⁶⁹.

16. Los Decretos de Nueva Planta sentaron las bases para una armonización jurídica más allá de los límites de las entidades territoriales que componían España. En el caso de Aragón, Cataluña y Mallorca se mantenían los Derechos precedentes; pero, por una parte, al eliminar las instituciones propias, tales Derechos quedaban fosilizados, sin que pudiera producirse innovación en ellos. Además de esto, al establecerse una vía de recurso ante el Consejo de Castilla, se permitía que éste ejerciera una labor de uniformización por vía interpretativa. Finalmente, el Derecho real, desde ese momento (comienzos del siglo XVIII) opera ya de igual forma tanto en relación con Castilla como a los territorios de la Corona de Aragón, por lo que el Derecho tradicional tendería a tener cada vez un papel más reducido.

Esto último precisa aún alguna matización. Los Decretos de Nueva Planta para los diferentes territorios no emplean los mismos términos. Así, en el caso del Decreto de 1711, para Aragón, se refiere solamente a las leyes municipales del reino de Aragón (y tan solo en el orden civil); en el caso de Cataluña y Mallorca se mantienen o restablecen (veremos ahora la importancia del matiz) las constituciones

⁶¹ Decreto de 29 de junio de 1707, puede consultarse en *Decretos de Nueva Planta*, Barcelona, Red ediciones, 2019, pp. 9-10.

⁶² Decreto de 3 de abril de 1711, *ibid.*, pp. 14-16

⁶³ “Y asimismo declaro, que los recursos y apelaciones en tercera instancia de las causas, así civiles como criminales, que se determinaren por las referidas Salas, se han de admitir para el Consejo de Castilla, adonde mandaré que de los ministros de él se junten en una de sus Salas los que estuvieren más instruidos en las leyes municipales de este reino, para determinar en esta tercera instancia los referidos pleitos” (*ibidem*, p. 15).

⁶⁴ Capítulo 13 del Decreto de Nueva Planta de Mallorca de 28 de noviembre de 1715: “En todo lo demás que no está comprendido en este decreto es mi voluntad, y mando, se observen todas las Reales pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla y reino de Mallorca menos en las causas de sedición y crimen de lesa Majestad; y en las cosas y dependencias pertenecientes a la Guerra quedará por ahora todo libre a la disposición de mi comandante general” (*ibidem*, p. 22)

⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 23-32. *Vid.* capítulo 42 del Decreto: “En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, mando se observen las constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él”.

⁶⁷ Capítulo 7 del Decreto de 16 de enero de 1716, *ibidem*, pp. 24-25.

⁶⁸ *Vid.* C. GARRIGA, “Tribunal Supremo de la Nación. La reordenación jurisdiccional de la Monarquía en la España del siglo XVIII”, en R. POLO MARTÍN/E. TORRIJANO PÉREZ (COORDS.), *Historia del Derecho desde Salamanca (Estudios en Homenaje a la Profª Paz Alonso Romero)*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2021, pp. 71-188, p. 140.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 142-143.

y leyes antiguas. La indicación de que se aplicarán “las leyes municipales”; teniendo en cuenta la configuración del Derecho en el Antiguo Régimen que se comentó en el epígrafe II.1, podría indicar que tan solo se continuarían aplicando los Derechos locales, y no el Derecho real o común que, como hemos visto, servía de marco de integración para esos Derechos locales. En el caso de Cataluña y Mallorca, sin embargo, el tenor de los decretos de Nueva Planta conduciría, por el contrario, a interpretar que todo el Derecho preexistente volvía a tener vigencia (o la mantenía). Con independencia de cuál sea la interpretación más correcta desde una perspectiva dogmática; parece que la interpretación que se hizo fue, tanto para Cataluña y Mallorca como para Aragón, la segunda; de tal manera que el Derecho tradicional de esos territorios siguió aplicándose en la forma en que se hacía antes de la Guerra de Sucesión⁷⁰.

Finalmente, tal y como se había avanzado, es preciso establecer un matiz entre el mantenimiento y el restablecimiento de los Derechos propios de los territorios de la Corona de Aragón. En el caso del decreto de Nueva Planta de Cataluña, ninguna duda hay de que nos encontramos ante un restablecimiento, de tal forma que el Derecho recuperado se aplica en tanto en cuanto así quiere el monarca y dotándolo del mismo valor que el propio Decreto de Nueva Planta⁷¹. De esta forma, pierde el carácter paccionado, de tal manera que puede ser modificado a voluntad por el Derecho real⁷². En el caso de Mallorca, en cambio, el decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715⁷³ se ordena que “se observen todas las Reales pragmática y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla y reino de Mallorca”. Pese a que el tenor favorecería entender que aquí se mantiene el carácter paccionado de la regulación, la realidad es que se interpretó en el mismo sentido que en el caso de Cataluña⁷⁴.

17. Así pues, la Guerra de Sucesión implicó que el proceso de integración normativa que desde la Baja Edad Media había tenido como límite el territorio de cada una de las entidades políticas que convivían en el territorio de lo que ahora es España, superó tales límites para incluir en la esfera de la Corona de Castilla los territorios de la Corona de Aragón; que si bien mantenían su Derecho propio (excepto Valencia), carecían de instituciones para modernizarlo, veían cómo el Derecho real se aplicaba en sus territorios al igual que en Castilla y se establecían mecanismos de recursos que permitían entrar al Consejo de Castilla en la resolución de los litigios que se habían iniciado en Aragón, Mallorca o Cataluña.

En relación con esto último, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, como se ha indicado, el Consejo de Castilla debería resolver estos recursos aplicando el Derecho de las Audiencias de origen. Esto es, el Consejo de Castilla debía actuar, en cierta forma, como órgano de Aragón, Cataluña o Mallorca. Si tenemos en cuenta que en esos territorios habría normas propias tanto en lo que se refiere a la determinación de la condición de natural del reino (o del principado, en el caso de Cataluña) como respecto a los conflictos de leyes; resultaría que el Consejo de Castilla no podría unificar tales reglas más que, en su caso, de manera indirecta. Esto es, pese a la influencia que en la práctica pudiera tener la labor de interpretación y aplicación del Derecho que realizara el Consejo de Castilla al resolver recursos procedentes de las Audiencias de Aragón, Cataluña o Mallorca, desde una perspectiva formal, en cada caso debería resolver ajustándose a lo establecido en el Derecho de cada uno de esos territorios. El resultado sería, incluyendo en el razonamiento la consideración de las diferencias entre las normas de conflicto de

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, como en el siglo XIX se mantenía en Aragón la subsistencia de una doctrina propia sobre los conflictos de leyes que no había sido recogida por escrito y que no se vinculaba con ningún Derecho local. *Vid. supra* n. núm. 53. No obstante, es preciso señalar la visión contraria de F. DE CASTRO Y BRAVO (*op. cit.*, p. 220) para quien los Derechos aragonés, catalán, mallorquín e, incluso, el navarro, se mantenían como particularidades locales al mismo nivel que el Derecho local castellano. En lo que se refiere a Navarra, y como veremos enseguida; ninguna indicación hay de la derogación o inaplicación de su sistema tradicional de fuentes. En lo que se refiere a los territorios de la Corona de Aragón (excepto Valencia) y por las razones apuntadas (literalidad de los decretos de Nueva Planta y práctica seguida), entendemos que el mantenimiento de los Derechos en esos territorios no se limitó a las particularidades locales, sino que alcanzó también a las fuentes del Derecho y los modos de integrar y completar los Derechos locales.

⁷¹ *Vid.* capítulo 42 del Decreto de 16 de enero de 1716 (*supra* n. núm. 66), que indica que las constituciones son “establecidas” por el decreto y “que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él”.

⁷² *Vid.* A. PLANAS ROSSELLÓ, “La pervivencia del Derecho mallorquín tras los decretos de Nueva Planta”, *Ius Fugit*, 2004-2006, vols. 13-14, pp. 409-437, p. 414.

⁷³ *Vid. supra* n. núm. 64.

⁷⁴ *Vid.* A. PLANAS ROSSELLÓ, “La pervivencia...”, *loc. cit.*, p. 414.

leyes; que un mismo supuesto; exactamente el mismo; debería ser resuelto de manera diferente por el Consejo de Castilla si el pronunciamiento tenía su origen en un litigio que se había originado en Castilla, Aragón o Cataluña. Y eso con independencia de que la unificación de los recursos frente a las decisiones de las distintas audiencias, teniendo en cuenta el carácter doctrinal o jurisprudencial de las reglas sobre conflictos de estatutos, implicara una aproximación de las soluciones en los diferentes Derechos españoles⁷⁵. En definitiva, los decretos de Nueva Planta, aunque favorecían la integración jurídica, implicaban el mantenimiento no solamente de Derechos diferenciados, sino también de jurisdicciones diferenciadas. Tener esto en cuenta será relevante para la interpretación tanto del Código Civil como de los problemas de conflictos internos de leyes que se plantean actualmente en España

Por último, esta integración jurídica no afectaba en absoluto a Navarra, que vio cómo sus instituciones permanecían intactas tras la Guerra de Sucesión, de tal forma que incluso en 1828-1829 se celebraron Cortes en Navarra, hace menos de 200 años. El fin del particularismo navarro, su particular “Decreto de Nueva Planta” fue la Real Orden de 14 de mayo de 1829, que establecía la preferencia del Derecho real sobre los fueros⁷⁶. La primera guerra carlista, sin embargo, impidió la efectividad de esa Real Orden, y tras el fin de esa guerra, la ley de confirmación de fueros de 25 de octubre de 1839⁷⁷, suprimió definitivamente las cortes y demás instituciones navarras; aunque previendo un régimen especial para el territorio que se concretó en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, que señala el inicio del régimen específico de Navarra en la España moderna⁷⁸.

2. El proceso de codificación

18. La codificación implica, en relación con el Antiguo Régimen, un cambio radical de metodología jurídica; un cambio que se vincula, además, a una transformación en la estructura política, de tal manera que el proceso codificador no puede entenderse al margen de la creación de las naciones estado que surgen en Europa durante la Edad Moderna⁷⁹. En cierta forma, la concentración del poder político en los monarcas, que luego se traslada a las instituciones que les suceden en el ejercicio del poder real tras las revoluciones que se suceden en diversos países europeos entre 1789 y 1848, tiene su reflejo jurídico en la sustitución de la pluralidad de fuente del Derecho propia del Antiguo Régimen⁸⁰ por el predominio de la ley, entendida ya claramente como producto de un legislador consciente; por más que la legitimación del nuevo Derecho descansa en que su contenido, ajustado a las exigencias de cada territorio⁸¹. A partir de aquí, con un Derecho menos complejo, la función del juez también se transforma, puesto que, en el marco de la codificación, los tribunales han de limitarse a interpretar y aplicar el texto del código. Ya no se trata de averiguar el Derecho o identificarlo; puesto que el código sustituye a la pluralidad de fuentes existentes, sino, simplemente, dirimir entre las diferentes interpretaciones posibles de su contenido y, sobre todo, exigir su cumplimiento. La metodología jurídica bascula desde la solución del problema a la aplicación de la ley. Las diferentes normas dejan de ser un instrumento para la resolución de los conflictos y se convierten en el centro del Derecho; de tal manera que la tarea de los juristas; desde

⁷⁵ Vid. J.M^a MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Reus, 7^a ed. (corregida, aumentada y puesta al día por P. Marín Pérez), 1956, t. I, p. 275; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, sin indicación de fecha, excepto en la datación del prólogo (marzo de 1933), pp. 11, 45-59, 220-222, 248-249 y 276-277.

⁷⁶ Vid. M.C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, pp. 61-65 y 76-81.

⁷⁷ *Gaceta de Madrid*, 26-X-1839. Vid. J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “Título Preliminar”, en J.A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, pp. 13-153, pp. 18-19.

⁷⁸ Vid. el Preámbulo de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, *BOE*, 16-VIII-1982.

⁷⁹ Vid. P.A.J. VAN DEN BERG, *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, p. 23.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 19-22, donde se explica cómo la idea de Derecho natural evoluciona para admitir las diferencias entre naciones en función de la situación particular de cada una de ellas.

los estudiantes de Derecho hasta los jueces, se concreta en conocer la ley, sus diferentes interpretaciones y cuáles de ellas han sido acogidas por la jurisprudencia. El primer paso de este proceso no precisa ninguna operación creativa, pues el legislador ya ofrece en el código todos los elementos normativos necesarios para la solución del caso.

El proceso codificado, por tanto, va más allá de la elaboración de unos concretos textos e implica la adaptación del Derecho desde un contexto político caracterizado por la convivencia de diversos niveles de poder político sobre el mismo territorio a otro caracterizado por la coexistencia de naciones en las que existe un poder centralizado con capacidad para regular las relaciones sociales y económicas en su territorio y entre las personas que residen dentro de sus fronteras. Esta perspectiva es de necesaria consideración en España, pues permite entender las particularidades del proceso codificador en nuestro país; en particular al considerar la subyacente pluralidad histórica de entidades políticas que se dan en España. Como veremos inmediatamente, unidad política y unidad jurídica a través de la codificación se relacionan; de tal manera que el antecedente de pluralidad política explica las dificultades para la unidad jurídica; y la admisión de la inevitabilidad de la fragmentación jurídica, reconocida como inevitable ya a mediados del siglo XX, se ve considerablemente potenciada por la descentralización del estado tras la Constitución de 1978.

19. La relación entre unidad política y jurídica ya se encuentra en el texto que hace nacer formalmente a España como entidad jurídica, la constitución de 1812⁸². Este texto, promulgado el 19 de marzo de 1812⁸³ da forma jurídica a la Nación española (art. 1), que define como “la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” y cuyo territorio incluye tanto la España peninsular como los diferentes virreinos americanos, Filipinas, las islas Baleares y Canarias, así como las islas adyacentes⁸⁴, poniendo fin formal a la existencia de los diferentes reinos y territorios que, como habíamos visto, surgieron en la Edad Media y se mantuvieron, con mayor o menor entidad política, hasta el siglo XIX⁸⁵. Esta unidad política se corresponde con una unidad jurídica, tal y como se desprende de su art. 258, donde se establece que “El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variantes que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Existe, por tanto, la voluntad de unificación legislativa; pero ha de subrayarse el inciso último del precepto (“sin perjuicio de las variantes...”) que es una vía de entrada al mantenimiento de especificidades en los territorios que más tarde fueron conocidos como forales⁸⁶. Esta indicación da buena cuenta de la tensión existente

⁸² Si excluimos, en tanto que texto impuesto por una potencia extranjera, el estatuto de Bayona de 1808, que establece un mismo régimen para toda España. El Estatuto de Bayona fue publicado, como constitución decretada por José Napoleón en su condición de “Rey de España y de las Indias” (*Gaceta de Madrid*, 30-VII-1808). Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/Bayona_cd.pdf.

⁸³ Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf.

⁸⁴ Art. 10 de la constitución de 1812.

⁸⁵ *Vid.* S.M. CORONAS, “España: Nación y Constitución (1700-1812)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2005, núm. 75, pp. 181-212 y referencias allí contenidas; tanto sobre la progresiva construcción política del concepto de nación española, especialmente a lo largo del siglo XVIII, pp. 197-200; así como de su traducción en la constitución de Cádiz (*ibid.*, pp. 208-212).

⁸⁶ *Vid.* J. BARÓ PAZOS, “Notas sobre el Derecho civil de Cataluña ante el proceso codificador español”, *Revista de Dret Històric Català*, 2017, vol. 16, pp. 11-35, p. 17. No obstante, se ha apuntado que quizás ese inciso pretendía salvar la posibilidad de establecer particularidades en los territorios de Ultramar (*vid.* la referencia a esta posibilidad en LL. PUIG FERRIOL, “El denominado problema formal desde la perspectiva de un centenario”, Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp.1617-1636, p. 1621; aunque este autor rechaza dicha interpretación). *Vid.* también J.J. PÉREZ MILLA, “Un Derecho interregional entre gigantes”, en M.C. BAYOD LÓPEZ/J.A. SERRANO GARCÍA (coord.), *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2018, pp. 75-106, p. 76 y n. núm. 3. Entender que el inciso final del art. 258 de la constitución de Cádiz no se refiere a los Derechos forales sería coherente con el hecho de que no hubo oposición foral a la codificación más que a partir de mediados del siglo XIX (*vid. infra* notas núms. 88 y 89). En cuanto a la terminología; el uso del adjetivo “foral”, que tiene un amplio reflejo positivo, incluso en la Constitución de 1978 (art. 149.1.8ª), ha sido cuestionado desde hace décadas, afirmando el carácter común y no excepcional de los Derechos denominados forales en su propio territorio. *Vid.* en este sentido, por ejemplo, la intervención del procurador en cortes, BAU CARPI, en la Comisión de Justicia durante el debate del proyecto de ley de bases para la reforma del Título Preliminar del código civil (sesión del 14 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, X Legislatura, Apéndice 86, p. 16): “desde el punto de vista de las regiones con Derecho común propio, no queda bien explícito en la base

entre unidad y pluralidad; una tensión que es necesario considerar para entender tanto la evolución del Derecho civil en España como los problemas que plantea actualmente el Derecho interregional español.

20. En el caso español, la codificación no suponía solamente reconducir a la unidad la pluralidad normativa que caracterizaba el Derecho del Antiguo Régimen, sino poner fin a la diversidad de sistemas jurídicos que resultaban de la convivencia de distintas entidades políticas en lo que ahora es España; cada una de ellas con un soberano distinto, instituciones diferenciadas y sistemas jurídicos completos e independientes. Tal y como hemos visto, ni la unión dinástica de esas entidades a partir del siglo XV (XVI, teniendo en cuenta la incorporación de Navarra a la Corona de Castilla) ni los Decretos de Nueva Planta que siguieron a la Guerra de Sucesión supusieron la completa desaparición de las diferencias entre unos y otros ordenamientos. De esta forma, la codificación coincide en el tiempo con la construcción de la nación española, dejando de lado la opción de configurar España como un conjunto de naciones diferenciadas⁸⁷. Esta particularidad afecta profundamente al proceso de codificación en España que, como se acaba de señalar, no tiene como fin solamente el cambio metodológico que marca la transición del Antiguo Régimen al Derecho moderno; sino también unir las diferentes entidades políticas que son el antecedente de la España actual.

Resulta significativo, sin embargo, que durante la primera mitad del siglo XIX no hubiera habido oposición en los territorios forales a la codificación⁸⁸ sino que, por el contrario, fueran juristas procedentes de esos territorios los que intentaron impulsarla⁸⁹. No parece, por tanto, que hubiera obstáculo conceptual a esa unificación del Derecho privado en España, como muestra que las constituciones de 1836 y 1845 mantengan el ideal codificador sin siquiera mencionar la posibilidad de excepciones que sí incluía, como hemos visto, la constitución de Cádiz⁹⁰. Las constituciones de 1869 y 1876, sin embargo, ya retoman esta cautela⁹¹. En la segunda mitad del siglo XIX, los movimientos regionalistas ya habían tomado como causa el mantenimiento de los Derechos forales, volviéndose imposible la unificación completa del Derecho civil, tal y como veremos enseguida.

21. En los años que siguieron a la constitución de Cádiz se llevaron a cabo distintos intentos para conseguir un código civil para toda España; pero sin éxito. Tras el incompleto proyecto de código civil de 1821⁹²; en 1836 se completa otro proyecto de código civil, ya completo; pero que descansa de manera

séptima el Derecho reconocido, mal denominado foral, porque para mí es Derecho común de cada territorio y de todos los territorios hispánicos”. Aquí utilizaremos el término en razón de su reflejo legislativo, pero siendo conscientes de la progresiva pérdida del carácter especial de tales Derechos y su asunción como Derecho común en cada uno de sus territorios.

⁸⁷ Vid., por ejemplo, la intervención en las Cortes de Cádiz de Muñoz Torrero afirmando que “formamos una sola nación y no un agregado de varias naciones” (cf. S.M. CORONAS, *loc. cit.*, p. 210 y n. núm. 100).

⁸⁸ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 220-221.

⁸⁹ Así, en las instrucciones de la Junta Suprema del Principado de Cataluña a los diputados en las Cortes de Cádiz se señala las ventajas de que se unificara la legislación en toda España (*ibidem*, p. 220 y n. núm. 3). García Goyena, artífice del proyecto de código civil de 1851 había nacido en Navarra y ejerció de síndico consultor del reino de Navarra en Madrid antes de que desaparecieran las instituciones propias de ese reino (vid. J.M. DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, “Florencia García Goyena y Ororbía”, *Real Academia de la Historia*, <https://dbe.rah.es/biografias/14186/florencia-garcia-goyena-y-ororb>, consultado el 20 de septiembre de 2024). Vid. también J. DELGADO ECHEVERÍA, “La actitud aragonesa ante la codificación y el origen del primitivo art. 13 CC”, en *Càtedra de Dret Civil Català “Duran i Bas” Universitat de Barcelona, Materials V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent Anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1990, pp.425-439, p. 429, donde recoge testimonios de juristas aragoneses de mediados del siglo XIX favorables a la codificación

⁹⁰ Vid. el art. 4 de la constitución de 1837: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”. Art. 4 de la constitución de 1845: “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía”

⁹¹ Vid. el art. 91, segundo párrafo de la Constitución de 1869: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”; y el art. 75 de la constitución de 1876: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”.

⁹² Vid. C.J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “El código civil o la codificación del Derecho castellano”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario...*, *op. cit.*, pp. 1205-1229, pp. 1219-1220. El código de 1821 puede consultarse en C. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson, reedición corregida, 2022, accesible en <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/b3762b57-263c-47b3-95bc-157110aa9937/content>. Sobre la regulación del DIPr en dicho código, vid. J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Origen de la codificación del De-

explícita en el Derecho castellano⁹³. A este texto siguió el proyecto de García Goyena, de 1851 que, pese a incluir alguna institución que no procedía del Derecho castellano, se basa, esencialmente en este último ordenamiento⁹⁴. Se ha señalado que la oposición de los territorios de Derecho foral, especialmente el País Vasco y Cataluña, fue determinante para que el proyecto no se convirtiera finalmente en código⁹⁵; aunque existen elementos para pensar que esa oposición, o bien no existía⁹⁶ o bien se circunscribía al tratamiento de determinadas instituciones y no a la misma idea de codificación⁹⁷.

En cualquier caso, sin embargo, el fracaso del código de 1851 supuso que se dejó pasar la oportunidad de conseguir un código único para toda España; porque a partir de mediados del siglo XIX se dan una serie de circunstancias que conducen a la renuncia a dicho código, limitándose el legislador a elaborar una regulación uniforme en determinadas materias (agua e hipotecas, por ejemplo) a través de lo que se ha denominado una “codificación parcial” mediante leyes específicas⁹⁸.

22. La salida del bloqueo que se derivaba de la situación anterior no era sencilla. Tal y como se indicaba al comienzo de este epígrafe, existe una relación entre ámbito de límites de la codificación y límites de la nación. El debate sobre la unidad o pluralidad de la nación española incidía en el proceso codificador; sin que se planteara abiertamente, en un momento inicial, que fueran varios los códigos que se elaboraran teniendo en cuenta la diversidad de los Derechos españoles; el problema, más bien, era encontrar la forma de llegar a esa unidad sin introducir cambios que afectaran a colectivos con capacidad de influencia en el legislador⁹⁹ y consiguiendo que el resultado final no fuera excesivamente extraño en ninguna de las partes de España¹⁰⁰.

A mediados del siglo XIX, la aparición de los movimientos regionalistas o nacionalistas en Cataluña, el País Vasco y Galicia pudo haber influido en el debilitamiento de la idea codificadora; teniendo en cuenta la vinculación existente entre nación y código. En este sentido, sería significativo que en las Constituciones de 1869 y 1876 se retomara la posibilidad de particularidades en los códigos; unas particularidades que, como habíamos visto, sí recogía la Constitución de Cádiz de 1812 (aunque resultando dudoso si se referían a las particularidades forales o las necesarias para los territorios de ultramar), pero que habían desaparecido en las constituciones de mediados del XIX (constituciones de 1836 y 1845). No hay que perder de vista tampoco la vinculación entre movimiento regionalista e intento de construcción de doctrinas jurídicas específicas de los distintos territorios que componían España¹⁰¹

recho internacional privado en España: en el bicentenario del proyecto de Código Civil de 1821”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 2021, vol. 6, núm. 2, pp. 373-393, <https://www.rade.es/imageslib/doc/V6N2-09%20-%20TOMAS%20ORTIZ%20DE%20LA%20TORRE%20-%20Derecho%20internacional%20privado.pdf>.

⁹³ Vid. C.J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *loc. cit.*, p. 1220.

⁹⁴ Vid. C.J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *loc. cit.*, p. 1221. Sobre la relación entre el proyecto de 1851 y el Derecho catalán, vid. P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 53-118.

⁹⁵ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 223 y n. núm. 2.

⁹⁶ Es el caso de Aragón, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. cit.*, p. 430.

⁹⁷ Vid. P. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁹⁸ Vid. J.-M. SCHOLZ, “Spanien”, en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. III, Múnich, C.H. Beck, 1982, pp. 397-686, p. 421. Vid. también P. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 120, sobre la utilización de leyes civiles especiales durante el siglo XIX como alternativa a un código civil que parecía imposible de conseguir. En esta línea, hay que destacar la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (*Gaceta de Madrid*, 10-II-1861), Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (*ibid.*, 29-V-1862) y la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (*ibid.*, 19-VI-1879).

⁹⁹ En este sentido, es muy clarificador el estudio de P. SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, pp. 67-90) sobre los intereses afectados en Cataluña por el tenor del proyecto de código civil de 1851.

¹⁰⁰ El RD de 2 de febrero de 1880 (*Gaceta de Madrid*, 7-II-1880) pone como ejemplo de institución que podría pasar de un Derecho foral (en este caso el aragonés) al conjunto del país, la regulación de la viudedad.

¹⁰¹ Sobre el nacimiento, composición y naturaleza de la denominada “escuela jurídica catalana”, vid. A. MIRAMBELL I ABANCO, “Escoles jurídiques catalanes i codificació”, en Càtedra de Dret Civil Català “Duran i Bas” Universitat de Barcelona, *Materiales V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent Anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1990, pp. 47-94. Vid. especialmente, pp. 61-62, donde se apuntan las razones que podrían explicar esta relación a la vez que se señalan las objeciones a la misma. En cualquier caso, la existencia de este movimiento tuviera o no una relación significativa con la Renaixença, se conectaría con la defensa del Derecho de Cataluña y con el recurso a la Escuela Histórica del Derecho como argumento para oponerse a la eliminación de ese Derecho como consecuencia de la uniformidad legislativa (*ibidem*, p. 62 y referencias allí contenidas).

A lo anterior se une la llegada a España de la doctrina de la Escuela Histórica del Derecho. Como resume Federico de Castro, hasta ese momento, mediados del siglo XIX, la pluralidad de legislaciones se veía como un problema, discutiéndose tan solo sobre las formas de ponerle fin; mientras que a partir de entonces pasa a considerarse positivo el mantenimiento de los Derechos tradicionales¹⁰². La confluencia del regionalismo cultural y político en distintas regiones españolas con la existencia de Derechos diferenciados en ellas y la doctrina que defendía la necesidad de conservar el Derecho como producto del pueblo convertía en imposible la promulgación de un Derecho civil único para toda España¹⁰³. La codificación quedaba condicionada por la necesidad de dar continuidad al Derecho consuetudinario, con el resultado de que ya no solamente los Derechos propios de los antiguos territorios con cierta autonomía política en algún momento de la Edad Moderna deberían mantenerse, sino que, dentro de la Corona de Castilla, el Derecho gallego, que no había tenido instituciones propias ni entidad diferenciada dentro del Derecho de Castilla, pasaba a ser uno de los que deberían ser conservados¹⁰⁴.

23. En cierta forma, el intento de hacer coincidir nación española con código civil acabó llevando a que ni siquiera fue posible un código único para la corona de Castilla; y ya no solamente por las particularidades del País Vasco; sino porque la utilización de argumentos próximos a los de la Escuela Histórica del Derecho para oponerse a la codificación, condujo que el Derecho gallego también fuera excluido de la codificación “española”. A esto hay que añadir que, como veremos, la codificación no condujo a la total eliminación de los Derechos locales; habiéndose defendido la conservación de algunos de estos tanto dentro de Castilla, más allá del Derecho gallego y vasco (Foro de Baylio); como en los territorios denominados forales (costumbres locales en Cataluña, por ejemplo).

El resultado de lo anterior es que cuando se consigue, finalmente, promulgar un código civil, las cuestiones de Derecho interregional no pudieron ser obviadas. La articulación de los diferentes Derechos civiles españoles exigía una regulación específica que diera respuesta a una pluralidad normativa que ya no sería posible reconducir a la unidad. Nos ocuparemos de ello en el siguiente epígrafe.

IV. El Código Civil de 1889

1. Mantenimiento de la pluralidad de Derechos civiles en España

24. En la *Gaceta de Madrid* del 22 de mayo de 1888 se publicaba la ley que autorizaba al gobierno para publicar un código civil con arreglo a las bases que se recogían en la propia ley. Los arts. 5 a 7 de la ley se ocupaban de la “cuestión foral”, y lo hacían en el sentido de mantener el Derecho foral en toda su integridad “por ahora”, siendo el código civil tan solo supletorio en esos territorios. A esto se añade la

¹⁰² Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 223. Vid. también J.-M. SCHOLZ, *loc. cit.*, pp. 456-467.

¹⁰³ Vid., por ejemplo, M. DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Imprenta de la Casa de la Caridad, 1883, pp. II-III y XVII, acerca de la necesidad de que el Derecho responda al espíritu de la nación. De todas formas, hay que recordar que el proceso de codificación partía de la diferenciación entre el Derecho adecuado para unos y otros países (*vid. supra* n. núm. 82). De nuevo la clave se encuentra en la tensión entre unidad de la nación y diferencias dentro de ella. De asumirse una realidad plurinacional del Estado, no habría problema para codificaciones diferenciadas; pero se resentiría la unidad política. Si se asumía la unidad de la nación, el código resultante debería responder a las diferentes realidades jurídicas que convivían en ella. Como hemos visto, un conflicto que no pudo ser resuelto en el siglo XIX y que ha implicado la renuncia a la unidad legislativa.

¹⁰⁴ Vid. A. IGLESIAS FERREIRÓS, “El Código civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, en C. PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 271-359, p. 294. El Real Decreto de 2 de febrero de 1880 (*Gaceta de Madrid*, 7-II-1880), que organiza las tareas de la Comisión de Codificación incorpora a la Sección Primera de la Comisión de Codificación un letrado por cada uno de los siguientes territorios: Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia. Rafael López Lago, el miembro gallego de la Comisión tenía listo a finales de año un informe sobre las instituciones de Derecho gallego que deberían conservarse (*vid. E. CEBREIROS ÁLVAREZ*, “El Derecho foral en la doctrina galleguista”, *Ius Fugit*, 2007-2008, pp. 369-391, p. 371, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/26/14cebreiros.pdf>). La memoria puede consultarse en el siguiente enlace: https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=10130623. Vid. también D. BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega*, Madrid, Montecorvo, 1999, p. 67.

previsión de elaborar apéndices del código civil regulando las instituciones que habría que conservar en las provincias o territorios en los que existan. En el caso de Aragón y Baleares, sin embargo, el código civil comenzaría a regir al mismo tiempo que en los territorios no aforados; aunque se aplicaría tan solo en los que se opusiera a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes. Esta aplicación inmediata del código civil sería compatible con la elaboración del apéndice correspondiente a los Derechos aragoneses y balears.

De acuerdo con la ley de bases, se renuncia a una codificación completa del Derecho civil en toda España; pero, a la vez, se cierra la posibilidad de códigos civiles paralelos. Es cierto que se prevé la existencia de apéndices forales; pero tan solo en relación a “las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen”. No se tratará de una regulación completa, sino parcial de instituciones determinadas; aunque, como veremos, para el legislador sería una forma de codificación¹⁰⁵. Además, las reglas del Código civil, en cuanto establezcan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, serían aplicables en toda España. También tendrían aplicación general los preceptos relativos a las formas del matrimonio¹⁰⁶.

25. La Ley de Bases era resultado de un trabajo que se iniciaba formalmente con el Real Decreto de 2 de febrero de 1880¹⁰⁷, que organizaba los trabajos de la Comisión de Codificación previendo la existencia de particularidades forales (art. 4 del Real Decreto de 2 de mayo de 1880). Las instituciones forales se planteaban, por tanto, como figuras excepcionales que podrían ser recogidas y conservadas; pero que de ninguna forma implicaban la posibilidad del equivalente a códigos paralelos al código civil. El código civil sería único y tan solo se preveía la posibilidad de particularismos en relación con determinadas figuras que tendrían un ámbito limitado a las provincias correspondientes. En el resto de las materias, el código tendría plena aplicabilidad en toda España. Además, el código civil acogería aquellas instituciones originarias de Derechos diferentes del castellano que pudieran extenderse a todo el país¹⁰⁸.

La consideración anterior es relevante para entender la lógica de las normas sobre conflictos de leyes dentro de España; pues no se precisaría un sistema conflictual completo; sino tan solo reglas para articular determinadas instituciones particulares con un código general. Como es sabido, este planteamiento reduccionista se modificó a lo largo del siglo XX; primero con la atribución a las regiones de competencia legislativa en materia de Derecho civil que incluye la Constitución de 1931¹⁰⁹ y luego con el reconocimiento de dicha competencia en el art. 149.1.8ª de la Constitución de 1978; pero no corresponde que nos ocupemos de ello en este punto. Nos remitimos a los trabajos específicos que se dedican a esta cuestión dentro de esta obra.

26. Entre los años 1880 y 1888 se redactaron tres leyes de bases diferentes para la elaboración del código civil¹¹⁰. En las Bases de 1881¹¹¹ se deja claro que el código civil no supondrá la eliminación de las instituciones forales. Por el contrario, se añadirían al código “aquellas instituciones jurídicas que, en cada provincia de régimen foral, deban conservarse por ahora, á condición de que aquel Código constituya en adelante su Derecho supletorio, en lugar de las Decretales y los Códigos romanos”. Como

¹⁰⁵ Se habla expresamente de “codificación” en relación con el Derecho foral en el proyecto de ley de bases de 1885. *Vid. infra* núm. 27.

¹⁰⁶ El art. 5 de la ley de bases establecía que tendrían aplicación en toda España las normas que se dictaran en desarrollo de la base 3ª, “relativa a las formas de matrimonio”. El art. 12, sin embargo, indicó que serían obligatorias en toda España “las disposiciones del título 4º del libro 1º”, habiéndose interpretado que las normas incluidas en dicho título y que regularan el régimen económico del matrimonio no deberían tener aplicación directa en los territorios con Derecho civil propio. *Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13” en M. ALBALADEJO (dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 451-477, p. 455.

¹⁰⁷ *Vid. supra* n. núm. 100.

¹⁰⁸ *Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁹ Arts. 15 y 16 de la constitución. En el art. 15.1ª se reserva al Estado la competencia exclusiva, en lo que se refiere a la legislación civil, para regular las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. El art. 16 prevé que las regiones puedan asumir competencias en las materias no comprendidas en los arts. 14 y 15 de la constitución.

¹¹⁰ *Vid. J.J. PÉREZ MILLA, loc. cit.*, p. 78.

¹¹¹ Real Decreto de 20 de octubre de 1881, *Gaceta de Madrid*, 24-X-1881.

resultado de esa Ley de Bases, se publicó un proyecto de los dos primeros libros del Código Civil¹¹². En la exposición a las Cortes del proyecto por parte del Ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, se hace explícito el compromiso del gobierno de respetar el régimen foral y presentar proyectos de ley que recojan ese Derecho y sean complemento del código civil¹¹³. Se prevé además (base 17) que “los naturales de las provincias aforadas, y los que en ellas posean bienes inmuebles ó Derechos reales, podrán optar á su voluntad entre las peculiares instituciones y la legislación general del Reino en cuanto no perjudiquen los Derechos de terceros. En el texto no hay, sin embargo, ninguna referencia al Derecho interregional, aunque en sus arts. 6 y 7 a 11 ya se encuentra el antecedente de los actuales artículos 8 a 11 del Código civil; esto es, normas de conflictos de leyes que se construyen sobre la tradicional distinción entre estatutos personales, reales y formales¹¹⁴. De la ausencia de tratamiento del Derecho interregional, sin embargo, parece derivarse que en aquel momento no se percibía como necesario regular el ámbito de aplicación de los diferentes Derechos españoles; limitándose el debate al mantenimiento de los Derechos forales en el territorio que les fuera propio sin llegar a percibir los problemas que podrían derivarse de la existencia de relaciones que estuvieran conectadas con más de un Derecho español.

La ausencia es significativa, puesto que en el proyecto de ley de bases sí que hay alguna previsión que podría encuadrarse en el Derecho interregional. En concreto, en la base 17 (párrafo cuarto) se prevé que “los naturales de las provincias aforadas, y los que en ellas posean bienes inmuebles o Derechos reales, podrán optar á su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino en cuanto no perjudiquen á los Derechos de terceros”. Del texto resulta, por una parte, que el Derecho foral se aplicará sobre la base de un criterio personal (a los naturales de las provincias aforadas) y territorial (a quienes tengan bienes inmuebles o Derechos reales en tales provincias); previendo, además, una posibilidad de opción entre el Derecho foral y el “general del Reino”; esto es, lo que pasó a denominarse Derecho común. Se trata de una solución incompleta, difícil de articular y que, probablemente, hubiera dado problemas en la práctica. No es extraño, por tanto, que del proyecto de ley de bases no hubiera pasado al proyecto de primeros libros del código presentado en el año 1882.

27. La ley de bases de 1881 fue modificada en 1885¹¹⁵. Esta modificación, en los términos del Ministro de Gracia y Justicia en aquel momento, Francisco Silvela, se limitaba a dos puntos: la legislación matrimonial y la cuestión foral. En lo que se refiere a la segunda, se da cuenta de que los trabajos iniciados para la “codificación del Derecho foral” (este es el término que se emplea aunque, como se ha visto, no se plantea la elaboración de códigos forales completos) no se encontraban suficientemente adelantados, por lo que, a fin de no retrasar la codificación del Derecho de Castilla, se hacía necesario separar ambas tareas, renunciando, además, a la opción entre el Derecho foral y el común que, como acabamos de ver, se preveía en el proyecto de ley de bases de 1881.

Además de lo anterior, hay otro cambio significativo. En el proyecto de 1881, el código civil, en tanto que supletorio, desplazaba al que lo fuera en los territorios forales. Así, en el último párrafo de la base 17 se establecía la derogación de “los Códigos romanos y los Decretales” en las provincias en las que tales Derechos eran supletorios. En el proyecto de ley de bases de 1885 expresamente se mantiene la vigencia de tal Derecho supletorio. Se aprecia la relevancia del cambio si se considera que, tal y como habíamos visto, en el Derecho del Antiguo Régimen, cada ordenamiento se compone de una diversidad de Derechos y costumbres locales que se articulan por medio del Derecho real y del común. De esta forma, la derogación de los Derechos supletorios en, al menos, algunos de los territorios forales, desarticularía estos, convirtiéndolos tan solo en una superposición de Derechos locales en el marco de un Derecho común

¹¹² Presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882. Puede consultarse en J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, vol. 4.2 (Codificación civil. Génesis e historia del Código), Madrid, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1970, pp. 545-606. En la misma obra pueden consultarse lo anteproyectos de los libros III y IV del Código Civil (*ibidem*, pp. 609-750).

¹¹³ “El Gobierno mantiene en este punto su promesa solemne de respetar en su fondo y en su esencia el régimen foral, y de traer en su día a las Cortes proyectos de ley especiales, que, una vez aprobados, sirvan como adición y complemento al Código general en las provincias aforadas”. La concreción de este planteamiento se hace en la base núm. 17.

¹¹⁴ Y que, a su vez, en buena medida, procedían del proyecto de 1851 (*vid sus arts. 6 a 10*).

¹¹⁵ Real Decreto de 7 de enero de 1885, *Gaceta de Madrid*, 24-I-1885.

que ahora ya lo sería para toda España. El mantenimiento en cada Derecho foral de sus propias fuentes del Derecho impide el resultado anterior y deja abierta la vía para una codificación de tales Derechos. No parece, por tanto, que sea casual que en las mismas bases en las que se utiliza la expresión “codificación de los Derechos forales” se renuncie a que sea el código civil Derecho supletorio respecto a los locales de los distintos territorios forales; manteniéndose como supletorio fuera de las instituciones forales; de tal manera que estas deberán ser completadas por sus propias fuentes de integración¹¹⁶.

28. A nuestros fines, interesa especialmente destacar que en el texto de 1885 ya aparece de forma expresa el problema de la delimitación del ámbito de aplicación del código civil y de los Derechos codificados. La exposición de motivos del real decreto es optimista en este punto, ya que afirma que “los límites territoriales que abarca el llamado Derecho de Castilla no son difíciles de fijar en cada caso, y por tanto la extensión que comprenderá en su total vigor el nuevo Código no ofrecerá duda”. Es claro que aquí se hace referencia al ámbito de aplicación territorial y personal de los diferentes Derechos españoles, como queda claro al consultar la base II, donde se hace referencia a lo que ahora denominaríamos dimensiones externa e interna del sistema de DIPr. Así, se indica que la regulación de los efectos de las leyes y de los estatutos (y de la nacionalidad) deberá ajustarse a los preceptos constitucionales y legales, descartar formalidades y prohibiciones en desuso y aclarar conceptos jurídicos universalmente admitidos, fijándolos de tal manera que se de una base segura a “las relaciones internacionales civiles” y se facilite “el encaje y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales en cuanto á las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia ó vecindad en provincias de Derecho diverso, inspirándose hasta donde sea posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”.

Esta base II del proyecto de ley de bases de 1885 tiene una enorme importancia. En primer lugar, plantea de manera directa la necesidad de abordar los conflictos de leyes internos; considerándolo una cuestión que ha de regularse en el Código Civil. En segundo término, vincula la solución de los conflictos internos e internacionales. Finalmente, indica que, en lo que sea posible, deberá seguirse el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos. Se prefiguran aquí varios de los elementos esenciales del Derecho interregional que aún se mantienen hasta la actualidad¹¹⁷. En la ley de bases de 1888¹¹⁸ se mantiene prácticamente sin cambios el texto de esta base II; siendo, por tanto, cimiento sobre el que se construye el Derecho interregional del código civil de 1889. En el siguiente epígrafe nos ocuparemos de esa cuestión.

¹¹⁶ “Quedarán, pues, una vez promulgado el Código, subsistentes cuantas instituciones, leyes, usaje, recopilaciones, fueros y costumbres respetan y cumplen hoy los Tribunales como Derecho foral ó de excepción en todas las provincias, pueblos y lugares que hoy los tienen reconocidos á su favor, y sólo servirá el Código para estos territorios como Derecho supletorio, pero no para excluir al Derecho Romano ni al Canónico ni á las costumbres y doctrinas cuando ellos vienen á completar instituciones forales, incorporándose verdaderamente al Derecho indígena, sino para suplir únicamente á lo que hoy falte, para resolver dudas que en ninguno de esos elementos que hoy forman parte del Derecho foral tengan solución prevista, y se continuará entre tanto con base más segura y por camino mejor delimitando el estudio y reconocimiento del Derecho excepcional para codificarlo cuando hayan llegado su sazón y oportunidad, que dependerán en gran parte del esfuerzo y diligencia que en ello pongan pueblos y jurisperitos que han de moverse con mayor interés por el ejemplo y estímulo de la reforma vecina”. El art. 5 del proyecto de ley se establece lo siguiente: “En las provincias y territorios en que subsista el Derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos y costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo este tan solo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho Romano y el Canónico”. Parece ser, sin embargo, que en Aragón no planteaba problemas la supletoriedad del código civil. Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “El origen del primitivo artículo 13 del Código Civil y el Derecho aragonés”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *op. cit.*, pp. 657-661; M.C. BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código Civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés”, *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 de noviembre de 1998)*, pp. 39-121, p. 50 (puede consultarse en el siguiente enlace: <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2020/09/Foro-1998-Aplicacion-del-codigo-civil-como-Derecho-supletorio-al-r%C3%A9gimen-econ%C3%B3mico-matrimonial-aragon%C3%A9s.pdf>). Hay que tener en cuenta que, como hemos visto (*supra* núm. 9), en Aragón, ya en la Edad Media, se habían compilado en los “Fueros de Aragón” tanto normas escritas como la práctica de los tribunales, sin que se admitiera formalmente el Derecho romano como supletorio.

¹¹⁷ Vid. J.J. PÉREZ MILLA, *loc. cit.*, p. 81, quien, al referirse a esta base II del año 1885 indica que aparecen “y se proyectarán en el Código Civil, dos colosos que van a acompañar al Derecho interregional: el Derecho Internacional Privado y la conexión personal”.

¹¹⁸ Vid. *supra* núm. 24.

2. El tratamiento del Derecho interregional

29. De acuerdo con lo que se ha visto hasta ahora, el tratamiento del Derecho interregional en el Código Civil de 1889 viene condicionado por una serie de factores que, si bien tienen un origen pluri-secular, se habían concretado en el espacio de unos pocos lustros antes de la redacción del código civil. Por una parte, coexistían en España una pluralidad de Derechos que, en cierta forma, eran residuos de la diversidad de entidades políticas autónomas que se constituyeron en el territorio de la actual España desde la Edad Media. La tarea codificadora, que inicialmente había pretendido reducir a la unidad esa diversidad normativa, había abandonado ese empeño en la segunda mitad del siglo XIX, admitiéndose la conservación de instituciones forales. En un primer momento (real decreto de 2 de febrero de 1880 y ley de bases de 20 de octubre de 1881) el código civil desplazaría al Derecho supletorio tradicional de los Derechos forales; pero en 1885 ya se indicaba que ese Derecho supletorio permanecería, a la vez que se anunciaba el propósito de codificar el Derecho foral. En esas circunstancias, la regulación del Derecho interregional parecía una necesidad insoslayable; lo que explica el contenido de la base II tanto en su versión del año 1885 como la posterior de 1888 que sí condujo al Código Civil.

En las bases de 1888, además, encontramos otro elemento relevante: se establece que las normas del código civil sobre efectos de las leyes y de los estatutos será obligatorio en todas las provincias¹¹⁹. Esta previsión estaba ausente del proyecto de ley de bases de 1885 y su introducción tiene una gran importancia; porque supone excluir de los Derechos forales la cuestión de la determinación de su propio ámbito de aplicación. La exclusión queda confirmada por lo establecido en la base segunda; donde se dan indicaciones sobre cómo han de ser las reglas que determinen el alcance de cada uno de los Derechos españoles. Se cierra, de esta forma, la posibilidad de que hubiera reglas sobre conflictos de leyes diferenciadas en cada uno de los Derechos civiles españoles; tal y como se había planteado en relación con algunos de ellos¹²⁰.

30. La codificación del Derecho interregional supone un paso decisivo en la unificación jurídica de España. Habíamos visto que ni siquiera los Decretos de Nueva Planta habían conducido a esta unificación, toda vez que no solamente se mantenían importantes diferencias de contenido entre unos y otros Derechos, sino que, desde una perspectiva formal, la distinción entre unos y otros ordenamientos se derivaba de que el Consejo de Castilla, cuando conocía de los recursos de las distintas audiencias (Zaragoza, Cataluña o Baleares) debía aplicar el ordenamiento propio de cada uno de esos territorios, incluidas sus normas sobre conflictos de leyes¹²¹. Con la introducción de normas comunes sobre el ámbito de aplicación de cada Derecho ya no hay lugar para una diferencia de resultado en función del tribunal que conoce. Todos los órganos jurisdiccionales de España deben aplicar, en los supuestos que presentan vínculos con más de uno de los Derechos españoles, las mismas reglas, que conducirán, con independencia del tribunal, a al mismo o a los mismos Derechos. En esas circunstancias, pretender que existe una diferenciación de jurisdicciones dentro de España carece de fundamento.

De acuerdo con el acercamiento que aquí se propone, no habrían sido los Decretos de Nueva Planta los que habrían conducido a la unificación de la jurisdicción española (dejando fuera a Navarra que, como habíamos visto, mantuvo instituciones propias hasta 1829); sino que ésta debería retrasarse hasta el código civil de 1889, cuando se extraen de los Derechos forales las normas sobre conflictos de leyes para que las del código civil se apliquen directamente en todas las provincias españolas.

¹¹⁹ Art. 5 de la Ley de Bases.

¹²⁰ *Vid.* la memoria elevada en relación al Derecho aragonés a partir de lo establecido en el real decreto de 2 de febrero de 1880 (*vid supra* n. núm. 100), donde se preveía un sistema de Derecho conflictual aragonés (L. FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas conviene establecer*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1886, pp. 107-108 y los arts. 2 a 7 del proyecto de código civil aragonés que propone. Puede consultarse en este enlace: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/51749/C-001-050%20%2818%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; aunque, lamentablemente, en él falta la página III, correspondiente al art. 2 del proyecto). *Vid.*, en relación con Cataluña, M. DURAN Y BAS, *op. cit.*, arts. V a XV de la propuesta de código de Derecho catalán (pp. 302-304).

¹²¹ *Vid. supra* núm. 17.

Se ha pretendido, sin embargo, que esta unificación de normas de conflicto no implicaba la unidad de los sistemas, pues el legislador central habría actuado como legislador regional; de tal manera que lo que habría es un sistema uniforme de normas de Derecho interregional, comunes a los diferentes Derechos, pero no únicas¹²². No parece que sea así. En el momento de la elaboración del código civil no había un legislador regional, el único legislador era el estatal. Es cierto, sin embargo, que el Derecho, como herencia del Antiguo Régimen, no se limitaba al Derecho legislado; y que se mantenían, en la forma que hemos visto en el epígrafe III, sistemas jurídicos diferenciados para las diferentes entidades políticas que integraban España; pero la actuación del legislador iba reduciendo el ámbito de tales Derechos; de tal manera que lo que pasaba a estar regulado por Derecho real, primero, y por las leyes emanadas de las Cortes, a partir del siglo XIX, desplazaba al Derecho anterior y lo sustituía¹²³. Así, la promulgación de normas legales sobre Derecho interregional que se aplicarían en todas las provincias suponía que la materia se extraía de los sistemas legales heredados del Antiguo Régimen y pasaba a formar parte del código, único para toda España. Tal y como veremos enseguida, sin embargo, el tenor del código civil de 1889 podría dejar abierta una duda en este sentido (*infra* núm. 34).

31. En la Ley de Bases de 1888 hay que destacar otro elemento, que también procedía del proyecto de 1885. Tanto en uno como en otro texto se indica que la regulación de Derecho interregional ha de inspirarse en la doctrina de la personalidad de los estatutos. La exigencia es un tanto menor en las bases de 1888 que en la de 1885¹²⁴; pero la necesidad de dar preferencia a la personalidad sobre la territorialidad parece clara. Toma partido, así, la Ley de Bases en un debate que se desarrollaba en la doctrina internacionalista en aquellos años, y en el que se ponderaban las ventajas e inconvenientes de dos principios clásicos en DIPr: la territorialidad y la personalidad de las leyes. En el epígrafe II se había mencionado que el paso de la personalidad altomedieval a la territorialidad bajomedieval había sentado las bases del Derecho que prevaleció entre el siglo XII y la llegada de la codificación. La evolución jurídica estuvo vinculada a la política, de tal manera la territorialización del poder favoreció la territorialización del Derecho, hasta llegar al punto de identificar Derecho y estado; lo que no fue posible más que tras la consolidación de las diferentes naciones europeas en los siglos XVIII y XIX¹²⁵. La construcción de estas naciones, sin embargo, acabó conduciendo a acentuar los elementos identitarios en cada territorio; resaltando las diferencias entre los naturales de unos y otros países; en ocasiones recurriendo a razonamientos vinculados con las diferencias de clima, de etnia, de cultura o de historia¹²⁶. Los movimientos nacionalistas desvinculados de los estados constituidos también siguieron esta aproximación, defendiendo la identificación entre vinculación con un determinado territorio y características distintivas vinculadas a la cultura, la historia, la lengua y la etnia¹²⁷.

¹²² Cf. O. CASANOVAS, “Artículo 16.1”, en VV.AA., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 730-749, pp. 736-737. La construcción se basa en el planteamiento de E. VITTA (*Conflitti interni ed internazionali*, Turín, G. Giappichelli, t. I, 1954, pp. 129-130).

¹²³ Recordemos aquí el cuidado que se tuvo en los Decretos de Nueva Planta; al menos en Cataluña, de indicar que las antiguas normas y constituciones valían igual que el decreto real; lo que permitía que éste fuera desplazando al Derecho anterior (*vid. supra* núm. 16).

¹²⁴ De acuerdo con la ley de bases de 1885, las normas relativas a las relaciones internacionales civiles, así como las que debían facilitar la aplicación del nuevo código y las legislaciones forales debían inspirarse “hasta donde sea prácticamente posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”. En la ley de bases de 1888 por “hasta donde sea conveniente en el principio y doctrinal de la personalidad de los estatutos”.

¹²⁵ Me remito a R. ARENAS GARCÍA, “El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 19-94, pp. 22-31.

¹²⁶ *Vid. supra* n. núm. 81, en relación con la importancia de estas construcciones para justificar codificaciones nacionales que rompían la esencial unidad del Derecho natural. *Vid.* también R.B. MARKS, *Los orígenes del mundo moderno. Una nueva visión* (trad. por J.L.L. RIERA de *The Origins of the Modern World. Fate and Fortune in the Rise of the West*, Lanhaus (Maryland, Estados Unidos), Rouman & Littlefield), Madrid, Crítica, 2007, p. 209, sobre cómo, a partir de la década de los 70 del siglo XIX se acelera el proceso de construcción de identidades nacionales en los diferentes países europeos, lo que llevo a nacionalismos de carácter “exclusivo, étnico y cultural”.

¹²⁷ *Vid.*, por ejemplo, A. ROVIRA I VIRGILI, *Història dels moviments nacionalistes*, Barcelona, Base/Departament de la Vicepresidència de la Generalitat de Catalunya, 2008 (a partir de la 1ª ed., Barcelona, Societat Catalana d'Edicions, 1912-1914), p. 499: “Però el territori de la llengua i de la raça catalana, el territori de la nacionalitat catalana, s'estén enllà del Pirineu (...)”.

Esta corriente de pensamiento tiene también una traducción jurídica que mantiene nexos con la ya mencionada Escuela Histórica del Derecho y que se aprecia en la relación entre el proceso de codificación español y el mantenimiento de los denominados Derechos forales, entendidos como emanación de unas características particulares de los diferentes pueblos que convivían en España¹²⁸; de tal forma que las particularidades de cada Derecho dependerían, entre otros factores, de las cualidades de la “raza”¹²⁹. A partir de lo anterior, no resulta extraña una cierta vuelta a la teoría de la personalidad de las leyes, entendida ley personal como ley de la nacionalidad. Como es sabido, la aportación de MANCINI resultó fundamental, al mantener que las relaciones personales han de ser reguladas por el Derecho de la patria de cada individuo, entendida patria como nacionalidad¹³⁰, habiendo sido acogida la teoría de la personalidad por la doctrina española¹³¹, pasando así al Código Civil, como habíamos visto.

32. El Código Civil concreta la base segunda en sus arts. 8 a 15; preceptos que tuvieron cambios significativos entre la primera publicación del código, a partir del 9 de octubre de 1888¹³²; y la definitiva por medio del real decreto de 24 de julio de 1889¹³³; que fue resultado del debate habido en las Cortes

Aquest territori lingüístic s’acosta molt a l’àrea primitiva de la raça ibera, d’on procedeixen els catalans”. Y a continuación cita a Prat de la Riba, quien escribe: “Aquelles gents són nostres passats, aquella *ethos ibèrica*, la primera anella que la historia ens deixa veure la cadena de generacions que han forjat l’ànima catalana” [E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalitat catalana*, Barcelona, Escola d’Administració Pública de Catalunya (edición facsimilar de la primera edición, Barcelona, Tip. L’Anuari de l’Exportació, 1906), p. 93]. Es conocida también la vinculación entre nacionalidad y raza en el pensamiento de Sabino Arana, vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, “El racismo de Sabino Arana”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2013, núm. 90, pp. 375-386 (puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_Derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2013-10037500386); donde se reproducen algunos fragmentos del creador del nacionalismo vasco. Así, por ejemplo: “Vuestra raza, singular por sus bellas cualidades, pero más singular por no tener ningún punto de contacto o fraternidad ni con la raza española, ni con la francesa, que son sus vecinas” (*ibidem*, p. 377); y también “era [el euskera] la lengua de vuestros padres, la lengua de vuestra raza, la lengua de vuestra nacionalidad”. Resulta interesante constatar la vinculación entre nacionalidad, raza y lengua; que, como veremos inmediatamente, ya se encontraba en MANCINI (*infra* n. núm. 130).

¹²⁸ Vid., por ejemplo, M. DURAN Y BAS, *op. cit.*, p. XX: “en lo que dimana de las condiciones fundamentales de nuestra naturaleza moral y social viene de Dios, y en lo que dimana de las costumbres e ideas de un pueblo tiene por origen la fuerza de estas costumbres formadas bajo la influencia de las diversas condiciones étnicas, geográficas e históricas que le rodean”. El autor, sin embargo, no niega la unidad de la nación española, sino que subraya, dentro de ella, las diferencias entre los distintos territorios que la componen (*ibidem*, p. XXIII: “Como quiera, existen aún hoy día estas diferencias entre las diversas partes del territorio de algunas naciones; es España una de ellas; y sería temeridad funesta no reconocer la transcendencia de este hecho con relación á la unidad jurídica del país”), aunque más tarde vincula las legislaciones forales a un espíritu nacional propio (*ibidem*, p. XXXIII) e insiste en el carácter propio de cada provincia (*ibidem*, p. XXXV).

¹²⁹ Vid. M. DURAN Y BAS, *op. cit.*, p. 12: “Este espíritu [de la legislación catalana] se ha formado con un doble elemento: el que pudiéramos llamar de raza o histórico, elemento verdaderamente indígena, debido á las cualidades especiales del pueblo catalán, á las condiciones del suelo en el que vive, y á los hechos históricos que forma sus más gloriosas tradiciones; y el que puede apellidarse elemento de educación social, debido á la influencia que han tenido las leyes canónicas y romanas en la formación de las ideas jurídicas de ese pueblo”.

¹³⁰ Vid. M. TORRES CAMPOS, *Elementos de Derecho internacional privado*, Madrid, Librería de Fernando Fé, 1906 (reproducción facsimilar, Pamplona, Analecta, 2004), pp. 83-86; H. COING, *Derecho Privado Europeo. Tomo II. El siglo XIX* (trad. por A. PÉREZ MARTÍN de *Europäisches Privatrecht. II. 19. Jahrhundert*, C.H. Beck’sche, 1989), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 325; B. ANCEL, *op. cit.*, pp. 445-446. MANCINI había planteado ya en 1851 la relevancia de la nacionalidad, al defender que las dos formas “perpetuas” de asociación humana eran la familia y la nación (P.S. MANCINI, “Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella Università di Torino nel di 22 Gennaio 1851”, en *id.*, *Diritto Internazionale*, Nápoles, Giuseppe Marghieri, 1873 (edición en Vaduz/Liechtenstein, Topos, 1978), pp. 1-64, p. 26). Para MANCINI, los elementos principales que construirían la nación son los aspectos geográficos (la región), la raza, la lengua, las costumbres, la historia, las leyes y las religiones (*ibidem*, pp. 27-28). Es clara la conexión entre este discurso y, por ejemplo, el que podemos encontrar en la memoria de DURAN Y BAS ya citada. La proyección de este principio sobre el DIPr se explicita unos años después. Vid. P.S. MANCINI, “La vita de’popoli nell’umanità. Prelezione al corso di diritto internazionale pubblico, privato e marittimo pronunciata nella Università di Roma nel di 23 Gennaio 1872”, *ibid.*, pp. 163-220, pp. 209-210, donde se reivindica el respeto “della *legge personale* dello straniero finchè non violi ed offenda l’ordine pubblico del paese ove ei pasa o soggiorna”. Para un cuestionamiento en la doctrina española del planteamiento de MANCINI, vid. J.D. TRÍAS Y GIRÓ/J.M. TRÍAS DE BES, *op. cit.*, p. 134. Vid. también la aproximación crítica de H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 2002, pp. 197-204.

¹³¹ Vid. M. TORRES CAMPOS, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹³² El real decreto que ordena la publicación del código civil se publica en la *Gazeta de Madrid* el 8 de octubre de 1889, realizándose ésta a partir del día siguiente (fecha en la que se publica el Título Preliminar) y el 8 de diciembre de 1888.

¹³³ *Gaceta de Madrid*, 25-VII-1889.

tras la publicación por el gobierno del texto inicial¹³⁴. Como consecuencia de dicho debate, y a partir de la autorización concedida por la ley de 26 de mayo de 1889¹³⁵, el gobierno publica el texto del código civil por medio del mencionado real decreto de 24 de julio de 1889.

El texto finalmente aprobado, recoge las tres ideas principales que, como habíamos visto, desarrollaba la base segunda. Por una parte, mantiene la vigencia de los Derechos forales, aunque, como veremos, con una diferencia entre, por una parte, Galicia, País Vasco y Cataluña y, por otra parte, Aragón y Baleares. En segundo término, el sistema de normas de conflicto es único; de tal manera que serán las normas del código civil y no las de los Derechos forales las que determinen en qué supuestos, conectados con más de un Derecho español, se aplicará cada uno de estos. Finalmente, el principio que se sigue es el de la personalidad de las leyes, siendo comunes -en su práctica totalidad- las reglas sobre conflictos de leyes internacionales e internos. A continuación, examinaremos con algo más de detalle estas tres ideas.

33. El mantenimiento de la vigencia de los Derechos forales se establece en el segundo párrafo del artículo 12¹³⁶ y responde a lo que ya figuraba en las leyes de bases que hemos examinado. Además, se aclara que la vigencia de esos Derechos forales es plena, incluyendo el Derecho supletorio en cada uno de esos territorios. Como habíamos visto, la propuesta, en la ley de bases de 1885, de una derogación de dicho Derecho supletorio, siendo sustituido por el Código Civil, hubiera implicado una desarticulación de tales Derechos, reducidos a una serie de normas escritas o costumbres locales. No es éste el camino seguido por el código civil, que deja a éste tan solo como Derecho “supletorio del supletorio”; esto es, con una incidencia real moderada. El propósito -aparentemente- es que en las provincias forales no se introduzca modificación alguna en la práctica de los tribunales

En Aragón y Baleares la situación era distinta, puesto que se preveía la aplicación inmediata del código “en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”. El origen de la excepción se encuentra en la falta de oposición en Aragón a la supletoriedad del código civil¹³⁷; en tanto en cuanto, desde los Decretos de Nueva Planta, se había venido empleando como Derecho supletorio el castellano, ante la ausencia de la utilización del Derecho romano como supletorio en Aragón (a diferencia de lo que sucedía en Cataluña)¹³⁸. A partir de aquí, no existiría dificultad en una aplicación del código civil siempre que, como se establece en el art. 13, se respetaran las disposiciones forales (escritas o consuetudinarias) vigentes. La solución se extendió a Baleares, pese a que aquí sí que se utilizaba como Derecho supletorio el romano y el canónico, apartándose de la solución catalana, que propugnaba el mantenimiento de los Derechos supletorios tradicionales¹³⁹. La solución final, sin embargo, parece ser que causó cierta sorpresa en Aragón, pues se pensaba que el carácter supletorio del código civil iría acompañado por el pleno respeto a los fueros y costumbres vigentes en Aragón; esto es, sin que a Aragón se le aplicará la regla del art. 12.1 del código, de acuerdo con la cual el Título Preliminar del código civil tendría, en cualquier caso, preferencia sobre los Derechos forales¹⁴⁰. No fue así, sin embargo, de tal forma que, en Aragón y Baleares, como en el resto de España, las reglas del Título Preliminar sobre fuentes del Derecho y alcance de los estatutos, se aplicaban directamente.

¹³⁴ Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico “Sucesores de Revadeneyrad”, 1890 (accesible en el siguiente enlace: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/SRoman/1890_Cod/Cod_Civil.pdf), pp. 43-48.

¹³⁵ *Gaceta de Madrid*, 28-V-1889.

¹³⁶ “En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales”.

¹³⁷ Vid. *supra* n. núm. 116.

¹³⁸ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “La actitud aragonesa ante la codificación y el origen del primitivo art. 13 CC.”, en *Materiales V Jornades...*, *op. cit.*, pp. 425-439, p. 436.

¹³⁹ Vid. A. PLANAS ROSSELLÓ, “El Derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, t. LXXXII, pp. 237-266 (puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_Derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2012-10023700266), pp. 260-261; donde da cuenta del debate que se mantuvo en torno a esta cuestión en la Junta del Colegio de Abogados de Palma. Vid. también F. LLODRÀ GRIMALT, “Aspectos relevantes del proceso de formación del Derecho civil balear”, *Curso de Derecho civil balear*, Universidad de las Islas Baleares, 2022, https://dretcivilbalear.uib.es/leccion-0-aspectos-relevantes-del-proceso-de-formacion-del-Derecho-civil-balear/#_ftn64.

¹⁴⁰ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “La actitud...”, *loc. cit.*, p. 438; M.C. BAYOD LÓPEZ, *loc. cit.*, p. 50.

34. La articulación de los Derechos forales con el del conjunto de España no dejaba, sin embargo, de plantear algún problema. Tal y como se había avanzado¹⁴¹, los Decretos de Nueva Planta no supusieron la unificación jurídica en tanto que el mismo caso podía tener respuestas correctas diferentes según el tribunal que conociera; puesto que las audiencias de Zaragoza, Cataluña y Mallorca aplicarían su propio Derecho y, en principio, el Consejo de Castilla, cuando resolviera recursos contra decisiones de tales audiencias, debería aplicar el mismo sistema jurídico que aquellas. Por supuesto, la independencia jurídica de Navarra era incuestionable ya que había conservado todas sus instituciones, que mantuvo hasta el año 1829. La unificación de las normas de Derecho regional ponía fin a esa posibilidad de diversidad en la respuesta correcta a cada caso; puesto que la unidad del Derecho interregional implicaba que todos los tribunales españoles tendrían que llegar a la misma solución en un caso que presentará conexiones con más de uno de los Derechos que convivían en el país. Ahora bien, no era imposible sostener que esas normas de Derecho interregional más que únicas eran uniformes; de tal manera que se mantendría una distinción formal ya no entre Derechos, sino entre sistemas jurídicos¹⁴².

Tal y como se ha defendido (*supra*, núm. 30), el hecho de que no exista un legislador regional y la introducción de las normas de Derecho interregional en el código civil, impide -a mi juicio- llegar al resultado anterior. Desde el año 1889, existe un único sistema jurídico, articulado por las normas de Derecho interregional, que determinan el ámbito de aplicación de los diferentes Derechos civiles españoles o, si se prefiere, regulan los supuestos conectados con más de uno de esos Derechos mediante la remisión a uno o varios de ellos. Ahora bien, la redacción de los arts. 12 y 13 del código civil podría ser más clara en este punto; puesto que la referencia a la conservación del Derecho foral por provincias y territorios (art. 12), unido a la indicación de que el código civil no regirá en las provincias aforadas (excepción hecha de Aragón y Baleares, como hemos visto), podría inducir a pensar que los tribunales de esas provincias deberían aplicar en primer lugar el Derecho foral y tan solo dejar de hacerlo en aquellos casos en los que las normas de Derecho interregional impongan otro resultado. Esto es, podría plantearse que el Derecho foral que se conserva en determinadas provincias o territorios es el propio de los tribunales con sede en tales lugares; lo que implicaría una cierta fragmentación de la jurisdicción y el mantenimiento de la distinción entre sistemas jurídicos españoles.

El debate anterior probablemente sería ininteligible para un jurista de finales del siglo XIX, puesto que parte de concepciones del DIPr, y de la dimensión interna del DIPr que no se desarrollaron hasta el siglo XX y presupone la distinción entre vigencia y eficacia que, en España, no fue tratada, en relación a los conflictos internos, más que con posterioridad a la Constitución de 1978¹⁴³; ahora bien, conviene dejarlo aquí apuntado porque, como veremos, la evolución de la plurilegislación en España durante los siglos XX y XXI ha conducido a una revitalización (o resurrección) de dicho planteamiento.

35. Dejando de lado (de momento) la cuestión que se ha planteado en el número anterior, lo cierto es que el Código Civil de 1889 establece por primera vez normas para la articulación de los Derechos forales y de estos con el denominado común igualmente aplicables en toda España. Estas normas, como se ha avanzado, se corresponden con las que resuelven los conflictos de leyes internacionales; si bien con una técnica que plantea algunas dificultades, como veremos inmediatamente

El núcleo de la regulación, tal y como se había indicado, utiliza los criterios empleados para la dimensión externa del DIPr también para la interna; una correspondencia que podría identificarse en el contenido de la base segunda de la Ley de Bases de 1888 y que, como veíamos, trataba conjuntamente los conflictos internacionales e internos, imponiendo, además, a ambos el criterio de la personalidad de los estatutos. El reflejo más claro de esta idea es el art. 14 del código civil, que remite a los arts. 9, 10 y 11 para “las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación

¹⁴¹ *Vid. supra* núm. 30.

¹⁴² Es el planteamiento de O. CASANOVAS. *Vid. supra* n. núm. 122.

¹⁴³ En el fondo, el debate es si la relación entre el Derecho foral y las provincias o territorios en que se aplica ha de considerarse como territorialidad formal o material (*vid. A. ARCE JANÁRIZ, Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, esp. pp. 55-61). Por supuesto, la solución a la que se llegue se proyectará también sobre el denominado Derecho civil común respecto a las provincias y territorios que carezcan de Derecho foral. Para la defensa de la vigencia territorialmente limitada de los diferentes Derechos civiles, *vid. M.E. GINEBRA I MOLINS, op. cit.*, pp. 428-431.

civil”. La intención de remisión es clara; igual que es clara la insuficiencia de la misma, puesto que ésta se limita a los conflictos en que estén involucrados españoles, cuando también puede ser necesario determinar el Derecho español aplicable en casos en que solamente participen extranjeros.

36. La remisión a las normas que resuelven los conflictos internacionales de leyes tiene, sin embargo, dos añadidos. En primer lugar, el segundo párrafo del art. 10 del código civil incluye una regla específica sobre la troncalidad vizcaína; de acuerdo con la cual, los bienes situados en la tierra llana (y, por tanto, en territorio foral) estarán sujetos al Fuero de Vizcaya, incluso aunque sus poseedores “residan en las villas”. Se trata de una regla sobre Derecho interregional que, sin embargo, no se ubica en los preceptos específicamente dedicados a esta cuestión (arts. 14 y 15), sino en el artículo que se ocupa de los conflictos internacionales. Su propósito era mantener el principio de territorialidad en lo que se refiere al régimen de la troncalidad, excepcionando así el principio de personalidad que inspira el art. 10, de acuerdo con lo establecido en la ley de bases¹⁴⁴. La regla, sin embargo, también adolece de falta de precisión y rigor técnico. Así, se refiere solamente a los vizcaínos, por lo que en su literalidad no alcanzaría a quienes poseen bienes en la tierra llana y gozan de otra condición; lo que no tendría excesivo sentido. De igual manera, se hace referencia a la residencia en las villas; por lo que podría interpretarse que aquellos vizcaínos que residan en otras provincias no se verían alcanzados por la norma lo que, de nuevo, carecería de sentido. Finalmente, es una norma que no debería limitarse a los conflictos internos, sino que debería aplicarse también a los internacionales, en aquellos casos en los que quien tenga bienes en la tierra llana ni siquiera tenga la nacionalidad española. Bien es verdad que todos los supuestos que convertirían en problemática la aplicación literal del precepto serían poco frecuentes; pero las normas deberían redactarse de forma tal que cubrieran hasta los casos más improbables.

El segundo añadido es el relativo a la vecindad (art. 15), que era necesario precisar al resultar inútil la nacionalidad como punto de conexión en los conflictos internos de leyes. El art. 15 sienta las bases de lo que será la regulación de la vecindad hasta la actualidad, distinguiendo entre una adquisición originaria de la misma y su cambio como consecuencia del cambio de residencia. Es una regulación que toma elementos que ya estaban presentes en las previas de cada uno de los Derechos españoles; concretando unos principios que, como habíamos visto¹⁴⁵, con frecuencia no habían sido completamente explicados. La técnica que se sigue aquí también es mejorable. Se comienza regulando la adquisición de la vecindad civil común y a continuación se indica que las disposiciones sobre adquisición de la vecindad de Derecho común “son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil”¹⁴⁶. En lo que se refiere a la adquisición de la vecindad, en principio se sigue la de los padres; aunque puede optarse por la vecindad civil del lugar de nacimiento durante la menor edad o en el año siguiente a la mayor edad o emancipación. La vecindad también puede adquirirse por residencia de diez años, sin declaración de voluntad en contrario; o por residencia de dos años acompañada de la declaración de la voluntad de adquirir la vecindad del lugar de residencia. Rige, además, el principio de unidad familiar; de tal manera que la mujer sigue la condición del marido y los hijos no emancipados la del padre y, a falta de éste, la de la madre.

La regulación de la vecindad en el código civil puso fin a una situación de divergencia de criterios en los diferentes Derechos españoles; divergencia que provenía de la ausencia de regulación específica sobre la forma de adquirir la condición de natural del territorio a efectos civiles, lo que condujo a la consideración de una variedad de criterios, desde la vecindad administrativa al domicilio, pasando por la utilización de criterios propios de la adquisición de una nacionalidad¹⁴⁷. Finalmente, los criterios que se siguieron fueron más cercanos a la exigencia de una vinculación “fuerte” con el territorio, en línea

¹⁴⁴ Sobre los antecedentes y sentido de este segundo párrafo del art. 10, *vid.* G. MONREAL ZIA, “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, t. LXXXIII, pp. 185-251, p. 207. Fue introducido en la versión del año 1889, no estando en la publicada en octubre de 1888.

¹⁴⁵ *Vid. supra* n. núm. 53.

¹⁴⁶ Este inciso no estaba en la versión del Título Preliminar del código civil publicada en octubre de 1888, siendo introducida en la versión de 1889. Sobre las críticas a esta primera redacción del código en este punto y el paso a la del decreto de 24 de julio de 1889, *vid.* M.E. GINEBRA I MOLINS, *op. cit.*, pp. 343-363.

¹⁴⁷ *Vid.* M.E. GINEBRA I MOLINS, *op. cit.*, pp. 282-306.

con lo sostenido en la memoria sobre el Derecho catalán de DURÁN Y BAS¹⁴⁸, alejándose de la posibilidad de que bastara la condición administrativa de vecino para quedar vinculado al Derecho el territorio en el que se residía, tal y como se había defendido en alguna ocasión; aunque se matizara que era precisa también la voluntad del afectado¹⁴⁹.

37. En lo que se refiere a las reglas sobre conflicto de leyes, son, como se ha dicho, las mismas que para los conflictos internacionales (con los matices que se han indicado en el número anterior). El principio de la ley personal se proyecta no solamente sobre los Derechos y deberes de familia, el estado y la condición de las personas (art. 9), sino también en materia de Derechos reales sobre bienes muebles; así como en materia de sucesiones (con la excepción ya indicada con relación a la troncalidad vizcaína). En lo que se refiere a la ley aplicable a la forma, la regla es la aplicación de la ley del lugar del otorgamiento; con excepción de los actos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares españoles; una excepción que, en principio, no parece que pueda tener relevancia para los conflictos internos de leyes

Como puede apreciarse, la regulación es de una extrema parquedad, quedando sin tratar cuestiones como la responsabilidad contractual o extracontractual o los Derechos inmateriales. Esta ausencia es relevante en este momento puesto que antes de la aprobación de los apéndices y compilaciones forales, que veremos en el siguiente epígrafe; en las provincias y territorios forales se mantenía la totalidad de su Derecho, incluyéndose, por tanto, no solamente aquellas instituciones, fundamentalmente de Derecho sucesorio y sobre régimen económico matrimonial, que luego fueron recogidas en tales apéndices o compilaciones; sino la totalidad de su Derecho civil que, obviamente, incluiría reglas o principios en relación a todas las cuestiones mencionadas. Es cierto que tras varios siglos de penetración del Derecho real se habría producido una aproximación significativa; pero la consulta de las memorias presentadas como consecuencia del decreto de 2 de febrero de 1880¹⁵⁰ muestra que el Derecho foral que se consideraba vivo iba mucho más allá de las sucesiones y las relaciones económicas entre cónyuges¹⁵¹.

Las normas de conflicto existentes, además, carecían de conexiones subsidiarias; lo que en el momento de su promulgación planteaba menos problemas que en la actualidad dado que el principio de unidad familiar (la mujer y los hijos seguían la condición del marido) facilitaba la identificación del Derecho que debería aplicarse en cada caso.

38. Finalmente, hay que señalar que el código civil contenía, fuera de su Título Preliminar, algunas disposiciones sobre el ámbito territorial o personal de aplicación de algunos preceptos o instituciones. Así, por ejemplo, el art. 733, que establece la invalidez del testamento mancomunado prohibido por el art. 669, aunque esté autorizado por el Derecho del país del otorgamiento; o el art. 1325, que prevé que cuando el español contraiga matrimonio en el extranjero se presumirá que el matrimonio se rige por el régimen de gananciales; y cuando es la española quien se casa en el extranjero, la presunción lo es en favor del régimen de Derecho común del país del varón.

Estas disposiciones, al no estar incluidas en el Título Preliminar del Código Civil, no se aplicarían en las provincias o territorios con Derecho foral o, más propiamente, cuando el Derecho que resulte

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 299-301.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 295.

¹⁵⁰ *Vid. supra* núm. 25.

¹⁵¹ En el caso de Galicia, la memoria incluye regulación de arrendamientos, foros, tanteo y retracto (*vid. R. LÓPEZ LAGO, "Apéndice 1", Derecho civil vigente en Galicia, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, 1888, pp. 230-245*). En el caso de la memoria de Vizcaya, se dota de relevancia a las reglas relativas al control de la familia sobre determinados bienes (*vid. M. DE LECANDA, Derecho civil vigente en Vizcaya, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, 1888, pp. 7-15*). En Navarra, el mantenimiento de sus instituciones tras la guerra de Sucesión y hasta las guerras carlistas supuso la existencia de un ordenamiento completo que tan solo había sido limitado por la labor legislativa a partir de mediados del siglo XIX (*vid. Derecho civil vigente en Navarra, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, 1888, p. 19*). La Memoria correspondiente a Cataluña, obra de M. DURÁN Y BAS (*vid. supra* n. núm. 104) incluye una regulación civil completa; y en el caso de Aragón se aboga por conservar instituciones relativas a la condición de aragonés, la menor edad, patria potestad y tutela, posesión, servidumbres y contratos; además de las materias sucesorias y relaciones entre cónyuges, *vid. M. FRANCO Y LÓPEZ, op. cit.*, pp. I-CIX. La memoria de Baleares, sin embargo, se limita a las sucesiones, los bienes de los casados, las donaciones y los censos (*vid. P. RIPOLL Y PALOU, "Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares", en Legislación foral vigente en Mallorca, Madrid, Establecimiento Tipográfico Pedro Núñez, 1888, pp. 201-249, pp. 243-249*).

aplicable según lo establecido en las normas de conflicto del Título Preliminar no sea el Derecho común. Se trataría, por tanto, no de auténticas normas de conflicto, sino de preceptos que fijan unilateralmente el ámbito de aplicación de preceptos específicos en un concreto Derecho español (el denominado común). Más adelante deberemos volver sobre esta distinción.

V. Título Preliminar del Código Civil de 1974

1. El contexto: los apéndices y las compilaciones de Derecho foral

39. Una vez promulgado el Código Civil, quedaba pendiente la tarea de “codificar” (en expresión de la Ley de Bases de 1888) los diferentes Derechos forales. Esa codificación se realizaría mediante apéndices al Código Civil. El único que llegó a convertirse en norma vigente fue el apéndice correspondiente al Derecho civil aragonés¹⁵², mientras el resto no pasó de la fase de proyectos. Así, en 1915 se publicó un apéndice de Derecho foral de Galicia¹⁵³, que no llegó a convertirse en texto legal. El apéndice correspondiente al Derecho catalán se retrasó hasta 1930; pero la proclamación de la II República obligó a revisar el trabajo realizado, pues las regiones pasaban a gozar de competencia legislativa en materia de Derecho civil, por lo que el Derecho civil catalán podía ser casi completo¹⁵⁴. De hecho, el retraso en la elaboración del proyecto de apéndice se debió a la dificultad de renunciar a alguna de las instituciones que se conocían en el Derecho histórico catalán¹⁵⁵. En el caso de Baleares, un proyecto de apéndice fue concluido en 1903; pero no llegó a ser promulgado¹⁵⁶. En Navarra se desarrollaron varios trabajos en las décadas que siguieron a la aprobación del código civil, pero no condujeron a ningún resultado¹⁵⁷. El Derecho de Vizcaya fue objeto de un proyecto de apéndice en el año 1900¹⁵⁸; pero también sin resultados legislativos¹⁵⁹.

Tras la guerra civil de 1936 a 1939, sin embargo, se retomaron los trabajos para la codificación de los Derechos civiles españoles, aunque alejándose de la vía de los apéndices, que se intentó entre la promulgación del Código Civil y la guerra. En vez de ello, se plantea la compilación de las instituciones forales, como paso previo a la elaboración de un código general de Derecho civil español. Así se acordó en el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en el año 1946, que luego se plasma en el contenido del decreto de 23 de mayo de 1947¹⁶⁰ publicándose compilaciones de estos durante los años 50 y 70 del siglo XX¹⁶¹. De esta forma, la revisión del Título Preliminar del Código Civil se hizo en

¹⁵² Real decreto de 7 de diciembre de 1925, *Gaceta de Madrid*, 15-XII-1925.

¹⁵³ Vid. J.M. LETE DEL RÍO, “Breve historia del Derecho civil gallego”, *Dereito*, 2007, vol. 16, núm. 1, pp. 7-28, p. 10.

¹⁵⁴ Con el límite de las competencias que quedaban reservadas al estado. Vid. el art. 15.1ª de la constitución de 1931 sobre las competencias estatales en materia de Derecho civil, y el art. 16 para la posibilidad de que las regiones asuman competencia en las materias no comprendidas en la reserva estatal.

¹⁵⁵ Vid. E. BOSCH CAPDEVILA, “La compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?”, *Ius Fugit*, 2009-2010, t. 16, pp. 181-196, pp. 184-185.

¹⁵⁶ Vid. F. LLODRÀ GRIMALT, *loc. cit.*, 4.1.

¹⁵⁷ Vid. R. JIMENO ARANGUREN, “Derecho civil navarro y Codificación general española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, t. LXXXII, pp. 267-311, pp. 296-298. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AHDE/article/view/5291/5291>.

¹⁵⁸ Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.forulege.com/dokumentuak/legeria/Proyecto_apendice_1900.pdf.

¹⁵⁹ Vid. G. MONREAL ZIA, *loc. cit.*, pp. 208-235; donde se detallan las vicisitudes del proyecto de 1900; así como el contexto de un proyecto elaborado por el Colegio de Abogados de Bilbao en 1928; así como la incidencia que tuvo en el proceso la aprobación de la constitución de la II República, que permitía la asunción de competencia en materia de Derecho civil por las regiones.

¹⁶⁰ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 234-235; P. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 210-212. Vid. también LL. PUIG I FERRIOL, “La configuración del dret civil català des de la Constitució de Felip II de l’any 1599 fins al codi civil de Catalunya”, en C.E. FLORENSA I TOMÁS (dir)/J.M. FONTANELLES MORELL (coord.), *La codificació del Derecho civil de Catalunya*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 15-28, p. 21.

¹⁶¹ Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (*BOE*, 5-XII-1963); Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, (*BOE*, 31-VII-1959); Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*BOE*, 7-III-1973); Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón (*BOE*, 11-IV-1967); Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (*BOE*, 22-VII-1960); Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares (*BOE*, 21-IV-1961).

un contexto muy diferente a la redacción originaria; pues los diferentes Derechos españoles no estaban compuestos por costumbres, Derechos locales, constituciones y leyes aprobadas en cortes medievales, completadas por el Derecho romano o el canónico, sino por textos legales que, partiendo del Derecho histórico, lo habían convertido en Derecho adecuado para la codificación. Además, al existir ya estos códigos y compilaciones, el Derecho histórico, que cubría, en principio, todas las materias propias del Derecho civil, quedaba reducido a las instituciones que debían conservarse, de acuerdo con el plan trazado en los años 80 del siglo XIX y plasmado en las diferentes leyes de bases y, finalmente, en el Código Civil.

40. El contenido de la regulación en las diferentes compilaciones varía sustancialmente. En el caso de Galicia, incluye la regulación de los foros, la compañía familiar gallega, la aparcería, el Derecho especial de labrar y poseer, así como formas especiales de comunidad. Pese a que dejaba fuera instituciones que venían utilizándose en Galicia¹⁶², iba más allá de lo que lo hacía la memoria de R. LÓPEZ LAGO¹⁶³. La Compilación de Vizcaya y Álava se limitaba, en lo que se refiere a la primera provincia, a la regulación de la troncalidad y las sucesiones; y en lo que respecta a la segunda, extendía a algunos municipios la aplicación del Derecho de Vizcaya y recogía disposiciones sucesorias propias de la tierra de Ayala; ajustándose a los principios que ya recogía la memoria de M. DE LECANDA¹⁶⁴. En el caso del Derecho aragonés, la compilación incluye previsiones en materia de capacidad, ausencia, relaciones entre los progenitores y los tutores con sus hijos o pupilos, relaciones económicas entre cónyuges, sucesiones y algunas previsiones sobre relaciones de vecindad, servidumbres y límites en la disposición de bienes familiares; así como Derecho supletorio en contratos sobre ganadería. La compilación catalana incluye reglas sobre filiación, adopción, régimen económico conyugal, sucesiones, Derechos reales (tradición y accesión), usufructo, servidumbres, enfiteusis, algunas previsiones en materia de obligaciones y contratos (rescisión por lesión, venta a carta de gracia, censales, contratos especiales sobre explotación de tierras y ganadería, donaciones y prescripción. En Baleares, la compilación se limita al régimen económico matrimonial, a las sucesiones, Derecho de habitación y censos, distinguiendo entre el Derecho aplicable; por una parte, en Mallorca; por otra, en Menorca; y, por otra, en Ibiza y Formentera.

Navarra se aparta de lo que hemos visto en otras compilaciones, ya que, tanto la memoria elaborada como consecuencia del decreto de 2 de mayo de 1880¹⁶⁵ como la compilación aprobada en 1973, tenían una enorme amplitud, presentándose como una regulación completa del Derecho civil. Así se indica en su exposición de motivos, donde se lee: “Se presenta esta Compilación¹⁶⁴ como un fiel reflejo del Derecho civil realmente vigente en Navarra, y no como un simple registro de unas pocas particularidades jurídicas, por lo que dentro de la continuidad histórica del Derecho navarro, recibe justamente la denominación de “Fuero Nuevo de Navarra”.

41. La aprobación de las compilaciones de Derecho civil foral pone fin a la situación plurisecular en la que el Derecho privado español debía ser descrito como un conjunto de Derechos diferenciados, cada uno de ellos con sus propias fuentes del Derecho y sus mecanismos particulares de integración. Tras las compilaciones, en varias de ellas se preveía el carácter supletorio directo del código civil¹⁶⁶. En otras, sin embargo, se estableció un sistema propio de integración del contenido de

¹⁶² Vid. J.M. LETE DEL RÍO, *loc. cit.*, pp. 13-14.

¹⁶³ Vid. *supra* n. núm. 151.

¹⁶⁴ Vid. *supra* n. núm. 151. Esta memoria se refería solamente al Derecho de Vizcaya. La diputación foral de Álava, sin embargo, llamó la atención sobre la existencia de particularidades en la provincia, lo que condujo a que, a partir de 1899, hubiera juristas alaveses en la comisión vizcaína que preparaba el planeado apéndice de Derecho foral para el País Vasco. Vid. G. MONREAL ZIA, *loc. cit.*, p. 215.

¹⁶⁵ Vid. *supra* n. núm. 151.

¹⁶⁶ Disposición final segunda de la compilación de Derecho civil de Galicia: “En todo lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil”. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el art. segundo de la compilación se preveía que para la interpretación de las normas de la compilación se tendrían en cuenta las antiguas leyes y costumbres, así como la doctrina que se deriva de ellas. Sobre la relación entre normas de interpretación y sobre fuentes del Derecho y la forma en que se intentó, en la memoria de DURÁN Y BAS sobre el Derecho catalán, suplir las carencias de las segundas mediante las primeras, vid. P. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 148-149. La compilación de Derecho civil de Cataluña se adscribe al mismo modelo, estableciendo en su disposición final segunda la aplicación del código civil “y las fuentes jurídicas de aplicación

la compilación¹⁶⁷; pero incluso en estas se prevé, aunque sea en último lugar, tras el Derecho supletorio designado en la compilación, la aplicación del Código Civil¹⁶⁸. Además, con excepción de la compilación del Derecho civil navarro, las compilaciones se presentaban como colecciones de instituciones particulares, pero sin poder llegar a ser códigos completos. Es cierto que en algunas materias (sucesiones y relaciones económicas entre cónyuges), el contenido de algunas de las compilaciones desplazaba secciones enteras del Código; pero no podía hablarse propiamente de sistemas diferenciados dado su carácter fragmentario (siempre, como se ha apuntado, con la excepción de la compilación del Derecho de Navarra). Compilaciones y Código Civil formaban una unidad; con particularidades, evidentemente, pero con un elemento que articulaba tales particularidades. Fundamentalmente, el Título Preliminar del Código Civil, donde se regulaban las fuentes del Derecho y también las normas que resolvían los conflictos entre los diferentes Derechos españoles. Es cierto que las leyes que aprobaban las distintas compilaciones, en tanto que leyes estatales posteriores en el tiempo al Código Civil podían prevalecer sobre lo establecido en éste, incluidas las previsiones de su Título Preliminar¹⁶⁹; pero la realidad era que las compilaciones solamente adquirirían sentido en el marco de un Derecho civil español que englobara a estas junto con el Código Civil¹⁷⁰. Ahora bien, la prevalencia del Título Preliminar sobre las compilaciones no resultaba indubitada. Un nuevo Título Preliminar, posterior en el tiempo a las compilaciones, podría resolver estas dudas.

Aparte de lo anterior, hemos de tener en cuenta que el Título Preliminar vigente en el momento de la promulgación de las compilaciones de Derecho foral era el originario, del año 1889, con un contenido claramente insuficiente en lo que se refiere a la resolución de los conflictos de leyes y sin ninguna previsión específica para los conflictos internos, a salvo de la mencionada regla sobre troncalidad vizcaína del segundo párrafo del art. 10. A las dificultades que se derivan de la parquedad de la regulación del Código se une el que las compilaciones incluyeran, en algunos casos, reglas sobre su aplicación personal o territorial. Tal y como veremos, estas reglas no son todas de la misma naturaleza, lo que resultará relevante para determinar cómo se relacionan con las normas de conflicto del Código Civil

42. En primer lugar, existen normas que determinan el ámbito territorial de aplicación del Derecho foral en un sentido equivalente al que resulta de vincular un determinado Derecho con el territorio de un ente político. Ejemplo de ello es el art. primero de la compilación de Derecho civil de Galicia, donde se indica que se aplicará en el territorio de la Audiencia Territorial de La Coruña, además de en las comarcas limítrofes de Oviedo, León y Zamora cuando se acredite la existencia de las instituciones a que se refieren los títulos I y II de la ley (foros y la compañía familiar). Tienen un sentido equivalente el artículo 1º de la compilación de Derecho civil de Baleares¹⁷¹ y el artículo pri-

general” en lo no previsto por la compilación; a la vez que en su artículo primero se indicaba que para la interpretación de la compilación “se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan”. En el mismo sentido, *vid.* la disposición final segunda y el art. 2.2 de la compilación de Derecho civil de Baleares. La disposición final segunda de la compilación de Derecho civil de Vizcaya y Álava también prevé la aplicación supletoria del código civil.

¹⁶⁷ *Vid.* la ley 2 de la compilación de Derecho civil de Navarra y el art. 1 de la compilación aragonesa.

¹⁶⁸ *Vid.* art. 1.2 de la compilación de Derecho civil de Aragón: “En defecto de tales normas [las disposiciones de la compilación, costumbre y principios generales del Derecho navarro], regirán el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español”; y ley 6 de la compilación de Derecho civil de Navarra: “El Código Civil y las leyes generales de España serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1; y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos”.

¹⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común”, en VV. AA., *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundación Congreso Jurídico Catalán, 1972, pp. 160-183, pp. 162-163.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 171: “El Derecho civil español está integrado por varios subsistemas de Derecho civil: el del C.c., en cuanto Derecho especial de los territorios no aforados, y los de las regiones llamadas forales, entre los que se encuentra el Catalán; subsistemas que se articulan entre sí de formas complejas (fundamentalmente a través de las normas llamadas de Derecho interregional y de la supletoriedad general del C.c.) y cuyos elementos se encuentran armónicamente conjugados y relacionados unos con otros y con la totalidad” (*ibidem*, p. 171).

¹⁷¹ “El Derecho Civil Especial de Baleares tendrá aplicación en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca”.

mero de la compilación de Derecho civil de Vizcaya y Álava¹⁷²; así como el art. 48 de la compilación de Derecho civil de Cataluña¹⁷³.

Este tipo de reglas no son normas de conflicto, sino que cumplen una función más básica. La aplicación de las normas de conflicto exige que exista una vinculación entre el Derecho y un determinado territorio. En el caso de la dimensión externa del DIPr esa correspondencia se da entre el ordenamiento jurídico de un estado y el territorio de dicho estado. En el caso de la dimensión interna de los conflictos de leyes la correspondencia anterior no es útil, pues todos los Derechos en potencial conflicto comparten el territorio del mismo estado. Es por eso por lo que hay que identificar criterios de correspondencia entre cada uno de los Derechos y un territorio determinado. En el actual estado autonómico, esa identificación es relativamente sencilla, pues se puede utilizar a tal fin el territorio de la comunidad autónoma. En el momento en el que se elaboran y promulgan las compilaciones de Derecho civil, la referencia territorial sería, en principio, la provincia; pero, en determinados supuestos, habría que recurrir a otros criterios. Los preceptos mencionados cumplirían la función de realizar esta conexión entre Derecho y territorio al margen de los límites provinciales.

43. Las normas mencionadas en el número anterior no plantean ningún tipo de conflicto con las normas sobre Derecho aplicable del Título Preliminar del Código Civil ya que, como se ha indicado, la concreción del territorio vinculado con cada Derecho es un requisito necesario para la aplicación de la regla conflictual; pero, junto a estas, existen otras que sí pueden plantear alguna dificultad en relación con las del Título Preliminar. La ley 148 de la compilación de Derecho civil de Navarra es un ejemplo de ello¹⁷⁴. Se trata de normas que determinan en qué supuestos se aplicará el Derecho foral, superponiéndose, por tanto, en su función, con las normas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil. Las compilaciones incluyen ejemplos de estas, en línea con lo que, como acabamos de ver, sucede en la compilación navarra¹⁷⁵. Se trata de normas que, en algunos casos, han de ser consideradas como normas de conflicto unilaterales, en tanto en cuanto determinan la aplicación de la compilación a una determinada institución¹⁷⁶, mientras que en otros casos podrían ser consideradas como normas de aplicación inmediata¹⁷⁷; en tanto en cuanto establecen, para una regla concreta, un ámbito de aplicación territorial o personal específico. Se emparentan, estas últimas, con las que ya habíamos visto que existen en el Código Civil fuera de su Título Preliminar¹⁷⁸.

La existencia de normas relevantes para el Derecho interregional tanto en el Título Preliminar del Código Civil, aplicable en toda España, como en partes del Código Civil que solamente se aplican en tanto que Derecho común y en las compilaciones forales obliga a pronunciarse sobre la articulación de unas y otras. En principio, la aplicación en toda España del Título Preliminar podría inclinarnos a defen-

¹⁷² “Las disposiciones del Libro Primero de esta Ley rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya”. *Vid.* también el art. 60 de la misma compilación.

¹⁷³ “En el territorio del antiguo Obispado de Gerona el marido podrá prometer a la mujer donación “propter nuptias” o “tantundem” en una cantidad igual a la de la dote y como garantía de la misma. El “tantundem” podrá coexistir con el “escreix””. En sentido parecido, *vid.* los arts. 53 y 57 de la compilación.

¹⁷⁴ “Las donaciones y actos de disposición mortis causa otorgados por disponentes de condición foral se regirán por la presente Compilación. Sin embargo, para que la sucesión se ordene conforme a esta Compilación se requerirá la condición foral del causante al momento de su fallecimiento, sin perjuicio de la validez de los actos en cuanto a su forma según el Derecho a que se hallaren sometidos al tiempo de su celebración”. También las leyes 192 y 200 pueden colisionar con las normas de conflicto del Título Preliminar, en tanto en cuanto reclaman la aplicación del Derecho navarro en función de la condición de navarro; esto es, con independencia de que, según el código civil no fuera la ley personal la que debiera aplicarse. También la ley 500 interfiere con las normas de conflicto, en tanto en cuanto establece que la rescisión por lesión se aplica cuando todos los contratantes son navarros y cuando siendo navarro solamente uno de ellos, la ley aplicable es la navarra.

¹⁷⁵ *Vid.* el art. 94 de la compilación de Derecho civil de Aragón: “Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”; el art. 101, apartado quinto de la compilación de Derecho civil de Cataluña: “No serán válidos los testamentos otorgados en Cataluña exclusivamente ante testigos, salvo lo dispuesto en esta Compilación respecto del testamento sacramental” y el art. 103 de la misma Compilación, que establece una excepción a la regla *lex locus regit actum* (*vid.* O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional e interlocal”, en VV.AA., *Llibre del II...*, *op. cit.*, pp. 215-233, pp. 219-220). Art. 306 de la compilación de Derecho civil de Cataluña y 10 de la Compilación de Vizcaya y Álava (*ibidem*, p. 220).

¹⁷⁶ Así, la ley 148 de la compilación de Derecho civil de Navarra.

¹⁷⁷ *Vid.* O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional...”, *loc. cit.*, p. 220.

¹⁷⁸ *Vid. supra* núm. 38.

der la preferencia de las normas de este último; pero el Título Preliminar no tiene carácter supralegal y, como se acaba de señalar, las leyes que aprueban las compilaciones forales son posteriores en el tiempo al Código Civil, por lo que, si lo contradijeran, prevalecerían estas últimas. Por esta razón, resultan relevantes las remisiones que se hacen en algunas compilaciones a las normas sobre del Título Preliminar¹⁷⁹. Sin esta remisión podría plantearse la aplicación preferente de las normas de la compilación. En el caso de Navarra, incluso, esta aplicación preferente se deriva de la propia compilación, pues su ley 10 prevé la aplicación, en esta materia, del Código Civil tan solo en lo que no esté previsto en la propia compilación y sujeto, además, al principio de reciprocidad¹⁸⁰. Esta compilación, además, incluye una regulación completa de la adquisición y conservación de la condición foral de navarro, tanto respecto a las personas físicas como las jurídicas¹⁸¹; preceptos que, en principio, deberían prevalecer sobre el art. 15 del CC, anterior y más general que las previsiones de la compilación navarra.

44. Este era la situación jurídica del Derecho civil en el momento en el que arranca el proceso de revisión del Título Preliminar del Código Civil. El Código Civil de 1889 se había visto “completado” por las compilaciones de Derecho foral, de tal manera que el Derecho civil ya era, en toda España, Derecho escrito. Con la excepción de Navarra también se había reducido la complejidad del sistema de fuentes; pero se mantenía una dualidad entre la regulación del código y la de ciertas compilaciones forales en materia de Derecho interregional. La precedencia en el tiempo del Título Preliminar respecto a las compilaciones forales ponía en duda la preferencia de la regulación común sobre conflicto internos de leyes. Además, como habíamos visto, la regulación original del Título Preliminar era parca y con significativos problemas técnicos; lo que exigía una adaptación a las circunstancias del último tercio del siglo XX.

Esta revisión concluyó con la publicación del decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionaba con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil¹⁸², que venía precedido por una Ley de Bases¹⁸³ en la que se daba como una de las razones que justificaban la reforma el haber completado la publicación de las compilaciones de los diferentes Derechos civiles españoles¹⁸⁴. Además de ello se señalaba el margen de perfeccionamiento del que eran susceptibles las normas del Título Preliminar original¹⁸⁵. A partir de estos principios se procedió a una actualización tanto de las reglas de DIPr como de las de Derecho regional, manteniendo, como principio, la remisión de éstas a las

¹⁷⁹ Art. 5 de la compilación de Derecho civil de Vizcaya y Álava; y art. 3 de la compilación de Derecho civil de Cataluña

¹⁸⁰ “En lo no previsto en la presente Compilación, la determinación y efectos de los estatutos personal, real y formal se regirán por las disposiciones del Código Civil y conforme al principio de reciprocidad”

¹⁸¹ Leyes 11 a 15 de la compilación.

¹⁸² BOE, 9-VII-1974.

¹⁸³ Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, BOE, 21-III-1973. No dejó de discutirse la adecuación de la técnica de la ley de bases. Para justificar ese recurso se adujo la complejidad técnica, la necesidad de respetar la coherencia del código y el argumento histórico según el cual el código civil, en su momento, se había elaborado también a partir de una ley de bases; argumentos que recogieron una cierta oposición entre los procuradores en cortes del momento. *Vid.* la sesión de la Comisión de Justicia del 14 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. X Legislatura, Apéndice, núm. 86. Por otra parte, sin embargo, se aducía que la ley no planteaba problemas políticos, sino técnicos, lo que aconsejaba recurrir al mecanismo de la ley de bases como fundamento de la actuación del gobierno. *Vid.* la intervención del procurador Martínez Esteruelas en la sesión de la Comisión de Justicia del 17 de noviembre de 1972, *ibid.*, Apéndice 89, p. 15. Significativamente, sin embargo, entiendo que el único problema de carácter político que puede plantearse es el relativo a los Derechos forales (*ibidem*, p. 16).

¹⁸⁴ “De un lado, partiendo de las conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza, recogidas en el Decreto de veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, se ha dado cima a las Compilaciones referidas a los distintos regímenes civiles coexistentes en el territorio nacional, que constituyen la primera etapa que ha de facilitar el logro de un Código general para España. Completada la labor compiladora, procede cumplir el mandato de regular los conflictos interregionales” (párrafo séptimo de la exposición de motivos de la ley 3/1973). De hecho, parece que tuvo más peso en la elaboración de la norma la solución de los problemas de Derecho interregional que los conflictos internacionales de leyes. *Vid.* J.A. CARRILLO, “Nota introductoria a las normas de Derecho internacional privado”, en VV.AA., *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 401-414, pp. 406-407 y 410.

¹⁸⁵ “De otro lado, las normas del Título Preliminar son susceptibles de perfeccionamiento sin alterar sus directrices esenciales, ya completado lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ponderando igualmente, respecto de la eficacia de las normas en el espacio, los tratados y conferencias internacionales” (párrafo octavo de la exposición de motivos de la ley 3/1973).

que resolvían los conflictos internacionales de leyes; aunque introduciendo significativas excepciones. Además, se procedió a una nueva regulación de la vecindad civil.

45. El nuevo Título Preliminar traducía un acercamiento a la plurilegislación civil en España bastante alejado del existente a finales del siglo XIX. Por una parte, aparenta renunciar a la unificación plena del Derecho civil, puesto que, pese a las referencias en la exposición de motivos de la ley de bases de 1973 al decreto de 23 de mayo de 1947¹⁸⁶, en el art. 13.2 nuevo (equivalente al art. 12.2 de 1889) se introduce un cambio significativo. Mientras en este último se indicaba que las provincias y territorios con Derecho foral “lo conservarán *por ahora*” (cursiva añadida), en la versión de 1974 se establece, simplemente, que “En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, regirá el Código Civil como supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales”. Desaparece la indicación “por ahora” y cualquier referencia a la conservación del Derecho foral; de tal manera que a partir del articulado del Título Preliminar no puede deducirse ninguna voluntad de proceder en el futuro a una unificación del Derecho civil español¹⁸⁷.

No es extraño que se hubiera llegado a ese resultado. Por un lado, las compilaciones habían mostrado la dificultad de conseguir la unificación del Derecho civil en toda España. Las compilaciones trataban materias diversas, con particularidades muy significativas, sobre todo en lo que se refiere a sucesiones y régimen económico del matrimonio y, además, la compilación navarra era casi un código civil completo. Con esos elementos, conseguir la unificación del Derecho civil española parecía tarea multiseccular. Por otro lado, el Título Preliminar del Código Civil, el resto de su articulado y las compilaciones de Derecho foral configuraban un sistema articulado que, como hemos visto¹⁸⁸; era percibido como una unidad. Se trataba de una situación que aconsejaba más una revisión del Título Preliminar para adecuarlo al papel que le correspondía en ese Derecho civil español, plural, pero articulado, en el que la unidad en cuanto a las reglas de conflicto de leyes parecía un requisito para mantener la armonía entre los distintos Derechos civiles españoles. La revisión del Título Preliminar, además, permitía resolver las dudas que pudieran darse sobre su prevalencia respecto a los Derechos forales; pues al ser ya norma de rango legal posterior en el tiempo a las compilaciones, recuperaría, en principio, la posición de preferencia que el Título Preliminar original podría haber perdido como consecuencia de la promulgación de las compilaciones. Esta prevalencia, sin embargo, era negada por el propio legislador; puesto que el art. 2 del decreto 1836/1974 disponía que el texto articulado no alteraba lo regulado en las compilaciones de Derechos especiales o forales¹⁸⁹. La afirmación, además, de la supletoriedad del Código Civil, aunque fuera en defecto de las reglas sobre integración y supletoriedad de cada uno de los Derechos civiles españoles, contribuía a cerrar el sistema.

La regulación del Derecho interregional era una de las funciones esenciales que debía desempeñar el Título Preliminar en el sistema articulado de Derecho civil. Se trataba, además, del aspecto menos condicionado por la ley de bases, puesto que la aplicación directa del Título Preliminar en toda España venía establecida en la base séptima punto 1 en la misma literalidad que luego recogió el art. 13 del CC¹⁹⁰; así como en lo que se refiere a la supletoriedad del Código Civil en las provincias y territorios con Derecho foral. En los siguientes epígrafes examinaremos en qué forma se modificaron las normas sobre conflictos de leyes internos y sobre vecindad civil, adaptándolas a las exigencias del nuevo (entonces) Derecho civil español.

¹⁸⁶ *Vid. supra* n. núm. 160.

¹⁸⁷ En palabras de E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*loc. cit.*, p. 458; *id.* “Artículo 13”, en VV.AA., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pp. 681-703, p. 687), en 1889 las legislaciones forales aparecen como un problema; mientras que en 1974 se presentan como un dato que ha de aceptarse como premisa ineludible.

¹⁸⁸ *Supra* n. núm. 170.

¹⁸⁹ Sobre esto, *vid. infra* núm. 51.

¹⁹⁰ El nuevo art. 13 corregía el error en el que se había incurrido en la redacción originaria del código civil, al otorgar fuerza obligatoria directa en toda España a las disposiciones del título IV del libro I, sin tener en cuenta que las normas que allí se incluían y que se referían al régimen económico del matrimonio no deberían tener esa eficacia directa en los territorios con reglas propias en la materia. *Vid. supra* n. núm. 106. Desde el año 1981, sin embargo, esas normas ya no se encuentran en dicho título IV. *Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO*, “Artículo 13”, en *id.* (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 5ª ed. 2021, pp. 115-116, p. 115

2. Las reglas conflictuales

46. El proyecto de Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar del Código Civil¹⁹¹ preveía que las mismas reglas que se aplicaban a los conflictos internacionales regirían también los conflictos internos, siendo la vecindad civil la que determinaría la sujeción a uno u a otro Derecho español, aunque se preveía la posibilidad de que se introdujeran excepciones en función de la naturaleza específica de los conflictos internos y de las necesidades que requirieran instituciones específicas¹⁹². De acuerdo con esta última posibilidad, se mantiene el desplazamiento de la nacionalidad por la vecindad civil como ley personal; se excluyen las reglas del Código Civil sobre calificación, reenvío y orden público y, además, se establece una regla específica sobre el Derecho de viudedad, el Derecho expectante de viudedad y el usufructo viudal del Derecho aragonés. Respecto al código de 1889, se elimina la previsión específica sobre la troncalidad vizcaína.

En el siguiente epígrafe nos ocuparemos de la regulación de la vecindad civil; y a continuación, de los problemas de aplicación en el Derecho interregional; para tratar en este la forma en que se proyectan las reglas de los artículos 9 a 11 del CC en la dimensión interna del sistema español de DIPr, las reglas especiales sobre ciertas instituciones del Derecho aragonés y la articulación de las normas del Título Preliminar con la existentes en las compilaciones forales, a las que nos habíamos referido en el epígrafe 1 anterior.

47. La redacción de 1974 mantiene, como se ha señalado, la remisión del Derecho interregional (art. 16) a las normas que regulan los supuestos internacionales¹⁹³. Además, tanto en unos como en otros, sobre la base de la ley personal, lo que, como habíamos visto, no era en absoluto inocente¹⁹⁴; una ley personal que, en el caso de los conflictos internos, pasaba de identificarse sobre la base de la nacionalidad a hacerlo a partir de la vecindad civil; en cierta forma, una especie de subnacionalidad. Ahora bien, el resultado final se aparta en algunos puntos del principio de personalidad de las leyes y, además, como se ha adelantado, introduce algunas particularidades relevantes para los conflictos internos

En lo que se refiere al principio de personalidad de las leyes; en el Título Preliminar de 1974 se atenúa su presencia mínimamente, aunque con incidencia, precisamente, en los problemas de Derecho interregional; ya que los Derechos reales sobre bienes muebles pasan a regirse por la misma ley que los Derechos reales sobre bienes inmuebles: la ley del lugar de situación del bien; en vez de por la ley personal de su propietario, como preveía el art. 10 del código de 1889¹⁹⁵. Seguramente, es este cambio el que implica la eliminación de la excepción que en la redacción originaria del código se introducía para la troncalidad vizcaína, de la que nos ocupábamos en el núm. 36. La previsión de la excepción (ley del lugar de situación para los bienes afectados por la regla de troncalidad vizcaína) es ahora la regla general. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las reglas sobre troncalidad también se proyectan sobre las transmisiones *mortis causa*¹⁹⁶, de tal forma que no resulta irrelevante la eliminación de la previsión del art. 10, párrafo tercero del CC. De no existir tal regla, la ley rectora de la sucesión podría

¹⁹¹ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1215, de 22 de junio de 1972.

¹⁹² Base Séptima del proyecto, *ibidem*, p. 29534.

¹⁹³ La claridad del código en este punto, tanto en su redacción originaria como en la de 1974, choca con los planteamientos doctrinales que han defendido la conveniencia de una regulación específica para el Derecho interregional, con soluciones diferenciadas respecto a los conflictos internacionales, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, pp. 515-534, pp. 518-519; M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ªed. Madrid, EDESA, 1995, pp. 1259-1282, pp. 1267-1268. Es cierto que los principios del DIPr en su dimensión externa e interna difieren; lo que se verá todavía con más claridad a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, donde volveremos sobre esta cuestión. Entiende, sin embargo, justificado el tratamiento común de ambos tipos de conflictos O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Art. 16.1”, *loc. cit.*, p. 733; retomando un planteamiento que ya había expresado en *id.*, “El Derecho interregional...”, *loc. cit.*, pp. 225-226.

¹⁹⁴ *Vid. supra* núm. 31.

¹⁹⁵ Sobre las razones para este cambio, *vid.* A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10, apartado 1”, en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 206-228, pp. 208-211; A. ORTIZ-ARCE, “Artículo 10.1”, en VV.AA., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pp. 505-509, pp. 506-507.

¹⁹⁶ *Vid.* G. GALICIA AIZPURUA, “La ley aplicable en materia de sucesión según el Reglamento (UE) n° 650/2012 y el principio de troncalidad del fuero de Bizkaia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2, pp. 489-502, pp. 497-498.

proyectarse sin matices sobre bienes ubicados en territorios donde rige la troncalidad. Pese a lo anterior, se admitió generalizadamente que la supresión del precepto en nada había afectado a la territorialidad de la institución¹⁹⁷.

Esta reducción del principio de personalidad de las leyes no va, sin embargo, más allá; por lo que la solución de los conflictos internos sigue descansando en la ley personal (la determinada por la vecindad civil), tanto en materia de sucesiones como en las relaciones económicas entre los cónyuges. Tal y como sucedía en el código de 1889, los problemas que podrían derivarse de esta opción por la ley personal se ven limitados mediante el recurso al principio de unidad familiar; de tal manera que la divergencia entre las leyes personales de los cónyuges o de los progenitores acaba resolviéndose en favor de la ley del marido o del padre. Unos años después de la reforma de 1974, este principio resultará ya inaplicable por exigencias constitucionales, pero en el momento de la redacción de la reforma aún operaba y evitaba la introducción de regulaciones detalladas que resolvieran los conflictos entre las diferentes leyes personales de los implicados. Es de destacar que incluso en materia de obligaciones contractuales primaba la ley personal común en los casos en los que no hubiera elección de ley (art. 10.5 del CC), por lo que las disposiciones de los diferentes Derechos españoles en la materia resultaban aplicables, también sobre la base del principio de personalidad de las leyes.

48. El art. 16.2, aprovechando la habilitación concedida por el párrafo tres de la base séptima de la Ley de Bases de 1973, incluye una particularidad en la regulación de los conflictos internos en relación con el derecho de viudedad aragonés. La previsión intenta resolver el problema de calificación de la institución que regula en el Derecho aragonés los derechos del cónyuge supérstite. La dificultad se cifraba en que tales previsiones eran susceptibles de ser encuadradas tanto en la categoría régimen económico del matrimonio como en la de sucesiones. En los supuestos interregionales, esta opción implicaría que tan solo se aplicaría la regulación aragonesa cuando la vecindad civil del causante fuera la aragonesa en el momento del fallecimiento. Si, en cambio, se considera como una institución propia del régimen económico matrimonial, esos Derechos se aplicarán cuando sea el Derecho aragonés el que rija las relaciones económicas de los cónyuges. El art. 16.2 del CC opta por la segunda posibilidad, a partir de la doctrina aragonesa que se había ocupado del tema¹⁹⁸. De esta manera, sea cual sea el Derecho rector de la sucesión, el derecho de viudedad se aplica a todos los matrimonios en los que el régimen económico se rija por lo establecido en el Derecho aragonés; ahora bien, para evitar la superposición de derechos, se excluye la legítima que establezca la ley sucesoria¹⁹⁹.

En el caso de que el régimen económico del matrimonio no estuviera regido por el Derecho aragonés, pero si lo estuviera la sucesión, podría darse una privación de derechos para el cónyuge supérstite, puesto que el Derecho aragonés, en atención a la existencia del derecho de viudedad, no establece derechos legitimarios para el cónyuge²⁰⁰. A fin de evitar ese resultado, el párrafo tercero del art. 16.2 establece la atribución del usufructo viudal al cónyuge supérstite cuando la sucesión se rigiese por el Derecho aragonés (o, en los términos del precepto, cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte). Esta atribución puede plantear el problema de que pudieran acumularse con el que resultara del Derecho rector de las relaciones económicas entre los cónyuges.

En su momento, también se planteó que no resultaría lógico que en los supuestos de diferente ley personal de los cónyuges, tan solo en los casos en los que el fallecido tuviera vecindad civil aragonesa se atribuyera al supérstite el usufructo viudal; dándose dicho beneficio a quien no tendría la vecindad aragonesa en perjuicio de herederos presumiblemente aragoneses, apuntando como solución para evitar ese problema la limitación del beneficio a los casos en los que ambos cónyuges tuviesen la vecindad civil aragonesa²⁰¹. Probablemente, esta reducción del ámbito de aplicación del precepto carecía

¹⁹⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, "Artículo 9, apartado 8", en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 350-391, pp. 389-390; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Legítimas y Derecho interregional", en T.F. TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 153-202, p. 193.

¹⁹⁸ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Artículo 16, apartado 2", en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 535-543, p. 536.

¹⁹⁹ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Artículo 16, apartado 2", *loc. cit.*, pp. 538-539.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 537.

²⁰¹ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Art. 16.2", en VV.AA., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pp. 749-783, pp. 780-781.

de justificación suficiente por lo que deberá aplicarse con independencia de que ambos cónyuges tengan distinta vecindad civil.

49. El art. 16.2 del CC, en la redacción dada por la reforma del Título Preliminar de 1974, también incluye una norma sobre la protección del adquirente de bienes afectados por el derecho expectante de viudedad aragonés. Este derecho se configura como un gravamen sobre determinados bienes (inmuebles y algún mueble); de tal manera que su transmisión no impide el usufructo de estos por el beneficiario del derecho de viudedad cuando se produce el fallecimiento del cónyuge; aunque cabe que el titular del derecho renuncie al mismo; lo que será habitual en la transmisión de bienes afectados por tal derecho expectante de viudedad²⁰². En los supuestos conectados con más de un Derecho español se hará necesario determinar en qué supuestos operará este derecho. De acuerdo con lo previsto en el art. 16.2, y según lo que ya hemos visto (art. 16.2, primer párrafo), el derecho se aplicará cuando sea la ley aragonesa la aplicable al régimen económico del matrimonio, con independencia de dónde se encuentren los bienes objeto de este derecho expectante de viudedad.

El párrafo segundo del art. 16.2 del CC, sin embargo, introduce una matización a dicha aplicación, pues establece que el derecho expectante de viudedad no puede oponerse al adquirente a título oneroso de buena fe cuando se den determinadas condiciones; en concreto, que los bienes no radiquen en territorio donde se reconozca el derecho, que el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio y que no se hubiera hecho constar el régimen económico del matrimonio. La previsión protege al adquirente de buena fe y a título oneroso, quien, en las circunstancias que exige el precepto (bien situado fuera de Aragón y contrato también celebrado fuera de Aragón, cuando no consta el régimen económico del matrimonio), puede ser que desconozca completamente la posibilidad de tal gravamen que limitaría sus derechos sobre lo adquirido; pero se ha mantenido que supone una excepción al régimen general de los gravámenes legales, haciendo de peor calidad el que está regulado en un Derecho foral que los que se encuentran previstos en el Derecho denominado común²⁰³.

50. Así pues, el art. 16 del CC, en su redacción de 1974, a partir de una regla general (la remisión a las normas sobre conflictos de leyes que regulan los conflictos internacionales de leyes) introduce tres reglas especiales en relación con el derecho de viudedad aragonés. En tanto que especiales, esas reglas deberían prevalecer sobre las reglas generales de conflicto de leyes; aunque, como veremos, se han planteado dudas sobre dicha preferencia. Además, habría que examinar cómo se relacionan con las reglas de conflicto contenidas en las compilaciones de Derecho foral y con las normas que determinan o condicionan el ámbito de aplicación territorial o personal de las compilaciones y de las instituciones que incluye.

En lo que se refiere a la primera cuestión (relación del art. 16.2 con las reglas generales de conflicto de leyes), no existían dificultades en el momento de la promulgación de la nueva redacción del Título Preliminar. Estas, sin embargo, podían aparecer a raíz de la reforma del año 1990²⁰⁴ que, entre otras cosas, dio una nueva redacción al art. 9.8 del CC, estableciendo que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que los efectos del matrimonio, a salvo siempre de las legítimas de los descendientes. La filosofía de la norma es la misma que inspira el art. 16.2 del CC, lo que ha llegado a sostener que esa nueva redacción del art. 9.8 habría derogado los párrafos primero y tercero del art. 16.2²⁰⁵, ya que tanto en uno como en otro precepto se establecería la aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio a los derechos que correspondieran por ley al cónyuge superviviente; si bien en el caso del art. 16.2 limitado a los supuestos en los que dicho Derecho fuera el aragonés. Ahora bien, hay que tener en cuenta también que en el art. 9.8 se establece un límite que no figura en el art. 16.2. Mientras en el art. 9.8 el límite de tales derechos es la legítima que corresponda

²⁰² Vid. arts. 76 a 78 de la compilación de Derecho de Aragón. Vid. también J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Art. 16.2", *loc. cit.*, pp. 767-768.

²⁰³ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Art. 16.2", *loc. cit.*, p. 772.

²⁰⁴ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, *BOE*, 18-X-1990

²⁰⁵ Vid., J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Artículo 16, apartado 2", en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 1282-1301, pp. 1286-1287.

a los descendientes, en el art. 16.2 no se establece la necesidad de respetar tales legítimas; por lo que en el caso de este último precepto el derecho del cónyuge superviviente prevalecería sobre las legítimas que pudieran corresponder a los hijos u otros descendientes. Ciertamente, puede dudarse de la adecuación de un trato diferenciado para uno de los Derechos españoles; pero tampoco sería el único puesto que, como es sabido (y examinaremos un poco más adelante), existen preceptos que otorgan preferencia al denominado Derecho común sobre otros Derechos españoles; pero al margen de esta consideración, el principio de *lex specialis* conduciría a dotar de aplicación preferente al art. 16.2 respecto al 9.8 del CC.

51. Tal y como se había visto (*supra* núms. 42 y 43), las compilaciones forales incluyen previsiones sobre su ámbito de aplicación territorial y personal. Como se indicó en su momento, aquellas normas que se limitan a determinar el territorio con el que se vincula el Derecho foral o especial no plantean ningún problema de articulación con las normas de conflicto pues, de hecho, son necesarias para poder aplicarlas, ya que el punto de conexión precisa que exista algún vínculo entre el Derecho que puede ser aplicado y el territorio al que, directa o indirectamente, remite el punto de conexión²⁰⁶. Otras, en cambio, suponen alterar la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, estableciendo excepciones en el caso de determinados Derechos²⁰⁷. Es necesario, por tanto, determinar en qué forma se articulan con las normas de conflicto del Título Preliminar, cuando estas últimas son aplicadas como normas de conflicto de leyes.

La primera opción es entender que las normas en las compilaciones han sido derogadas por la nueva redacción del Título Preliminar. Como habíamos visto en su momento, el hecho de que las compilaciones fueran leyes posteriores en el tiempo a la redacción originaria del Código Civil permitía argumentar que las compilaciones habían derogado, en lo que fuera incompatible con ellas, los preceptos del Título Preliminar sobre conflictos internos de leyes. Con el mismo argumento, el hecho de que la reforma del Título Preliminar fuera posterior a las compilaciones conduciría a entender que era éste el que derogaba las disposiciones de las compilaciones contrarias a lo establecido en el nuevo Título Preliminar. Este argumento, sin embargo, se enfrenta a la dificultad de que, como se ha indicado, el art. segundo del decreto 1836/1974 establece que el nuevo Título Preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las compilaciones de los Derechos especiales o forales. Ciertamente, podría argüirse que la aclaración no está en el texto del Código Civil, que es el que tiene fuerza de ley; sino en el decreto que lo sanciona; que, en tanto que decreto, debería ser considerado como norma reglamentaria. Además, podría también aducirse que una cosa es que no se modifique lo previsto en las compilaciones y otra que su contenido no tenga que aplicarse teniendo en cuenta lo que disponen normas de rango legal posteriores en el tiempo; pero no cabe negar que la *voluntas legislatoris* claramente expresada era que la nueva redacción del Título Preliminar no implicara ninguna “regresión” respecto a lo establecido en las compilaciones²⁰⁸.

Por otra parte, además, puede interpretarse que la relación entre el Título Preliminar del Código Civil y las normas que en las compilaciones determinan la aplicación de estas, de forma unilateral, a ciertos supuestos es la que se establece entre las reglas generales y las reglas especiales; de tal manera que esas normas especiales tendrían preferencia sobre las del Código Civil. De hecho, ni siquiera la competencia exclusiva del estado en materia de conflictos de leyes, derivada del art. 149.1.8º de la Constitución ha supuesto la pérdida de eficacia para tales disposiciones²⁰⁹; por lo que cabe presumir que

²⁰⁶ Lo anterior es claro en lo que se refiere a los puntos de conexión territoriales; pero también lo es respecto a los personales, puesto que la vecindad civil (por recurrir al más relevante para los conflictos internos de leyes en España) viene determinada, en una u otra forma, a partir de un determinado territorio; aquel en el que se nace o en el que se reside. En los casos de vecindad determinada por *ius sanguinis* la vinculación con el territorio no hace más que retrotraerse a la determinación de la vecindad de aquel (el progenitor) del que deriva la vecindad civil de la persona que resulta relevante para el punto de conexión.

²⁰⁷ *Vid. supra* notas núms. 174 y 175.

²⁰⁸ *Vid* la exposición de motivos del decreto: “fuera ya del texto articulado, como aclaración, si no estrictamente necesarias al menos conveniente, figura la disposición dirigida a poner de manifiesto que lo establecido en las respectivas Compilaciones no resulta alterado por el nuevo Título Preliminar. Elaborado éste durante y a continuación del proceso compilador abierto a partir del año mil novecientos cuarenta y siete y guardando innegable relación con el mismo la propia reforma ahora concluida, según contas en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, sería un contrasentido pensar en cualquier cambio, regresión o falta de armonía”. Sobre la prevalencia de las disposiciones forales de conflicto de leyes respecto a las del Título Preliminar, *vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CÁNO*, “Artículo 16, apartado 1”, en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, pp. 515-534, pp. 526-530.

²⁰⁹ *Vid. A. FONT I SEGURA*, *op. cit.*, pp. 90-112 y referencias allí contenidas.

antes de ella, con más motivo, debían ser consideradas como disposiciones especiales que prevalecerían sobre las generales del Código Civil. Tan solo en el momento en el que se plantee una discrepancia entre normas unilaterales de diferentes Derechos nos encontraríamos ante un auténtico conflicto en el que, probablemente, la única solución sería el recurso a la norma del Título Preliminar del Código Civil.

52. La solución anterior, pese a que sería coherente con el mantenimiento de la eficacia de las normas que en los diferentes Derechos españoles regulan su aplicación extraterritorial, no deja de plantear problemas. En aquellos casos en los que el Derecho civil de que se trate no incluye una regla especial y descansa en las normas del Título Preliminar, cuando, de acuerdo con estas normas resulte aplicable ¿deberá ceder ante la norma especial de otro Derecho civil español? Si, por ejemplo, tenemos un contrato que, de acuerdo con el art. 10.5 del CC se rige por el denominado Derecho común por haber elegido las partes dicho Derecho como aplicable y teniendo ambas partes su residencia en territorio de Derecho común, si ambos contratantes gozan de la condición foral de navarros, ¿deberían aplicarse las reglas sobre la rescisión por lesión navarra según lo previsto en la ley 500 de la compilación? ¿se evitaría la aplicación del Derecho navarro si en el Código Civil, en el apartado correspondiente a las obligaciones contractuales, se incluyera la indicación que las disposiciones del Código Civil sobre rescisión de los contratos se aplicarán cuando sea aplicable al contrato el Derecho común y gocen las partes de residencia en territorio también común? Creo que la respuesta a ambas cuestiones debería ser negativa, por lo que aún quedaría sin resolver la forma en que han de articularse las normas unilaterales de las compilaciones (y las que se puedan encontrar en el Código Civil fuera del Título Preliminar, *vid. supra* núm. 38) con las reglas del título IV del Título Preliminar al que remite el art. 16.1 del código.

Entiendo que el acercamiento a este problema más respetuoso con el tenor de las normas en conflicto y los principios generales del sistema es que deberían ser las normas del título IV del Título Preliminar las que determinarían qué Derecho español debería aplicarse, incluyendo aquí las reglas sobre su ámbito de aplicación territorial y personal. De esta forma, normas como la ley 500 de la compilación de Derecho foral de Navarra tan solo resultarían aplicables cuando el Derecho designado, según las normas del Título Preliminar del Código Civil, sea el navarro. De esta manera, las reglas contenidas en los diferentes Derechos civiles españoles sobre su propio ámbito de aplicación nunca tendrían la posibilidad de ampliarlo en relación con lo que ya prevé el Código Civil. ¿significa esto que carecerían completamente de virtualidad? No, puesto que podría interpretarse que cuando resulta aplicable un determinado Derecho civil español (de acuerdo con lo previsto en el Título Preliminar del Código Civil); pero sus propias normas unilaterales no prevén la aplicación de tal Derecho, éste no regiría el supuesto, debiendo acudir al supletorio, que no es otro que el Código Civil²¹⁰. En cualquier caso, este es un tema que, en la actualidad, no puede examinarse sin tener en cuenta una perspectiva constitucional que se escapa del objeto de esta contribución.

3. La vecindad civil

53. El punto dos de la base séptima de la Ley de Bases de 1973 preveía que la vecindad seguiría siendo el criterio que determinaría la sujeción a cada uno de los Derechos civiles españoles; aunque incluyendo, por primera vez en el código, el adjetivo “civil”, que estaba ausente en la regulación de 1889²¹¹. Además, se indica que deben mantenerse la regulación existente “sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática”. El Título Preliminar sigue lo establecido en dicha base, mejorando sensiblemente la regulación de 1889 que, como habíamos visto, presentaba significativas deficiencias²¹²; pero dando continuidad al principio de

²¹⁰ Defendía esta posición en R. ARENAS GARCÍA, “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley”, *RJC*, 1998, núm. 3, pp. 349-385, p. 383; si bien limitada al problema de la ley aplicable a la protección de menores desamparados; pero con un argumento susceptible de generalización.

²¹¹ *Vid.* M.E. GINEBRA I MOLINS, *op. cit.*, p. 422.

²¹² *Vid. supra* núm. 36.

personalidad de las leyes, también en el ámbito interno, mediante la utilización de un criterio de conexión que, como se ha indicado, en cierta forma puede ser considerado como una subnacionalidad.

La utilización de la vecindad como elemento que vincula a los españoles con un determinado Derecho civil es significativo. Como habíamos visto, la existencia de entidades políticas diferenciadas en el territorio de lo que ahora es España había implicado la existencia de vínculos de las personas con esas entidades que serían equivalentes a las nacionalidades actuales, y que se corresponderían con lo que desde la Edad Media se denominaba “ser natural del territorio”²¹³. La regulación de esta condición de natural del territorio era incompleta, orientada, sobre todo, a determinar quiénes podían ejercer cargos públicos en el mismo. En el momento de la codificación, y bajo la influencia de las doctrinas nacionalistas que ponían el acento en la vinculación entre personas y naciones²¹⁴, se regula esta conexión entre la persona y cada una de las provincias (o conjunto de provincias) y territorios con Derecho civil diferenciado, mediante una conexión que presenta un grado de vinculación mayor que el domicilio o la residencia, asemejándose en buena medida a la nacionalidad.

54. Esta vinculación entre vecindad y nacionalidad ya se apreciaba en la redacción de 1889 y se mantiene en el texto de 1974²¹⁵. Así, por ejemplo, en la regulación de la nacionalidad española se preveía su adquisición cuando un extranjero había “ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía” (art. 25 del CC), siguiendo lo que ya se había establecido en el art. 1 de las constituciones de 1837, de 1845, de 1869 y de 1876; apartándose de la previsión de la Constitución de Cádiz, que limitaba la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española a los extranjeros que llevasen diez años de vecindad²¹⁶. No había indicaciones sobre cómo se adquiriría esa vecindad, debiendo interpretarse el requisito a partir de los diferentes textos históricos que regulaban la adquisición de dicha vecindad, encontrándose en ellos el requisito de los diez años de residencia²¹⁷ que, como hemos visto, es el que se tiene en cuenta para el cambio de vecindad por residencia cuando no existe declaración del interesado. Este plazo de diez años para la adquisición de la nacionalidad española pasó a tener reflejo positivo en el decreto de 6 de noviembre de 1916²¹⁸; manteniéndose tras la reforma de 1974, tanto para el cambio de vecindad civil (art. 14.3.2º del CC) sin necesidad de declaración positiva, como para la posibilidad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española. En la misma línea, la regulación de la adquisición originaria de la nacionalidad española y de la vecindad civil presentan semejanzas evidentes²¹⁹.

Ahora bien, el texto de 1974 supera en mucho al de 1889, resolviendo varios de los problemas que éste dejaba abiertos, tanto en lo que se refiere a la configuración de la institución como a la regulación de ciertos problemas que habían pasado desapercibidos al legislador de 1889.

55. En primer lugar, la reforma de 1974 refuerza la vinculación entre nacionalidad española y vecindad civil; sin que se afirme expresamente, se deduce que es requisito para gozar de una vecindad

²¹³ *Vid. supra* núm. 13.

²¹⁴ *Vid. supra* núm. 31.

²¹⁵ La Exposición de Motivos del decreto 1836/1974 (*vid. supra* n. núm. 182) hace referencia a esa vinculación: “El vínculo determinante de tal sujeción es la vecindad civil que forma parte del “status” de la persona, como la nacionalidad. Precisamente criterios procedentes de ésta informan la atribución y la adquisición de la vecindad civil, a propósito de la cual son tratados con recíproca equivalencia los diversos regímenes jurídicos coexistentes”.

²¹⁶ Art. 5 de la constitución de Cádiz: “Son Españoles (...) 3º Los que sin ella [sin haber obtenido carta de naturaleza] lleven diez años de vecindad, ganada según la ley, en cualquier pueblo de la Monarquía”. Sobre la regulación de las diferentes constituciones del siglo XIX y sus textos coetáneos sobre la adquisición de vecindad como vía de acceso a la nacionalidad española, *vid. M.E. GINEBRA I MOLINS, op. cit.*, pp. 237-246 y referencias ahí contenidas.

²¹⁷ *Vid. R. CONDE Y LUQUE, Derecho internacional privado*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, 1910, parte segunda, p. 192. El autor, sin embargo, defiende reducir el plazo a tres años *ibidem*, pp. 192-193).

²¹⁸ *Gaceta de Madrid*, 14-XI-1916. *Vid. J.M. TRIAS DE BES*, “La naturalización española por título de vecindad según las últimas y recientes disposiciones”, *RGLJ*, 1971, t. 130, pp. 289-301; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española”, *ADC*, 1983, t. XXXXVI, pp. 1299-1319, p. 1310; *id.*, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 192-193 y n. núm. 108. Antes de esa fecha no se requería un tiempo determinado de residencia, *vid. J.D. TRIAS Y GIRÓ/J.M. TRIAS DE BES, op. cit.*, p. 255.

²¹⁹ *Vid. arts. 14.2 y 17 del código civil.*

civil tener la nacionalidad española y que todo español tendrá una vecindad civil²²⁰. Esta vinculación entre nacionalidad y vecindad se encuentra también en la compilación de Derecho civil de Navarra, donde se incluye la regulación de la condición foral de navarro y se indica que los navarros que residan en el extranjero no perderán su condición foral “en tanto conserven la nacionalidad española”, añadiendo que los navarros que hubieran perdido la nacionalidad española recuperarán, junto con la nacionalidad, su condición foral²²¹; de lo que se desprende que la nacionalidad española es requisito imprescindible para acceder a la condición foral. Esta idea se encuentra, con eficacia general, en el art. 15 del CC, donde se regula la vecindad del extranjero que adquiere la nacionalidad española y la recuperación de la vecindad junto con la nacionalidad en el caso de españoles que hubieran perdido la nacionalidad.

Esta vinculación no es, en realidad, nueva, porque, como habíamos visto el Código Civil de 1889 partía, erróneamente, del planteamiento de que los conflictos de leyes entre diferentes Derechos españoles se plantean únicamente entre españoles²²²; lo que, proyectado sobre la regulación de la vecindad conduciría a considerar que solamente los españoles quedarían sujetos a través de una conexión personal con alguno de los Derechos civiles de España. En la versión de 1974 del Código Civil se hace, sin embargo, más clara la conexión y, sobre todo, se mejora la técnica de regulación.

56. En lo que se refiere a este aspecto, la técnica de la regulación, la reforma del Título Preliminar solventa varios de los problemas que se arrastraban desde el año 1889. Ya se había comentado que el art. 15 de la versión original del Código Civil regulaba propiamente la adquisición de la vecindad común para, a continuación, prever la aplicación recíproca al resto de Derechos españoles²²³. La nueva redacción tiene ya carácter general, aplicándose de la misma forma a todos los Derechos civiles españoles. Esta igualdad entre todos los Derechos civiles españoles, que era expresamente buscada por el legislador²²⁴, tiene, sin embargo, una excepción, puesto que en el art. 15, al regular la vecindad civil del extranjero que adquiere la nacionalidad española, se prevé que la vecindad que tendrá será la del Derecho común, salvo que residiere en un territorio de Derecho especial o foral durante el tiempo necesario para adquirir tal vecindad y en el expediente de opción de nacionalidad hubiere optado por la vecindad diferente de la común. De esta forma, se limita significativamente la posibilidad de acceso a la vecindad foral para los extranjeros que adquieren la nacionalidad española.

El tiempo de residencia que se precisa para la adquisición de la vecindad debería ser dos años, ya que la residencia irá acompañada de la declaración de la voluntad de adquirir la vecindad²²⁵. Ahora bien, del tenor del precepto resulta que ni siquiera con una residencia que supere los diez años, el extranjero que adquiera la nacionalidad española tendría la foral si no realiza una declaración en ese sentido. Sin tal declaración, en el momento de adquisición de la nacionalidad sería considerado como de vecindad común. La compilación navarra ofrece una solución diferente. En su ley 13, se prevé que se presumirá que adquieren la condición foral de navarro los extranjeros que residieren en Navarra al adquirir la nacionalidad española. Habría que esperar a la reforma del Código Civil del año 1990²²⁶ para permitir, con carácter general, que el extranjero que adquiere la nacionalidad española pueda optar por la vecindad del lugar de su residencia; añadiendo la posibilidad de que elija entre esta vecindad, la co-

²²⁰ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 14”, en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, pp. 478-502, p. 481. En el mismo sentido, subrayando que todos los españoles tienen una vecindad civil y que los extranjeros carecen de ella, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatives dans le droit international privé actual”, *R. des C.*, 1994-V, t. 249, pp. 145-368, p. 234.

²²¹ Ley 12.

²²² Vid. *supra* núm. 35.

²²³ Vid. *supra* núm. 36.

²²⁴ Vid. el punto dos de la base séptima de la ley de bases de 1973: “La sujeción, tanto al Derecho civil común como a uno especial o foral se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquélla, *en régimen de igualdad* y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática” (cursiva añadida). Sobre la necesaria igualdad entre los diferentes Derechos civiles españoles, con anterioridad a la reforma del Título Preliminar, vid. O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional...”, *loc. cit.*, pp. 230-231.

²²⁵ Vid. en este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 15”, en M. ALBALADEJO (dir.), *op. cit.*, pp. 503-514, p. 507 y referencias contenidas en n. núm. 14.

²²⁶ Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, *BOE*, 18-XII-1990.

rrespondiente al lugar de nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la vecindad de su cónyuge. En caso de recuperación de la nacionalidad española sí que se accedería también a la vecindad que se tuviera con anterioridad. En este caso, coincide la solución del art. 15.2 del CC con lo previsto en la ley 12 de la compilación de Derecho civil navarro y la del Código Civil se ha mantenido hasta la actualidad.

La nueva regulación, en aras a la igualdad entre los diferentes Derechos españoles, sustituye la posibilidad de opción por la vecindad común para los nacidos en el territorio propio de dicho Derecho (art. 15.1º) por la opción en favor de la vecindad del lugar de nacimiento²²⁷. Al igual que en la redacción de 1889, la opción debía realizarse en el año siguiente a la mayoría de edad o a la emancipación. También se mantiene el principio de unidad familiar, según el cual tanto la mujer casada como los hijos no emancipados tienen la misma vecindad civil que el marido o el padre (la madre en relación con los hijos en ausencia de progenitor paterno); pero se añade una cláusula según la cual en caso de duda prevalecerá la vecindad civil del lugar de nacimiento. Esta previsión no se encontraba en la redacción de 1889; pero sí en la compilación de Derecho civil de Navarra²²⁸. Se trata de una presunción que pretende facilitar la prueba de la vecindad civil; aunque su utilidad ha sido discutida²²⁹.

57. El art. 15.3 del CC, en su redacción del año 1974, se ocupa también de la vecindad local, remitiéndose a las mismas reglas que rigen la determinación de la vecindad civil. Del art. 15 del CC de 1889 debería desprenderse el mismo resultado, en tanto en cuanto se refería tanto a las provincias como territorios con diferente legislación civil, sin excluir las diferencias locales dentro de un mismo Derecho civil español; pero resulta oportuno que se haga una referencia expresa a los mismos; sobre todo, tras la promulgación de las compilaciones de Derecho civil foral.

Tal y como se ha comentado en el epígrafe II, la existencia de diferentes Derechos locales era consustancial al Derecho del Antiguo Régimen. La eliminación de estas diferencias locales debería ser uno de los objetivos de la codificación²³⁰; pero en el año 1889, cuando aún no se había procedido a la “codificación” de los Derechos forales, estos se mantenían con las características del Derecho de origen medieval; esto es, conservando particularidades locales que se mantendrían en su integridad en tanto no se promulgaran los apéndices forales que se preveían. Es por eso por lo que la regulación, en los arts. 14 y 15 del CC, de los conflictos internos de leyes debía cubrir de igual forma los conflictos entre los diferentes sistemas derivados de la coexistencia de entidades políticas diferenciadas, como los conflictos entre distintos Derechos locales dentro de los sistemas que se identificaban con tales entidades políticas. En el caso del Derecho vasco, además, nos encontrábamos con que, dentro de la misma provincia, existían zonas en las que regía el Derecho foral y otras en las que se aplicaba el Derecho común. De esta forma, la referencia a provincias y territorios con diferente legislación civil debería cubrir ambos tipos de conflictos; aunque se mantendría la duda sobre la articulación entre las normas del Título Preliminar del Código Civil y las que pudieran existir en los Derechos civiles españoles diferentes del común²³¹.

Dado que la compilación de los Derechos civiles especiales o forales no condujo a la completa desaparición de las particularidades locales²³², se hace necesario resolver los conflictos de leyes que se

²²⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (“Artículo 14”, *loc. cit.*, p. 485), esta posibilidad de opción por la vecindad del lugar de nacimiento sería un residuo del afán expansionista del Derecho común que se derivaba de la redacción originaria del art. 15 del código civil, enmendada en el decreto que lo aprobó definitivamente y que trasladaba al resto de Derechos españoles lo que inicialmente tan solo se preveía para el Derecho común. Con independencia de su origen, sin embargo, no puede negarse la vinculación entre la persona y su lugar de nacimiento (a salvo, claro, de nacimientos puramente accidentales, que serán la excepción); una vinculación que, unida al ejercicio de la autonomía de la voluntad debería ser suficiente para justificar esta presencia del *ius soli* en una regulación articulada sobre el principio del *ius sanguinis*.

²²⁸ Ley 14: “Cuando no sea claramente determinable la condición foral de navarro, prevalecerá ésta si correspondiere por razón del lugar de nacimiento”.

²²⁹ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 14”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 1201-1248, pp. 1246-1247.

²³⁰ Me remito a R. ARENAS GARCÍA, “Derechos forales, Derechos locales y Derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1997, núm. 21, pp. 93-113, pp. 104-105.

²³¹ Que se plantearía en los mismos términos ya examinados en los núms. 51 y 52.

²³² No hubiera sido coherente con los postulados de la escuela histórica del Derecho la completa desaparición de los Derechos locales. *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Derechos forales...”, *loc. cit.*, p. 106.

deriven de esta pluralidad de Derechos locales, para lo que se recurre a la vecindad comarcal o local, que se determinará de acuerdo con las mismas reglas que la vecindad civil en relación a cada uno de los Derechos civiles españoles; por lo que tiene pleno sentido que en la redacción del Título Preliminar del año 1974 se haga una referencia expresa a esta “subvecindad” que resulta de la existencia de particularidades locales dentro de los Derechos civiles españoles²³³. Tras la Constitución de 1978, se puede plantear el problema de la competencia estatal y autonómica en la regulación de los conflictos locales dentro de una comunidad autónoma; pero este problema carecía de sentido cuando se promulgó la nueva redacción del Código Civil, puesto que todo el Derecho, tanto el Código Civil como las compilaciones forales, son Derecho estatal y, además, no pueden ser otra cosa por ser España entonces un país centralizado en el que la competencia legislativa correspondía en exclusiva al estado.

4. Supuestos específicos

58. Pese a que el punto de partida en la regulación de los conflictos internos es la remisión a la regulación de los conflictos internacionales, en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 se introdujeron, en el art. 16.1 del CC, tres exclusiones significativas. Las reglas sobre calificación, reenvío y orden público de los apartados 1, 2 y 3 del art. 12. Este es un precepto que estaba ausente en el texto de 1889, donde tampoco se regulaban estos problemas de aplicación de las normas de conflicto. La justificación que se da para esta exclusión en la exposición de motivos del decreto 1836/1974 es que las normas que dejan de aplicarse en los conflictos internos tienen sentido únicamente en función de las diferencias nacionales y estatales, diferencias que, obviamente, no se dan en los conflictos internos²³⁴. Si el sentido de la afirmación es que en el Derecho interregional no se pueden plantear problemas de calificación, reenvío y orden público, habría que decir que el legislador se equivoca; puesto que, al menos, los problemas de calificación se dan en la dimensión interna del DIPr igual que en cualquier otra rama del ordenamiento²³⁵. Más dudosa es la posibilidad de reenvío en los litigios en que deba resolverse cuál es el Derecho civil español aplicable; aunque la existencia de normas de conflicto (bilaterales o unilaterales) tanto en el Título Preliminar del Código Civil como en otros Derechos civiles españoles permite plantear la duda²³⁶. En lo que se refiere a la excepción de orden público; pese a los argumentos que fundamentan su exclusión en el ámbito interno²³⁷, aún es necesario profundizar en las razones que explican su erradicación de plano en el Derecho interregional.

²³³ Aunque sea en nota a pie de página, ha de mencionarse la objeción que hacía R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO [“Artículo 15”, en M. ALBALADEJO (dir.), *loc. cit.*, p 514; *id.*, “Artículo 15”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *loc. cit.*, p. 1259] a la limitación de la previsión a la previsión de particularidades locales “dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente”. De acuerdo con su planteamiento, esta referencia a legislación especial o foral dejaría fuera la vecindad correspondiente al Fuero de Baylío, por tratarse de una particularidad local dentro del territorio del Derecho común; aunque debería interpretarse que se encontraría incluido en la previsión. En realidad, si se mantiene vigente el Fuero de Baylío, sobre cuya aplicación práctica no parece que existan dudas (*vid.* J.I. ANTÓN GIL, “Fuero de Baylío: orígenes histórico-jurídicos, vigencia y aplicación práctica. Momento de la comunicación de los bienes. Y si fuera un régimen sucesorio?”, *Notarios y Registradores*, 4 de julio de 2023, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/fuero-de-baylio-origenes-vigencia-y-aplicacion-practica/>), deberá entenderse que lo hace en tanto que Derecho foral o especial y según lo establecido en el art. 12.2 del código civil de 1889 y en el art. 13.2 del código civil en su redacción de 1973, por lo que la determinación de la vecindad correspondiente se haría según lo establecido en el art. 14 y 15.1 y 15.2; no por la remisión del art. 15.3.

²³⁴ Los términos exactos son: “No obstante, como los conflictos de ámbito regional se dan en el seno de la misma nación estructurada en un solo Estado, las normas dotadas de sentido en función de las diferencias nacionales y estatales quedan excluidas, como sucede con las relativas a la calificación, la remisión y el orden público, mientras no concurre igual circunstancia en el fraude de ley que puede darse lo mismo en el plano de lo interestatal como en el interregional, así como también dentro de un solo ordenamiento o una determinada legislación civil”.

²³⁵ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 531, con la indicación de que el Consejo de Estado era favorable a mantener la regulación de la calificación para el Derecho interregional. *Vid.* también M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 1274-1275 y referencias ahí contenidas.

²³⁶ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 532.

²³⁷ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 531; M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 1280-1281.

De acuerdo con lo que se veremos a continuación; la exclusión de las tres figuras puede responder a un elemento común: la inexistencia de diferenciación de jurisdicciones en España; lo que se traduce en que la *lex fori* es exactamente la misma para todos los jueces y tribunales españoles; pero, como veremos, la duda sobre esta completa erradicación de la diferenciación de jurisdicciones en España, que habíamos visto ya en epígrafes anteriores en los análisis de algunos autores²³⁸, permite entender algunas de los argumentos empleados para explicar esta exclusión.

59. Como se ha avanzado, la aproximación inicial a esta exclusión ha de hacerse -a nuestro juicio- partiendo de la unidad de jurisdicción y que todas las figuras excluidas parten de la oposición entre Derecho del foro (o propio) y Derecho extranjero. En el caso de la calificación, el art. 12.1 establece la calificación a partir de la ley española; pero esta opción se ha interpretado como una clara opción en favor de la denominada calificación *ex lege fori*²³⁹. En el caso del reenvío, se contraponen la norma de conflicto del foro con la norma de conflicto del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto del foro; y en el orden público, se excluye la aplicación del Derecho *extranjero* por su contradicción con valores esenciales del foro. En todos los casos, la oposición *lex fori*/Derecho extranjero es parte esencial de la regulación, por lo que no pudiendo darse esta oposición en los conflictos internos, la regulación debería ser excluida. A continuación, sin embargo, veremos los matices que han de ser considerados en relación con cada una de las figuras

60. En lo que se refiere a la calificación, no hay duda de que se trata de una operación jurídica que opera de manera semejante en los supuestos conectados con más de un estado y en aquellos internos a un país, pero que presentan vínculos con varios Derechos civiles en el seno de tal país. En ambos casos la solución pasa por la consideración de normas de conflicto y tanto en el ámbito internacional como en el interno es preciso identificar qué norma de conflicto ha de emplearse, interpretando para ello las categorías jurídicas en el supuesto de la norma de conflicto y proyectándolas sobre el caso que ha de resolverse. Así pues, la exclusión del art. 12.1 del CC en los supuestos internos no puede interpretarse como que el problema de la calificación no se da en este tipo de conflictos; sino que la solución que ha de darse al mismo ha de ser diferente de la que resulta de dicho precepto²⁴⁰. Ahora bien, leído el art. 12.1 en su estricta literalidad, difícilmente puede llegarse a una solución diferente de la que en él se recoge para la calificación, pues el precepto indica que la calificación se hará “con arreglo a la ley española”, y en los conflictos internos, siendo todas las leyes en conflicto españolas difícilmente podrá llegarse a una solución que no sea la aplicación de una ley española.

El art. 16.1.2ª del CC, sin embargo, excluye esta solución; seguramente ante el temor de que “ley española” sea entendida como “Derecho común”, haciendo así prevalecer las categorías del Derecho de matriz castellana sobre el resto de Derechos civiles españoles²⁴¹. Ahora bien, en caso de que se acudiera a una interpretación unitaria²⁴², que tuviera en cuenta las diferentes categorías jurídicas de los Derechos españoles, así como la estructura y finalidad de las normas de Derecho interregional, no habría esa prevalencia de los diferentes Derechos españoles. Se ha apuntado, sin embargo, que esa calificación

²³⁸ O. CASANOVAS Y LA ROSA (*supra* n. núm. 122) y M.E. GINEBRA I MOLINS (*supra* n. núm. 143) con cita en particular de F. BADOSA. *Vid.* F. BADOSA COLL. “Eficacia territorial de las normas”, en VV.AA, *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms, 1990, pp. 269-298, esp. p. 289: “Cuál es, entonces, la trascendencia de la territorialidad del EAC 7.1 en relación con el Poder judicial que asegura su vigencia? Es la de los “órganos judiciales” del Poder judicial del Estado español “radicados” (CE 152.1.3), es decir, que tengan su “circunscripción territorial” (LOPJ 35.1) en la Comunidad Autónoma de Cataluña (CE 152.1; LOPJ 30; 34), *habrán de aplicar el Derecho catalán a los “asuntos” que les sean sometidos, en virtud de “criterios de localización” como los vistos anteriormente* salvo las excepciones previstas en el EAC 7.1”. Esta diferencia en cuanto a la vinculación con el Derecho catalán de los órganos judiciales radicados en Cataluña y el resto no se compeadece con la unidad de jurisdicción que es un elemento esencial de la plurilegislación en España.

²³⁹ *Vid.* las referencias que recoge S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 12, apartado 1”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 842-880, p. 856, esp. notas núms. 40 y 41.

²⁴⁰ En este sentido, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 531.

²⁴¹ *Vid.* N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 132; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 29 y 31; quienes mantienen que la aplicación del art. 12.1 del código civil en el Derecho interregional implicaría dar preferencia a uno de los Derechos españoles sobre el resto.

²⁴² *Cf.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 132.

unitaria “presenta riesgos evidentes en cuanto a la igualdad de los ordenamientos que coexisten en un Estado”²⁴³.

61. Ahora bien, ¿qué alternativas hay a esta calificación unitaria? Tal y como se ha apuntado, las dificultades que plantea el art. 12.1 en relación con el Derecho interregional es que, pese a prever la utilización de la “ley española”; esta referencia se ha interpretado como una forma de imponer la denominada “calificación *ex lege fori*”²⁴⁴. Dada la unidad de jurisdicción en España, este tipo de calificación plantea problemas, que pueden ser abordados de tres maneras diferentes. La primera de ellas, que deberemos descartar de inmediato; es interpretar que existen diferentes leyes del foro en función de la sede del tribunal que está conociendo dentro de España²⁴⁵. No puede dejar de señalarse, sin embargo, que, como hemos visto, existe, en el tratamiento del Derecho interregional, una cierta atracción hacia la fragmentación de la jurisdicción. Lo habíamos visto en aquellas interpretaciones que entendían que había una vigencia formal territorializada de los diferentes Derechos civiles españoles, las que mantenían que debía entenderse que cuando el legislador estatal regulaba los conflictos de leyes debía interpretarse que actuaba como legislador de cada uno de los Derechos civiles españoles y, como se verá, subyace en la tendencia de algunos tribunales a aplicar el Derecho civil de la comunidad autónoma en la que tienen su sede a partir del principio de territorialidad²⁴⁶. Desde esta perspectiva, la defensa de una calificación *ex lege fori*, entendida la ley del foro como la del lugar en el que tiene su sede el tribunal podría resultar atractiva, favoreciendo un fraccionamiento de la jurisdicción que podría ser positivo para quienes se pretendieran profundizar en la fragmentación del ordenamiento jurídico español. Sería, por otra parte, coherente con el planteamiento de acuerdo con el cual las normas de conflicto en el Derecho interregional han de entenderse como comunes, pero no únicas²⁴⁷.

La vía anterior, sin embargo, se encuentra ayuna de apoyos formales; habiendo optado la mayoría de la doctrina por defender la calificación *ex lege causae*²⁴⁸ (segunda solución). De acuerdo con este planteamiento, cada institución debería considerarse integrada en la categoría que le corresponde de acuerdo con el Derecho que la regula, respetándose, por tanto, la calificación de cada uno de los Derechos españoles y situándose todos ellos en plano de igualdad. Se trata, sin embargo, de una solución que plantea problemas de cierta entidad; problemas que pueden resolverse si, por una parte, distinguimos entre calificación primaria y secundaria y, por otra parte, entre interpretación de las instituciones susceptibles de aplicación y criterios para la determinación de la norma de conflicto aplicable. En relación con esta última cuestión, resultaría adecuado que la interpretación de la institución jurídica se realice de acuerdo con el Derecho en el que se inserta²⁴⁹; pero una vez concluida esta labor de interpretación se hace preciso proyectar el resultado sobre el caso de que se trate; lo que podría obligar al aplicador a considerar otras instituciones, de Derechos diferentes que, a su vez, deberían haber sido “calificadas” de acuerdo con sus propios Derechos²⁵⁰. La resolución de este conflicto no puede realizarse más que a partir de principios que deberían extraerse del sistema de Derecho interregional, dando, por ejemplo, preferencia a una ca-

²⁴³ Cf. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁴ *Vid. supra* n. núm. 239.

²⁴⁵ Para el planteamiento y refutación de esta posibilidad, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Art. 16”, en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ/L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 166-172, p. 167. El autor habla de la inconveniencia de establecer soluciones diferenciadas en función de la sede del tribunal que está conociendo. En realidad, se trataría de una imposibilidad, puesto que no es posible que diferentes tribunales españoles tengan diferentes leyes del foro.

²⁴⁶ *Vid.* sobre esto A. FONT I SEGURA, “Principio de territorialidad y aplicación del Derecho civil catalán”, *AEDIPr*, 2010, t. X, pp. 1177-1181;

²⁴⁷ Parece apuntar en esta dirección O. CASANOVAS Y LA ROSA (“Art. 16.1”, *loc. cit.*, pp. 740-741). En este sentido, es significativo que, pese a haberse referido a la calificación *ex lege causae* como preferible en el ámbito interregional en su Trabajo del año 1972 (*vid. supra* n. núm. 175 e *infra* n. núm. 248); en su comentario al art. 16.1 del código civil no emplee ese término.

²⁴⁸ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 531-532; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 33; quien prefiere llamar a esta solución *lex civilis litis* (*vid.* también, más recientemente, *id.*, *loc. cit.*, pp. 289-290), término que también utiliza M.E. ZABALO ESCUDERO (Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 1275-1276. Ya con anterioridad, O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional...”, *loc. cit.*, p. 227.

²⁴⁹ *Vid.* A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, p. 139.

²⁵⁰ *Vid.* el ejemplo que plantea A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, p. 140.

lificación sobre otra²⁵¹; en definitiva, a través de una calificación unitaria que no suponga descansar únicamente en alguno de los Derechos españoles²⁵². Una vez designado el Derecho español que ha de regir el supuesto, la aplicación de éste ya debería ajustarse a sus propios criterios (calificación secundaria)²⁵³. Esta utilización de las categorías propias de cada Derecho español para la interpretación de las instituciones susceptibles de ser aplicadas, pero determinando la preferencia entre unas y otras a partir de criterios únicos sería la tercera aproximación posible y, desde nuestra perspectiva, la más adecuada.

62. En el caso del reenvío, y sin considerar los casos en los que existen conexiones tanto con varios Derechos españoles como con ordenamientos extranjeros²⁵⁴; la imposibilidad de diferenciar entre Derecho propio y extranjero impide que se planteen auténticos problemas de reenvío. Estos solamente aparecerían si asumiéramos la diferenciación entre los sistemas conflictuales de los Derechos civiles españoles (normas de conflicto comunes, pero no únicas, tal y como planteaba O. CASANOVAS Y LA ROSA) y se estableciera algún tipo de vínculo específico entre el tribunal y el Derecho del lugar en el que tiene su sede. En ausencia de estos elementos, lo que se da es la necesidad de articular las normas de Derecho interregional del Código Civil con las que determinan el ámbito de aplicación personal o territorial en algunos Derechos civiles españoles. No es, por tanto, el carácter unitario o no del sistema conflictual lo determinante para que exista la posibilidad de reenvío en la dimensión interna del sistema de DIPr; sino la unidad o pluralidad de las jurisdicciones; puesto que, porque existiendo unidad no es posible diferenciar entre las normas de conflicto del foro y las que no lo son²⁵⁵. En el caso de la regulación del art. 12.2 del CC, al establecer un tratamiento diferente a la remisión de la norma de conflicto extranjera al Derecho del foro (esto es, la ley española) y al Derecho extranjero, resulta también imposible por esta razón su aplicación en los supuestos internos; ya que el tratamiento de la remisión ha de ser el mismo sea cual sea el Derecho español al que remita la norma de conflicto

En nuestro caso, además, incluso aunque existieran jurisdicciones diferenciadas dentro de España, el reenvío no podría operar pues solamente en el Título Preliminar del Código Civil existen normas de conflicto bilaterales. Las restantes reglas que se ocupan de la aplicación personal o territorial de las normas civiles son unilaterales, por lo que no puede producirse, a partir de ellas, remisión a un Derecho diferente; por lo que faltaría un requisito para que pudiera operar el reenvío²⁵⁶.

63. La excepción de orden público tampoco puede operar en el ámbito interno. No solamente por la exclusión del art. 16.1.2ª del CC; sino porque, al igual que en los casos anteriores, se basa en la distinción entre Derecho del foro y Derecho foráneo que carece de sentido en el Derecho interregional. La doctrina ha venido rechazando la operatividad del orden público en la dimensión interna del sistema español de DIPr, aunque sobre la base del argumento de la falta de suficientes divergencias entre los diferentes Derechos españoles²⁵⁷. Estas es más improbable que se dieran en el momento en el que se pro-

²⁵¹ Este es un problema general en la calificación *ex lege causae*. Me remito a R. ARENAS GARCÍA, “Problemes d’aplicació”, en A. FONT I SEGURA/J.M. FONTANELLES MORELL/M. GARDEÑES SANTIAGO/G. GARRIGA SUAU (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 205-230, pp. 210-212.

²⁵² *Vid.* A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 141-143.

²⁵³ *Ibidem*, p. 143.

²⁵⁴ *Vid.* O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Art. 16.1”, *loc. cit.*, pp. 742-743; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 532.

²⁵⁵ La doctrina española, siguiendo aquí a E. VITTA (*op. cit.*, vol. 2, 1955, p. 244) pone el acento en que los diferentes Derechos en el estado plurilegislativo tengan reglas de conflicto propias que realicen remisiones de unos a otros. *Vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 59-60 (aunque luego considera a otros autores); M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 1278; o, simplemente, que no existen normas de conflicto de leyes al margen del Derecho estatal (*vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Art. 16”, *loc. cit.*, p. 169; N. MORALEJO IMBERNÓN, “Artículo 16”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *op. cit.*, pp. 126-129, p. 127. Como veremos, la Constitución española ha desplegado efectos relevantes en relación a esta cuestión.

²⁵⁶ *Vid.* E. VITTA, *op. cit.*, vol. 2, p. 244.

²⁵⁷ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 533; O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Art. 16.1”, *loc. cit.*, p. 744 (aunque advirtiendo que en el futuro podría plantearse su utilización si aumentan las divergencias entre las legislaciones españolas); y, ya con anterioridad a la reforma del título preliminar del año 1974, *id.*, “El Derecho interregional...”, *loc. cit.*, p. 229; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 77-79 y referencias allí contenidas; J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Art. 16”, *loc. cit.*, p. 169 (sobre la base de que antes de la Constitución de 1978 el legislador central y foral era el mismo, y dejando abierta

mulga la reforma del Título Preliminar del año 1974, toda vez que el legislador era el mismo para todos los Derechos españoles²⁵⁸; pero ni siquiera entonces podría descartarse totalmente la contradicción entre alguna previsión de un Derecho español y los valores fundamentales de otro de ellos; sobre todo si tenemos en cuenta que el legislador de 1974 no limitó la excepción a los casos de contradicción *manifiesta* entre el Derecho reclamado por la norma de conflicto y el orden público español²⁵⁹. Entiendo por ello que el argumento más claro para justificar la exclusión de la excepción en el Derecho interregional es la ausencia de ninguna ley extranjera que haya de ser contrastada con los valores fundamentales del foro.

Dejando aparte el argumento anterior, resultaría que la integración de los diferentes Derechos civiles españoles en un único ordenamiento jurídico exigiría que las contradicciones entre alguna norma de ese ordenamiento y sus principios fundamentales se resolvieran por los mecanismos de depuración propios de todo sistema jurídico, y no a través de los mecanismos del DIPr, que operan en relación con conflictos entre Derechos que no mantienen entre sí una relación estructural

64. Aparte de la calificación, el reenvío y el orden público, existen otras previsiones contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar que no podrían ser utilizadas en los conflictos internos. Las exigencias constitucionales, de las que nos aquí no nos ocuparemos refuerzan estas exclusiones; pero incluso sin necesidad del argumento constitucional, la igualdad entre los diferentes Derechos civiles españoles que, como vimos, había sido proclamada de manera expresa en el decreto 1836/1974 impediría la utilización de aquellas normas que se apartaran de la determinación del Derecho aplicable a partir de la utilización de normas de conflicto bilaterales; preferiblemente no materialmente orientadas; aunque se podría hacer una excepción en aquellas que persiguen un fin que podemos presumir compartido por todos los Derechos civiles españoles. Así sucedería, por ejemplo, con el *favor validitatis* que inspira el art. 11 del CC.

Entre las normas del capítulo IV, en su redacción de 1974, que no podrían aplicarse a los conflictos internos estaría el art. 8.2; en tanto en cuanto deberían respetarse las peculiaridades procesales que se recogen en los Derechos civiles españoles diferentes del común²⁶⁰. Tampoco el art. 9.6.III podría aplicarse, en tanto en cuanto supone una extensión en la aplicación del Derecho español²⁶¹. El segundo párrafo del art. 12.6 del CC, sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero, tampoco tendrá aplicación en el Derecho interregional en tanto en cuanto ninguno de los Derechos que pueden ser aplicados es extranjero²⁶².

65. Sí que es aplicable en el ámbito interno la figura del fraude de ley, haciéndose mención expresa a ello en la exposición de motivos del decreto 1836/1974. El argumento que ahí se utiliza es el de que el fraude de ley puede darse tanto en el ámbito internacional como en el interregional o, incluso, dentro de un solo Derecho²⁶³. Habría que subrayar, sin embargo, que no se trataría tanto de admitir la figura genérica del fraude de ley, sino la específica del art. 12.4 del CC, según la cual se considerará fraude la utilización de una norma de conflicto para eludir la aplicación de una norma imperativa española. Este fraude específico, en el que la ley de cobertura es una norma de conflicto, es el que se traslada

la posibilidad de que el problema pudiera plantearse en el futuro, aunque apunta que el problema debería reconducirse a la inconstitucionalidad de la norma que pudiera ser contraria al orden público); M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, pp. 1280-1281.

²⁵⁸ Tal y como destaca J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Vid.* n. anterior.

²⁵⁹ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.*, p. 533) destaca que una interpretación restrictiva de la excepción, de tal manera que operara solamente cuando la contradicción entre orden público y Derecho extranjero fuera manifiesta, haría improbable que operara en los conflictos interno

²⁶⁰ *Vid.* sobre tales particularidades, A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 75-82.

²⁶¹ Me remito a R. ARENAS GARCÍA, “Dimensión internacional...”, *loc. cit.*, p. 381, n. núm. 106; A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 117-118.

²⁶² *Vid.* O. CASANOVAS Y DE LA ROSA, “Art. 16.1”, *loc. cit.*, p. 745. Ese segundo párrafo del art. 12.6 fue derogado por la disposición derogatoria única de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE, 8-I-2000). El contenido equivalente se encuentra actualmente en el art. 281.2 de la LEC.

²⁶³ “Mientras no concurre igual circunstancia en el fraude de la ley que puede darse lo mismo en el plano de lo interestatal como en el interregional, así como también dentro de un solo ordenamiento o de una determinada legislación civil”.

al Derecho interregional; sin que haya que hacer ninguna adaptación especial; porque aquí ley española no ha de entenderse como *lex fori*; sino en su sentido literal, puesto que el contraste, a diferencia de lo que sucede tanto en el orden público como en el reenvío, no se produce con un Derecho extranjero, sino con el Derecho reclamado por la norma de conflicto, sea esta el que sea. Así entendido, ningún problema debería plantear, desde una perspectiva formal, la utilización de la figura en el Derecho interregional²⁶⁴, con independencia de las críticas que puedan plantearse a su utilización²⁶⁵.

Se plantea también la duda sobre la proyección de la excepción de interés nacional (art. 10.8 del CC)²⁶⁶ sobre los supuestos de Derecho interregional. La doctrina que se ha ocupado del tema parece inclinarse a su aplicación en los conflictos internos²⁶⁷; aunque -a mi juicio- lo relevante para determinar si la figura es aplicable en el ámbito interno es si el desplazamiento de la ley que regula la capacidad con carácter general se hace en favor de la ley del lugar de celebración del contrato, sea éste cual sea, o tan solo en beneficio de la ley española en tanto que *lex fori*. Si fuera esto último, por las mismas razones que no es aplicable en el ámbito interregional el art. 9.6.III del CC (incluso sin atender a razones constitucionales, a partir tan solo de la igualdad entre los diferentes Derechos españoles que resulta de la reforma de 1974) no podría aplicarse en el Derecho interregional la figura de la excepción de interés nacional. Obviamente, en la actualidad, y tras la reforma del art. 10.8 operada por la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁶⁸, dado el carácter bilateral de la figura sí sería trasladable al Derecho interregional.

5. Derecho interregional y dimensión externa del DIPr

66. El Derecho interregional en sentido estricto regula los supuestos internos a España, pero conectados con diversos Derechos civiles españoles. Sucede, sin embargo, que en los supuestos internacionales en que resulta aplicable el Derecho español es necesario identificar cuál es el Derecho español aplicable²⁶⁹. Tal como habíamos visto, la redacción del Código Civil en el año 1889 no parecía percibir este problema, puesto que, aparentemente, limitaba los conflictos internos a aquellos en los que participaban españoles²⁷⁰. En el año 1974, sin embargo, ya se incluyó el art. 12.5, sobre remisión de la norma de conflicto a estados plurilegislativos, que tiene valor general y del que, por tanto, no nos ocuparemos aquí en detalle²⁷¹; pero que también se proyecta sobre el caso que nos ocupa, la determinación del Derecho español aplicable en un supuesto internacional cuando la norma de conflicto remite a nuestro ordenamiento. Es más, la opción por la remisión indirecta como primera solución para este problema de aplicación seguramente tiene relación con el hecho de que el Derecho español sí contiene reglas que resuelven los conflictos internos de leyes²⁷². De esta forma, la previsión del art. 12.5 del CC

²⁶⁴ Vid. O. CASANOVAS Y DE LA ROSA, “Art. 16.1”, *loc. cit.*, pp. 745-746; M.E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 1”, *loc. cit.* Pp. 1281-1282.

²⁶⁵ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, pp. 49-74, pp. 63-68; A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 145-151.

²⁶⁶ Sobre la figura, *vid.* por todos A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, vol. XXXI, núms. 1-2, 1978-1979, pp. 111-137.

²⁶⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218 (accesible electrónicamente, <https://revistas.um.es/analesDerecho/article/view/83441/80471>).

²⁶⁸ *BOE*, 3-VI-2004.

²⁶⁹ Vid., por ejemplo, A. FONT I SEGURA, “Supuestos internacionales en los que debe determinarse el Derecho civil español aplicable”, *AEDIPr*, 2014-2015, t. XIV-XV, pp. 1211-1214.

²⁷⁰ Vid. *supra* núm. 35.

²⁷¹ Sobre este precepto, por todos, *vid.* M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El artículo 12.5º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *RGLJ*, 1978, año CXXVII, 2ª época, t-LXXVII (246), pp. 59-75; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Artículo 12, apartado 5”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 943-973.

²⁷² Aunque existen dudas sobre si el precepto pretendía resolver los casos en los que fuera el Derecho español el aplicable, *vid.* A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 192-193; aunque se defiende su aplicación, aunque nada más fuera por vía de analogía (*ibidem*, p. 193).

podría operar cuando el Derecho designado es el español; pero se plantearían dificultades cuando dicho Derecho fuera el de un estado que no tuviera normas equivalentes a las contenidas en el capítulo V del Título Preliminar del Código Civil.

Al margen de este precepto, sin embargo, no se incluyen más reglas sobre la determinación del Derecho español aplicable en los supuestos internacionales; lo que deja sin resolver supuestos que la práctica de las siguientes décadas han ido mostrando; en algunos de los casos, como consecuencia de la derogación del principio de unidad familiar; un principio que, al sujetar a todos los miembros de la familia a la ley personal del marido y padre, limitaba las situaciones en las que las normas de conflicto eran incapaces para identificar un Derecho aplicable. La determinación del Derecho aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges es un buen ejemplo de ello²⁷³. Aún sin contar con estos ejemplos, sin embargo, ya en la redacción en vigor en el año 1974 se daban potenciales conflictos que no quedaban bien resueltos por la regulación existente.

67. Así, podían plantearse problemas cuando el Derecho español resultaba aplicable a partir del reenvío de retorno²⁷⁴, dado que, inevitablemente, el punto de conexión utilizado por la norma extranjera no sería el mismo que el elegido por el legislador español, tanto para la resolución de los conflictos internacionales como de los internos. Así, por ejemplo, en un caso de sucesiones en el que la norma de conflicto del país de la nacionalidad del causante remita al Derecho español será porque utiliza en materia de sucesiones una conexión diferente de la nacionalidad; mientras que en el caso del Derecho interregional español los conflictos de leyes en materia sucesoria se resuelven a partir de la aplicación de la ley que se corresponda con la vecindad civil del causante; cuando en este caso el causante no será nacional español y, por tanto, no tendrá ninguna vecindad civil. Ante esta situación se ha defendido aplicar el Derecho español que se corresponda con la residencia del causante²⁷⁵. Aunque también podría defenderse que se identificara el Derecho civil español aplicable a partir de la consideración del punto de conexión que ha remitido al Derecho español (remisión directa); habiéndose aplicado, incluso, otras soluciones²⁷⁶. Como puede verse, la ausencia de regulación de este problema en el Título Preliminar origina una cierta inseguridad jurídica.

Estrictamente, el problema se plantearía también cuando el Derecho español es el designado directamente por la norma de conflicto; pero en este caso la aplicación del art. 12.5 del CC (por vía directa o analógica)²⁷⁷ resolvería la dificultad en la mayoría de las ocasiones, ya que los puntos de conexión territoriales que pudiera utilizar la norma de conflicto permitirían identificar un Derecho español aplicable, y en los supuestos en los que el Derecho español resultara aplicable a partir de la conexión nacionalidad, siendo la persona relevante nacional español, de acuerdo con lo previsto en el art. 16.1.1º del CC se aplicaría el Derecho designado por su vecindad civil. Se mantendrían como problemáticos, sin embargo, aquellos casos en los que se exigiera una ley personal común; que podría existir a partir de la nacionalidad de los interesados, pero no según su vecindad civil. Tal y como se ha avanzado, este es un problema que se ha dado, sobre todo, a partir de las reformas del Título Preliminar que, de acuerdo con el principio de igualdad de género, pusieron final al principio de unidad en materia de estatuto familia .

68. Aparte de los casos que se han señalado, también son problemáticos aquellos otros en los que el Derecho español es aplicable por la elección de los interesados²⁷⁸. También en el caso del art. 11.3 sobre ley aplicable a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios

²⁷³ Vid. sobre esta cuestión, M.E. ZABALO ESCUDERO, "Artículo 16, apartado 3", en M. AL ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *op. cit.*, pp. 1301-1315.

²⁷⁴ Advertía este problema O. CASANOVAS Y LA ROSA, "Art. 16.1", *loc. cit.*, pp. 742-743.

²⁷⁵ Vid. A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, p. 194 y referencias contenidas en n. núm. 403.

²⁷⁶ Vid. A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, pp. 195-196.

²⁷⁷ Vid. A. FONT I SEGURA, *op. cit.*, p. 185. No creo que pueda descartarse una aplicación directa, ya que el art. 12.5 del Código Civil se aplica cuando la norma de conflicto "remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos"; sin exigir que se trate de un Estado extranjero, por lo que la remisión al Derecho español, literalment, estaría cubierta por el art. 12.5.

²⁷⁸ Art. 10.5 del código civil, por ejemplo.

diplomáticos o consulares de España en el extranjero o cuando se trata de un acto realizado a bordo de buques o aeronaves. No existe solución para estos problemas y cualquiera que pasara por dar preferencia a uno de los Derechos civiles españoles sobre otros; en función, por ejemplo, de que uno sea el considerado común, sería contrario ya no solo a principios constitucionales, sino al principio de igualdad entre todos los Derechos españoles que, como hemos visto, inspiró la reforma de 1974.

Además, también debería determinarse el Derecho español aplicable en los casos en los que resulte aplicable bien por la contradicción del Derecho extranjero con el orden público español (art. 12.3 del CC) o cuando el Derecho extranjero no haya sido probado de forma suficiente

Finalmente, ha de mencionarse tan solo, remitiéndonos por lo demás a la contribución de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS sobre la incidencia de los tratados internacionales; que los diferentes instrumentos internacionales ratificados por España en las últimas décadas tienen una influencia considerable en este problema, en tanto en cuanto son aplicables a los casos conectados con varios ordenamientos en los que resulte aplicable el Derecho español; debiendo estarse a las soluciones contenidas en el instrumento para la identificación de la ley española aplicable. Estos instrumentos, sin embargo, no serán aplicables, en principio, a los casos puramente internos, donde seguirían rigiendo las soluciones del Título Preliminar del Código Civil.

VI. Conclusión

69. La reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 supuso un punto de inflexión en la plurilegislación española. Tal y como se ha intentado mostrar, desde la Baja Edad Media se había desarrollado un proceso de integración de los Derechos locales y de acercamiento entre los sistemas jurídicos de las diferentes entidades políticas que coexistían en lo que ahora es España. En las décadas que precedieron al Código Civil de 1889 se percibió por primera vez que el impulso codificador que había supuesto la transformación de la mayoría de los Derechos europeos podría no concluir con la unificación del Derecho civil español. En el año 1889, sin embargo, aún existía el plan para proceder a esa integración en el futuro. Los años centrales del siglo XX, sin embargo, confirmaron la dificultad de la tarea y se asumió ya como positiva la existencia de una pluralidad de Derechos civiles en España; lo que dotaba de mayor relevancia al Derecho interregional; toda vez que en el futuro la articulación de los diferentes sistemas de Derecho privado en España precisaría un sistema regulador de los conflictos internos completo y riguroso.

Las soluciones del Derecho interregional en 1974 eran, por tanto, más completas y mejores técnicamente que las heredadas de la redacción originaria del Código. Se beneficiaban, además, del crecimiento de la doctrina internacionalista y de las mejoras en la comprensión del sentido y funcionamiento de las normas de conflicto. A pesar de ello, como hemos visto, aún planteaban lagunas y deficiencias aunque mucho menores que las que podían identificarse la versión original del Código Civil. Las mejoras afectaban tanto a las normas de conflicto, a la regulación de la vecindad civil y a la solución de problemas específicos de Derecho interregional que no tenían equivalente en los conflictos internacionales de leyes.

70. La regulación del Derecho interregional en el Título Preliminar del Código Civil, pese a las mejoras técnicas señaladas; es continuista en los principios esenciales que ya se habían sentado en 1889. Así, el sistema descansa sobre la remisión a las normas de conflicto que regulan los supuestos internacionales; el eje de regulación es la ley personal y en los conflictos internos esta ley personal es la vecindad civil. Se trata de opciones que tienen sus raíces en un determinado momento histórico (último tercio del siglo XIX) marcado por el principio de la nacionalidad de las leyes de MANCINI y ciertos planteamientos de la Escuela Histórica del Derecho que arraigaron con fuerza en España.

En el trasfondo de la regulación se aprecia, además, una cierta tensión entre la búsqueda de la unidad del sistema jurídico y el mantenimiento de elementos que doten de singularidad a cada uno de los Derechos españoles. En este sentido, el mantenimiento, en los Derechos civiles españoles diferentes del común, de normas sobre su ámbito de aplicación territorial o personal que pueden alterar el funcionamiento de las normas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil tiene una gran relevancia. La

forma en que se entiende la articulación entre unas y otras normas no es completamente ajena al intento de mantener una vinculación especial de los tribunales con el Derecho del territorio en el que se encuentra su sede. La unidad de la jurisdicción española; entendida como la igual vinculación de cualquier órgano jurisdiccional con cualquiera de los Derechos españoles, con independencia del lugar en el que radique, puede ser puesta en duda, tanto por la forma en que se entienda que han de aplicarse las normas sobre determinación del ámbito de aplicación de los diferentes Derechos españoles, como por el tratamiento de ciertos problemas de aplicación de la norma de conflicto (calificación, reenvío y orden público).

La promulgación de la Constitución de 1978 y la creación del estado autonómico, que quedan al margen del contenido de esta contribución, han influido en la evolución de los problemas que aquí se apuntan; pero el principio de igualdad entre los diferentes Derechos civiles españoles, que exige una particular configuración del sistema de Derecho interregional, ya se encuentra en la versión del Título Preliminar promulgada en 1974; por lo que la evolución del último medio siglo no supone una ruptura respecto a aquel texto; sino la profundización en sus características estructurales. El elemento añadido más importante, la vinculación de los diferentes Derechos civiles españoles con legisladores diferentes del central no hace más que recuperar elementos históricos cuyo reflejo, en cierta forma, sobrevivió durante siglos pese a un centralismo que, en algunos aspectos, fue menor del que a veces se pretende.

Modificaciones del Capítulo I , posteriores a la Constitución Española

Amendments To Chapter IV, subsequent to The Spanish Constitution

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Aceptado: 11.12.2024 / Recibido: 14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9355

Resumen: En este trabajo se analizan las modificaciones que han experimentado los artículos del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, tras la entrada en vigor de la Constitución española. Este Capítulo IV está formado por cinco preceptos, de los cuales, el artículo 9 es el que más cambios ha sufrido, precepto que recoge las normas de conflicto de producción interna en materia de familia. El artículo 10, que contiene normas de conflicto en materia patrimonial, ha sido modificado sólo en relación con uno de sus apartados, justo aquel que no es norma de conflicto y se encarga de establecer una excepción respecto de la capacidad de las personas físicas para contratar (art. 10.8). El artículo 11, dedicado a determinar la ley aplicable a la forma de los actos jurídicos, no ha sido modificado en todos estos años. Y, el artículo 8, que no es norma de conflicto, ni de Derecho internacional privado, sino que lo es, de Derecho público, y el artículo 12, que resuelve problemas de aplicación de las normas de conflicto, han sido objeto de modificaciones menores y de mínima importancia porque, en ambos casos, se ha suprimido parte del contenido, que ha sido trasladado a otro texto normativo, en concreto, a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Junto con el análisis de los cambios experimentados en la redacción de estos preceptos, el trabajo termina con unas conclusiones que recogen la justificación, la operatividad y el sentido del actual contenido de los artículos.

Palabras clave: Capítulo IV Título Preliminar Código Civil, modificación es, artículo 8 Código Civil, artículo 9 Código Civil, artículo 10.8 Código Civil, artículo 12.6 Código Civil.

Abstract: This paper analyses the modifications of the articles of Chapter IV of the Preliminary Title of the Civil Code after the entry into force of the Spanish Constitution. This Chapter IV is made up of five precepts, Article 9 is the one which has undergone the most changes, precept which contain the conflict rule in family matters. Article 10, which contains conflict rules in property matters, has been modified only in relation to one of its paragraphs, the one that is not a conflict rule and is responsible for establishing an exception with respect to the capacity of natural persons to contract (Article 9.8). Article 11, which determines the law applicable to the form of legal acts, has not been amended in all these years. And Article 8, which is not a conflict rule, nor of private international law, but a rule of public law, and Article 12, which solves technical problems in the application of the conflict rule, have

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa "Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN), del que son IP los profesores J. Carrascosa y E.Castellanos.

been subject to minor modifications of minimal importance because, in both cases, part of the content has been deleted and transferred to another law, specifically, to the Civil Procedure Act. Together with the analysis of the changes, the work ends with some conclusions about the justification, operability and sense of the current content of the precepts.

Keywords: Chapter IV Preliminary Title Civil Code, amendments, Article 8 Civil Code, Article 9 Civil Code, Article 10.8 Civil Code, Article 12.6 Civil Code.

Sumario: I. Introducción; II. Normas principales que han sido el origen de las modificaciones III. Artículo 8 CC: Norma de Derecho público; IV. Artículo 9 CC: Normas de conflicto en materia de familia; 1. Artículo 9.1 CC: Estatuto personal; 2. Artículos 9.2 y 9.3 CC: Efectos del matrimonio; A. Normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio; a) Ley aplicable a matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990; i) Inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 9.2 y 9.3 CC; ii) Ley aplicable al régimen económico matrimonial de estos matrimonios; b) Ley aplicable a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la CE; B. Norma de conflicto en materia de crisis matrimoniales; 3. Artículo 9.4 CC: Filiación; 4. Artículo 9.5 CC: Adopción; 5. Artículo 9.6 CC: Medidas de protección de las personas; 6. Artículo 9.7 CC: Alimentos; 7. Artículo 9.8 CC: Sucesiones; 8. Artículos 9.9, 9.10 y 9.11 CC: Doble nacionalidad; V. Artículo 10 CC: Normas de conflicto en materia patrimonial; VI. Artículo 12 CC: Normas de aplicación; VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En este merecido recuerdo del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, con cincuenta años ya de vigencia, corresponde ahora echar la vista atrás y conocer todas las modificaciones que ha experimentado después de la entrada en vigor de la Constitución española, el 29 de diciembre de 1978¹.

Es importante conocer cuál ha sido la evolución de los preceptos hasta la redacción que tienen en la actualidad porque, como dice mi maestro, *todo lo que no tiene una explicación lógica, tiene una explicación histórica*. En la historia de las normas se entiende el sentido que tienen en el presente.

2. Desde esa fecha, 29 de diciembre de 1978, y hasta la actualidad, cuatro de los cinco preceptos que conforman el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, todos menos el artículo 11, han sido objeto de diferentes modificaciones, algunas de las cuales, las más remotas en el tiempo, debido, como no podía ser de otra manera, a la aplicabilidad de la Constitución española.

3. De todos ellos, el artículo 9 es el que más cambios ha sufrido. Este precepto, el encargado de recoger, fundamentalmente, las normas de conflicto de producción interna en materia de familia, es el que ha sido objeto de mayores y más profundas modificaciones.

II. Normas principales que han sido el origen de las modificaciones

4. La norma más importante que ha determinado el contenido del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil es la Constitución española de 1978. No vamos a profundizar en esta norma y en lo que ha supuesto para este Capítulo IV porque hay un trabajo, anterior a este, que se encarga de esto precisamente.

5. Sin embargo, no queremos dejar pasar la ocasión para mencionar, siquiera como ejemplo, el cambio en el artículo 9.2 CC, originado por la entrada en vigor de la Constitución española.

Así, como se verá más adelante, en la versión del año 1974, este precepto indicaba que *“Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”*. Con la Constitución, la conexión por defecto del precepto, la nacionalidad del marido, devino inconstitucional y tuvo que ser

¹ Constitución española, BOE núm. 311.1, de 29 diciembre 1978.

modificada por otra que fuera compatible con la Carta magna². Si bien, ese cambio no se produjo hasta el año 1990, con la Ley 11/1990³.

6. Otra norma que ha estado en el origen de algunos cambios de este Capítulo IV ha sido la actual Ley de enjuiciamiento civil⁴. El artículo 2.1º de la Disposición derogatoria única de esta ley indica que, entre otros, el apartado segundo del artículo 8 y el párrafo segundo del artículo 12.6 quedan derogados a partir de la entrada en vigor de la norma, en concreto, a partir del 8 de enero del 2001⁵.

7. Por su parte, otra norma importante que justifica las transformaciones que ha sufrido el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil tras la Constitución española es la Ley 8/2021⁶. Este texto ha modificado el párrafo segundo del artículo 9.6 y el artículo 10.8.

8. Estas son las leyes que más han intervenido en los cambios que ha tenido el Capítulo IV, cambios que analizaremos en los apartados siguientes. Si bien es verdad que, además de las tres mencionadas, otras normas también han determinado el contenido, en este caso, del artículo 9 CC, precepto que, como ya se ha mencionado, más modificaciones ha sufrido de los cinco

III. Artículo 8 CC: Norma de derecho público

9. Este precepto 8 del CC tiene el siguiente tenor literal en la actualidad. Según el artículo, “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

10. Tal como ya se ha comentado, este artículo sólo ha sufrido un cambio después de la Constitución española. Esta modificación ha sido la derogación del apartado 2 del precepto, establecida por el artículo 2.1ª de la Disposición derogatoria única de la Ley de enjuiciamiento civil.

El apartado 1 del artículo también fue modificado, eso sí, antes de la promulgación de la Constitución, lo fue, respecto de la versión original de 1889. Así, en esa fecha de 1889, el artículo 8 establecía que “*Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español*” y, posteriormente, con la creación del Capítulo IV del Título Preliminar, el tenor literal pasó a ser el que tiene en la actualidad, sustituyendo “*habiten*” por “*hallen*” y poniendo de manifiesto que lo importante no es que el sujeto *habe* en España para que se le apliquen las normas de Derecho público español sino que lleve a cabo actuaciones en nuestro territorio que se encuentren cubiertas por estas normas penales, de policía y de seguridad.

11. Volviendo al apartado 2, en su versión del año 1974, el artículo 8.2 estipulaba que “*las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España*”⁷.

La Ley de enjuiciamiento civil incorporó el artículo 3 en el que se recoge el principio *lex fori regit processum*, precepto que hacía innecesario, por reiterativo, el hasta entonces vigente artículo 8.2 del

² STC 39/2002, de 14 febrero, ECLI:ES:TC:2002:39.

³ Ley 11/1990, de 15 octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250/1990, de 18 octubre 1990).

⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, BOE núm. 7 de 8 enero 2000.

⁵ La Disposición final vigésimo novena de la Ley indica que entrará en vigor al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE núm. 132, de 3 junio 2021.

⁷ STS de 21 junio 1991, FD Tercero (RJ 1991\4570); STS de 23 octubre 1992, FD Segundo (ECLI:ES:TS:1992:7926); STS de 8 abril 2005, FD Segundo (ECLI:ES:TS:2005:2122). Esta última sentencia alude tanto al derogado 8.2 del CC como al vigente artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Código Civil⁸. El artículo 3 mencionado establece que “*Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”.

12. Este artículo, pese a no ser norma de Derecho Internacional Privado porque se trata de una disposición de Derecho público, se encuentra ubicada en este Capítulo IV del Título Preliminar, dedicado precisamente a las normas de Derecho Internacional Privado, porque “*fue redactado originariamente en 1889 por un legislador que creía que la función del Derecho Internacional Privado era precisar el ámbito de aplicación espacial de todas las leyes del Estado. Incluidas, naturalmente, las normas de Derecho público*”⁹.

IV. Artículo 9 CC: normas de conflicto en materia de familia

13. Como ya se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo del trabajo, este artículo 9 es el que más modificaciones ha sufrido tras la Constitución española.

Este precepto recoge las normas de conflicto de producción interna españolas en materia de familia.

1. Artículo 9.1 CC: Estatuto personal

14. El primer apartado del artículo 9 no ha sido cambiado posteriormente a la entrada en vigor de la Constitución.

15. El tenor literal del precepto es el mismo que ya tenía en el año 1974, cuando se introdujo este Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil¹⁰. Antes y ahora, el artículo 9.1 establece que “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”.

16. Se trata de un artículo que, aunque de *iure* no haya tenido ninguna modificación en su contenido, de facto, su ámbito de aplicación material se ha reducido drásticamente por la existencia de normas reguladoras de algunas de las cuestiones a las que alude el precepto¹¹. Esto es lo que H. BATIFFOL llama *una crisis del estatuto personal*¹².

⁸ M. REQUEJO ISIDRO, “Artículo 8”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 70.

Vid., en relación con el artículo 3 LEC, E. CASTELLANOS RUIZ, “La ley aplicable al proceso y el art. 3 LEC 1/2000”, *AEDIP*, nº 1, 2001, pp. 239-250.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 516.

¹⁰ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, BOE núm. 163, de 9 julio 1974.

¹¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 9.1”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 71-72.

¹² H. BATIFFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Según este autor, las dos razones que motivan la crisis del estatuto personal son el cambio de la conexión nacionalidad y la labor de las instituciones internacionales en la elaboración de normas de origen supranacional, instituciones como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Y, además, en palabras del autor, “*Los dos movimientos [la modificación de la nacionalidad como conexión y la reducción de las materias que conforman el estatuto personal] se encuentran vinculados, puesto que, mientras la nacionalidad ha sido considerada como el factor más apropiado para determinar la ley personal, ha existido un estatuto personal sólido con un amplio ámbito. A partir del momento en que se duda y se pregunta si el domicilio,*

Así, la sucesión por causa de muerte, internacional, no se encuentra regulada por la ley nacional en virtud del artículo 9.1 CC. La ley aplicable a la sucesión es la determinada por el Reglamento 650/2012, para fallecimientos posteriores al 17 de agosto de 2015, y por el artículo 9.8 CC, para el resto¹³. Esa materia desaparece de facto del contenido del artículo 9.1 CC desde el mismo momento de su nacimiento, en el año 1974, por la existencia del artículo 9.8 CC, en ese mismo año 1974, y, posteriormente, por la aplicabilidad del Reglamento europeo de sucesiones, en el año 2015¹⁴.

17. Por otra parte, la creación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y los 11 apartados del artículo 9, así como, la elaboración o adhesión a convenios internacionales, han hecho que todos los derechos y deberes de familia queden desgajados del artículo 9.1 CC y pasen a estar regulados por estas normas. En realidad, como ya se ha comentado en relación con la sucesión, el precepto nació ya derogado en lo que se refiere a muchas de las materias a las que alude. Así es, la elaboración del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil supuso que viera la luz el artículo 9.1 y, también y a la vez, el resto de apartados del precepto 9 reguladores de los derechos y deberes de familia.

Efectivamente, los efectos del matrimonio se encuentran recogidos en los artículos 9.2 y 9.3 CC, siempre que el matrimonio se haya celebrado antes del 29 de enero de 2019 y que no haya habido elección de ley válida posterior a esta fecha, en cuyo caso, sería aplicable el Reglamento 2016/1103¹⁵.

Los derechos y deberes de la filiación, natural o adoptiva, vienen determinados por la ley a la que remiten los artículos 9.4 y 9.5 CC, respectivamente. Si bien, en el caso de la filiación natural, el Convenio de La Haya de 1996 será el aplicable cuando el menor lo sea de 18 años, según su ley nacional¹⁶.

Las medidas de protección que pueden adoptarse sobre los menores las establece el ordenamiento que designa el Convenio de La Haya de 1996. Y las medidas de apoyo a los discapacitados mayores de edad se encuentran en la ley que determina el artículo 9.6 CC.

Por su parte, la norma de conflicto en materia de obligaciones de alimentos es, actualmente, el Protocolo de La Haya de 2007¹⁷. El artículo 9.7 CC remite a este texto, y a aquel que le sustituya, en este tema.

18. La aparente incongruencia puesta de manifiesto en el párrafo anterior, no lo es tanto. Si bien es verdad que los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte no se encuentran regulados, desde el primer momento de la entrada en vigor del precepto, por la ley nacional en virtud del artículo 9.1 CC, si lo estaban, en ese momento, por la ley nacional a la que remitían el resto de apartados del precepto 9. Esto es, en el año 1974, la conexión nacionalidad era la más utilizada por el legislador español y la recogió en todos los apartados dedicados a derechos y deberes de familia y a las sucesiones¹⁸. Por tanto, la ley aplicable a los derechos y deberes de familia y a la sucesión por causa de muerte era la

o incluso la residencia, no serán preferibles a la nacionalidad, entonces nos encontramos ante una conexión débil con la consiguiente restricción del ámbito de aplicación de la ley personal? (H. BATIFFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 19).

¹³ Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L201, de 27 julio 2012

¹⁴ El artículo 9, en la versión original de 1889, disponía que “*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*”.

¹⁵ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.

¹⁶ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE núm. 291, de 2 diciembre 2010.

¹⁷ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>.

¹⁸ *Vid.*, por todos, A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 186-202.

Tal como pone de manifiesto alguna autora, la nacionalidad permite mantener a las personas vinculadas con su propia cultura, con los principios fundamentales de su identidad nacional, en este último caso, reproduciendo lo dicho en la Exposición de Motivos de un Convenio entre Francia y Marruecos, en materia de familia, de 10 de agosto de 1981 (H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, tomo 226, 1991, p. 220).

ley de la nacional, pero no porque así lo dispusiera el artículo 9.1 CC, sino porque así lo establecían los demás apartados del artículo 9.

Con la reforma del Título Preliminar del Código Civil y la aparición del Capítulo IV del mismo y, con él, del artículo 9, con sus once apartados, la ley aplicable al estado civil y capacidad de las personas físicas, y a alguna cuestión más del estatuto personal, era, y es, la de la nacionalidad de las mismas (art. 9.1), los efectos del matrimonio se regían por la ley nacional común de los esposos (art. 9.2 y 9.3), las relaciones paterno-filial venían determinadas en la ley nacional del padre (art. 9.4), la ley nacional común de los adoptantes era la reguladora de la adopción (art. 9.5), las medidas de protección del incapaz venían determinadas por la ley nacional de éste (art. 9.6), las obligaciones de alimentos entre parientes se establecían por la ley nacional común de alimentista y alimentante (art. 9.7) y, por último, la sucesión por causa de muerte se encontraba regulada por la ley de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento (art. 9.8)¹⁹. Ley nacional, en todo caso.

2. Artículos 9.2 y 9.3 CC: Efectos del matrimonio

19. En este apartado analizaremos conjuntamente los artículos 9.2 y 9.3, ya que, en lo que se refiere a los efectos del matrimonio, son los dos preceptos que se ocupan de su regulación.

Además de esta materia, el segundo párrafo del artículo 9.2 establece la ley aplicable a la crisis matrimonial, remitiendo, para ello, al precepto 107 del Código Civil.

20. Vamos a extendernos y profundizar en el contenido y funcionamiento de estas normas de conflicto, en su regulación de los efectos del matrimonio, para, así, tener un ejemplo de la evolución y aplicación en los distintos momentos de este precepto 9 del Código Civil.

A. Normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio

21. El artículo 9.2 CC, en su redacción actual, dispone que “*los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio*”.

Por su parte, el artículo 9.3 CC prescribe que “*los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*”. Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada hacia la validez de los pactos o capitulaciones²⁰. Buscando este objetivo material, el precepto ofrece varias leyes conforme a las que puede ser válido el pacto o las capitulaciones, indicando que es suficiente con que lo sea en relación con cualquiera de ellas

22. La relación entre ambos preceptos indica que el artículo 9.2 CC se va a aplicar a los efectos económicos del matrimonio –además de a los efectos personales– y el artículo 9.3 CC puede ser utili-

¹⁹ Además del estado civil y la capacidad de las personas físicas, la declaración de ausencia y fallecimiento, la mayor y menor edad, el sexo y la emancipación, son las materias que conforman el estatuto personal regulado por la ley de la nacionalidad en virtud del artículo 9.1 CC (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. III dedicado al Derecho de Familia Internacional (I), Edisofer, Madrid, 2024, p. 30).

²⁰ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 143; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 9.1”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 74.

zado en relación con estos cuando las partes otorguen capitulaciones matrimoniales²¹. Por lo tanto, el artículo 9.2 CC proporciona un único ordenamiento para todos los efectos del matrimonio. Así es, en esta materia existe el principio de unidad ley, según el cual, todos los efectos van a quedar regulados por la misma normativa, la determinada por el artículo 9.2 CC; salvo que las partes decidan que su régimen económico matrimonial quede regulado por otra ley en virtud del artículo 9.3 CC²².

Debemos distinguir, por tanto, dos situaciones. Por un lado, cuando las partes no pactan nada en relación con los efectos patrimoniales, el artículo 9.2 CC se va a ocupar de determinar el régimen económico matrimonial legal. Por otro lado, si existen capitulaciones matrimoniales, el artículo 9.2 CC sería el aplicable y, si la ley a la que lleva este precepto no da validez a los pactos económicos hechos por las partes, se debería acudir al resto de conexiones que ofrece el artículo 9.3 CC²³. Dicho con otras palabras, ambos preceptos confluyen cuando se trata de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado. En este caso, la relación entre ellos es de jerarquía, primero se aplicará el artículo 9.2 y, después, si según este artículo las capitulaciones matrimoniales no son válidas, se podrá acudir al precepto 9.3²⁴.

²¹ Con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, la ley sucesoria se aplica, también, a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y, por tanto, la remisión que realiza el artículo 9.8 CC a la aplicación del Derecho rector del régimen económico matrimonial para los derechos sucesorios del contrayente supérstite, ya no puede tenerse en cuenta.

²² Ambos preceptos, recordamos, serán aplicados para determinar el Derecho rector del régimen económico matrimonial en los supuestos de nupcias celebradas antes del 29 de enero de 2019 y cuando no haya habido elección de ley posterior a esta fecha. Si el matrimonio se ha celebrado, o ha habido elección de ley, posteriormente al 29 de enero de 2019, será aplicable el Reglamento europeo 2016/1003 (art. 69.3 Reglamento) (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 32-34; Id., “Capítulo XII: El régimen patrimonial, de matrimonios y parejas de hecho registradas, en el Derecho Internacional Privado Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. III dedicado al Derecho de Familia Internacional (I), Edisofer, Madrid, 2024, pp. 287-368; H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *JDI Clunet*, nº 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, “Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Deffrénois*, nº 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 5; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223.

No se aplicará, por tanto, a elecciones de ley realizadas antes del 29 de enero de 2019, aún cuando las partes hayan acordado que tengan efectos después de esa fecha (D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 196).

²³ En contra, P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 5. Para este autor, el artículo 9.3 CC se aplica cuando existe régimen económico matrimonial pactado y el 9.2 cuando no lo hay.

²⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 236-239; RDGRN de 13 noviembre 2015, FD III y IV (JUR 2016\115973).

En contra, M. AMORES CONRADI, para quien “actualmente la diferencia de contenido entre los nº 2 y 3 del art. 9 no se encuentra en que se refieran a distintos conceptos, pues el supuesto del nº 3 no es sino una fracción del de su precedente, sino en que se refieren a hipótesis distintas: que haya o no pacto específico de los cónyuges sobre su régimen económico matrimonial. Con esta ordenación, y aunque el orden seguido por el legislador sea al opuesto, lo primero que debe examinarse es si existe o no pacto entre los cónyuges, si tiene validez y con qué límites, su régimen jurídico y sólo después procederá examinar la norma más general, que viene a cumplir una función subsidiaria” (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 43). Para este autor la explicación de que el artículo 9.3 CC remita a la ley de los efectos se encuentra en que, a través del primero, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad material y elaborar pactos que serán válidos si la ley de los efectos les da validez (*vid.*, en este sentido, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 228-229).

23. Aunque la relación que hemos comentado entre el artículo 9.2 y el artículo 9.3 CC exige una jerarquía entre ambos preceptos, en realidad, se llegaría al mismo resultado si los efectos económicos otorgados por las partes quedaran regulados, directa y únicamente, por el artículo 9.3 CC²⁵. Efectivamente, las capitulaciones matrimoniales o pactos económicos, según el art. 9.3 CC, serán válidos si la ley de los efectos (art. 9.2 CC) o la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes, así lo consideran. Al estar contenido el artículo 9.2 CC en el artículo 9.3 CC, se podría ir directamente a este segundo precepto para ver la validez de los pactos económicos. Otra cosa diferente es que las capitulaciones matrimoniales sean válidas conforme a varias de las leyes contenidas en el artículo 9.3 CC, entre ellas, la de los efectos. En este supuesto sí debería haber jerarquía y la ley aplicable a dichas capitulaciones debería ser la de los efectos²⁶.

24. La AP de Barcelona, *ad ex.*, aplicó el artículo 9.2 CC a las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges y lo hizo afirmando que “*cabe distinguir entre los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC [LEG 1889, 27]) que se rigen por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en su defecto por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, a su falta por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y a falta de dicha residencia por la del lugar de celebración del matrimonio. Indudablemente en cuanto a los efectos del matrimonio habría que estar a la ley uruguaya, pues en última instancia es el único fuero de conexión que aparece como indubitado puesto que allí celebraron el matrimonio los ahora con- tendientes, allí otorgaron capitulaciones matrimoniales y allí fijaron su primera residencia siquiera posteriormente se trasladaron a El Cairo, dada la profesión de hostelería del esposo que deambula de un país a otro*”²⁷.

25. Una vez explicada la regulación, la aplicabilidad y la relación entre ambos preceptos, vamos a estudiar la evolución en el contenido de los artículos, porque, es así, estos preceptos han tenido varias redacciones a lo largo de sus años de existencia.

26. En la versión original del Código civil de 1889 no existía un artículo 9.2 relativo a la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Tenemos que esperar al año 1974 para disponer de una norma de conflicto específicamente prevista en esta materi

El artículo 9 del Código Civil, en su versión original, hacía referencia a que “*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*”.

Teniendo en cuenta la redacción de este precepto, junto con el principio de que *la mujer casada seguirá la condición del marido*, del entonces artículo 15 CC, así como lo dispuesto en el antiguo 1325 de este Código, se debe concluir que, en ese momento, “*imponían, a la sazón, la sujeción del régimen económico matrimonial a la vecindad civil del varón, dando así satisfacción al principio de unidad familiar. [...] Así el principio de unidad familiar primaba sobre el de igualdad entre los cónyuges que únicamente podría manifestarse mediante el ejercicio de la facultad de otorgar capitulaciones, del cual, en el caso que se enjuicia, no se hizo uso*”²⁸.

²⁵ SAP Barcelona, 13 junio 2001, FD Tercero (JUR 2001\248005).

²⁶ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en M.T. ARECES PIÑOL, (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pág. 368. Según este autor, “*sobre la base de las consideraciones precedentes, hay que pararse a pensar si, en un escenario como el recién descrito, las conexiones previstas por nuestras normas de conflicto en materia de capitulaciones matrimoniales conservan el equilibrio posicional o evidencian una desigualdad entre ellas. Nosotros somos de la opinión que, en tales circunstancias, de las cinco leyes eventualmente aplicables, una –la reguladora de los efectos del matrimonio– está, a no dudarlo, por encima de las cuatro restantes –las de la nacionalidad y la residencia de uno y otro cónyuges–*”.

²⁷ SAP de Barcelona, 19 marzo 2003 (AC 2003\1119).

Vid., también, en este sentido, SAP de Barcelona, de 11 noviembre 2005 (JUR 2006\58265). En este caso, volvió a aplicar el artículo 9.2 a unas capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges después del matrimonio.

²⁸ STS 6 octubre 1986, FD 2 (RJ\1986\5327). *Vid.*, también, en este sentido, STS de 27 noviembre 1868, ECLI:ES:TS:1868:78;

27. Con la reforma del Título Preliminar del CC en 1974, surgen los antiguos artículos 9.2 y 9.3 con el siguiente tenor literal: “2. *Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.* 3. *Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional*”.

Como vemos, el artículo 9.2 CC regulaba los efectos personales y el artículo 9.3 CC los efectos patrimoniales. Según este último precepto, las partes podían otorgar capitulaciones permitidas por sus leyes nacionales y, en el caso de que no hicieran uso de su autonomía de la voluntad, las relaciones económicas quedarían reguladas por la misma ley de los efectos personales.

28. Con la entrada en vigor de la CE, el 29 de diciembre de 1978, la referencia a la ley nacional del marido no podía mantenerse por ser inconstitucional²⁹. Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución prohíbe toda clase de discriminación, entre otras, la discriminación por razón de sexo. La elección de la ley nacional del marido, por encima de la de la mujer, vulnera este principio y debe considerarse inconstitucional.

29. Sin embargo, no es hasta la reforma efectuada por la ya mencionada Ley 11/1990, de 15 de octubre, cuando se cambia la redacción de los artículos estudiados y se introduce un contenido constitucional en ellos. Con esta Ley de 1990, los preceptos 9.2 y 9.3 CC adquieren el tenor literal que mantienen en la actualidad³⁰.

30. El régimen económico matrimonial es una institución jurídica que despliega efectos mientras dura el matrimonio y después de su disolución. Lo anterior supone que sea muy probable que los órganos jurisdiccionales españoles puedan tener que resolver hoy, cuestiones en esta materia respecto de matrimonios celebrados en el pasado. Por ello, todavía siguen planteándose asuntos relativos al régimen económico matrimonial de uniones que se contrajeron antes de la promulgación de la Constitución o después de esa fecha y antes de 1990³¹.

Los matrimonios celebrados en ese intervalo de tiempo, entre la entrada en vigor de la Constitución -29 diciembre 1978- y la entrada en vigor de la Ley 11/1990 -7 noviembre 1990-, quedarían regulados por la versión original e inconstitucional del artículo 9.2 CC. Este escenario ha obligado al TS a aportar una solución que pasa por rechazar la norma de conflicto aplicable y por crear una conexión adaptada a la Carta Magna.

En estos supuestos el TS crea Derecho, no se limita a interpretar la norma aplicable. En estos casos no hay norma aplicable, lo cual no obsta para dar una solución a las cuestiones que se plantean. En esta situación, el TS crea la norma de conflicto apropiada para ser aplicada a estos matrimonios

STS 27 octubre 1900, ECLI:ES:TS:1900:3; STS 10 diciembre 1952, ECLI:ES:TS:1952:295; STS 11 febrero 2005, ECLI:ES:TS:2005:791; STS 10 diciembre 1952, ECLI:ES:TS:1952:295; STS 15 noviembre 1991 (RJ 1991\8117).

Artículo 1325, en su redacción original: “*Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles*”.

²⁹ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, pp. 46-48.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 diciembre 1978.

³⁰ La sentencia de la AP de Guipúzcoa núm. 262/2010 resume muy bien todo este *iter legislativo* que han recorrido estos artículos (SAP Guipúzcoa, de 29 de octubre 2010, ECLI:ES:APSS:2010:439)

³¹ *Vid.*, entre otras, SAP de Badajoz, de 18 enero 2019 (JUR\2019\49352).

a) Ley aplicable a matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990

i) Inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 9.2 y 9.3 CC

31. La entrada en vigor de la CE supone la inconstitucionalidad del anterior artículo 9.2 CC y, también, del artículo 9.3 CC por la remisión que realiza éste al primero³². Así lo determinó el Tribunal Constitucional en la sentencia 39/2002, de 14 de febrero³³. Efectivamente, el TC dispuso que, “[...] *Pues bien, no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al art. 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón*”.

32. Hay, por tanto, un período de tiempo, entre el 29 de diciembre de 1978 y la entrada en vigor de la Ley 11/1990 –el 7 de noviembre de 1990–, en el que existe un vacío legal. En realidad, en ese período estaban en vigor los anteriores artículos 9.2 y 9.3 CC, sin embargo, los tribunales no debían aplicarlos después de la entrada en vigor de la CE, por su inconstitucionalidad sobrevenida.

El carácter retroactivo de la inconstitucionalidad del artículo 9.2 y del 9.3 hasta el momento de la entrada en vigor de la CE, aparece recogido en la STS de 6 de octubre de 1986³⁴. Según esta sentencia, “[...] *Sobrevenida la Constitución de mil novecientos sesenta y ocho, su artículo cincuenta y tres uno proclama que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades y cualquier ciudadano podrá recabar su tutela si se hallan en sede del artículo catorce y Sección primera del Capítulo segundo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria, lo cual y el número tres de su disposición derogatoria enseñan, sin lugar a duda, que se impone la aplicación directa de la Constitución mediante la también directa derogación de la totalidad de las regulaciones anteriores a ella. Por tanto, rige desde la Constitución su artículo catorce que proclama la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” (FD 3)³⁵.

33. Los artículos 9.2 y 9.3 CC que deben aplicarse son los que existan en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta, como antes se ha dicho, que la inconstitucionalidad de estos preceptos se retrotrae a la fecha de la entrada en vigor de la CE³⁶. Así lo afirma el TS cuando dispone

³² *Vid.*, en este sentido, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Nota a la STS 18 diciembre 1981”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982, pp. 515-518; M. AMORES CONRADI, “Nota a la STS 6 octubre 1986”, *La Ley. Revista jurídica española*, 1986, pp. 725-729; *Id.*, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 127-138; *Id.*, “Arts. 9.2 y 9.3. Cc”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 447; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Nota a la SJPI núm. 2 de Telde de 30 mayo 1980”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982, vol. XXXIV, pp. 523-529; N. BOUZA VIDAL, “Nota a la SJPI núm. 1 de Badalona de 15 abril 1988 y SAP Barcelona (Sección 13) de 6 abril 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, .vol. XLII, pp. 264-271.

³³ STC 39/2002, de 14 febrero, ECLI:ES:TC:2002:39. *Vid.*, A. DURÁN AYAGO, “Jurisprudencia Constitucional y Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXI, 2003, pp. 519-539.

Vid., también, en relación con la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma preconstitucional, STS 14 septiembre 2009, ECLI:ES:TS:2009:5417.

³⁴ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686.

³⁵ *Vid.*, también, en este sentido, SAP Barcelona de 24 marzo 2009, ECLI:ES:APB:2009:2085.

³⁶ SAP Baleares, de 10 de septiembre 2002 (JUR 2002\272157).

que “*La inmutabilidad del régimen económico matrimonial apoya en su naturaleza jurídica, siendo una consecuencia propia o derivada de la celebración del matrimonio y sin relación alguna con la voluntad de los contrayentes ya que la establece la Ley vigente al contraerse el matrimonio y, como ha cuidado de resaltar la mejor doctrina, siguiendo a los ordenamientos europeos, responde a los principios de unidad e inmutabilidad que son principios generales del derecho especialmente desde el punto de vista de los derechos adquiridos, a salvo siempre la posibilidad de capitular que negara esta Sala en su sentencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro fundada en el principio del respeto a los derechos adquiridos, el orden público y el fraude a la ley*” (FD 2)³⁷.

ii) Ley aplicable al régimen económico matrimonial de estos matrimonios

34. En ese intervalo de tiempo, cabría preguntarse qué ley debe aplicarse al régimen económico de un matrimonio celebrado después de la entrada en vigor de la CE y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990.

35. La jurisprudencia afirma que, en esos casos, para matrimonios contraídos después del 29 de diciembre de 1978, la ley aplicable debe ser la de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de celebración de las nupcias³⁸. En efecto, “[...] *Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo ciento siete introducido por la Ley treinta/mil novecientos ochenta y uno, de siete de julio (RCL 1981\1700).- Sería este un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos y que se aplicaría, en defecto de capitulaciones, en aquellos casos en que los contrayentes fueran de diferente legislación civil. La falta de vecindad civil común atraería la aplicación de ese otro punto de conexión por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y, de algún modo, en el número uno del tercero del Código Civil, precediendo a dicho punto de conexión y abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número tres de la disposición de esa clase de la Constitución*”³⁹.

36. En el supuesto de que los cónyuges no tengan residencia habitual común en el momento de la celebración del matrimonio, la ley aplicable podría ser la del foro; la ley española, por tanto⁴⁰. Sin embargo, también se considera que, quizá, dependiendo del caso, se debería aplicar otra ley más vinculada con el supuesto *–ad ex.*, la ley de la residencia habitual de un cónyuge, cuando en ese mismo Estado residan los hijos comunes del matrimonio o cuando sea el país en el que se encuentra el centro de los intereses patrimoniales del matrimonio⁴¹.

En contra, M. AMORES CONRADI, para quien el momento a tener en cuenta es la disolución del matrimonio. Este autor consideraba que los matrimonios celebrados antes de la CE y que siguen existiendo después de la entrada en vigor de la norma fundamental, se rigen por la nueva formulación del artículo 9.2 y 9.3 CC, con las únicas excepciones de los efectos ya agotados y de las expectativas de terceros que resulten protegidas, *ad ex.*, por la apariencia registral (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, pp. 50-51).

³⁷ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686

³⁸ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686. En los hechos de esta sentencia consta que el matrimonio era anterior al momento de entrada en vigor de la Constitución, no obstante, se hace referencia a la ley aplicable a las uniones celebradas con posterioridad a esta fecha.

Algún autor, en cambio, entendía que debía tenerse en cuenta la ley de la última residencia habitual común (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65).

³⁹ *Vid.*, también, en el mismo sentido, SAP Tarragona, 15 junio 2006 (JUR 2007\111616) y SAP Barcelona, de 11 noviembre 2005 (JUR 2006\58265).

⁴⁰ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65, citando a J. GONZÁLEZ CAMPOS.

⁴¹ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65.

b) Ley aplicable a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la CE

37. Si el matrimonio se ha celebrado antes de la entrada en vigor de la CE, los artículos 9.2 y 9.3 CC aplicables serían los existentes en ese momento preconstitucional.

38. Así es, como muy bien explica la AP de Barcelona en la sentencia núm. 197/2009 ,”cuando se trata de determinar el régimen económico matrimonial de las personas que tienen nacionalidad extranjera debe acudirse a los puntos de conexión de Derecho Internacional Privado, que se contienen en el artículo 9.2 del Código Civil (LEG 1889, 27) . Sin embargo, este precepto fue modificado como consecuencia de su inconstitucionalidad sobrevenida una vez entró en vigor la *Constitución Española de 1978* (RCL 1978, 2836) . A tal efecto, la doctrina y la jurisprudencia ha distinguido varias situaciones jurídicas para la aplicación del punto de conexión que determine los efectos de las relaciones económicas matrimoniales, distinguiendo cuatro supuestos: A) Matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código Civil. B) Matrimonios contraídos después de la entrada en vigor del Título Preliminar del *Código Civil del año 1973* (RCL 1973, 498) y la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 . C) Matrimonios contraídos entre la entrada en vigor de la C.E. de 1978 y la modificación del artículo 9.2 y 9.3 del *Código Civil por la Ley de 15 de octubre de 1990* (RCL 1990, 2139) , sobre no discriminación por razón de sexo; y D) los matrimonios contraídos después de vigencia de la Ley 15 de octubre de 1990 . [...] Por lo tanto, en la época en que se contrajo matrimonio estaban vigentes el artículo 9-2 y el artículo 9.3 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases del Título Preliminar del Código Civil del año 1973. No obstante, como dicho precepto fue reformado la Ley de 15 de octubre de 1990, sobre no discriminación por razón de sexo, la cuestión básica es cuál es la legislación aplicable para la determinación del régimen económico matrimonial de los cónyuges, ya que, al no haberse pactado nunca capitulaciones matrimoniales entre ambos, es obvio que el régimen aplicable es el que regía cuando se celebró el matrimonio en fecha de 2 de enero de 1976. (...) CUARTO. *De las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos jurídicos se desprende que la promulgación de la Constitución Española, en esta materia, afecta los matrimonios contraídos con posterioridad al 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor, por lo que es inaplicable a las relaciones económicas de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad a esa fecha. Tampoco puede aplicarse retroactivamente la regulación normativa de los puntos de conexión, que introdujo la Ley 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afectaría al principio de seguridad jurídica. De estas conclusiones se deduce lo siguiente: A) Los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; B) A los matrimonios contraídos después del 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, hasta la Ley de 15 de octubre de 1990, deberá estarse a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero (RTC 2002, 39) , en cuanto declara inconstitucional el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso “por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”; y C) A los matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley de 15 de octubre de 1990 se les aplicará la normativa contenida en el artículo 9.2, si bien debe tenerse en cuenta la modificación operada posteriormente en el artículo 107 del Código Civil”⁴².*

⁴² SAP de Barcelona, de 24 de marzo 2009, ECLI:ES:APB:2009:2085.

Id., también, en este sentido, STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686.

B. Norma de conflicto en materia de crisis matrimoniales

39. El segundo párrafo del artículo 9.2 del Código Civil también fue modificado, en esta ocasión, por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre⁴³.

El artículo tercero dos de esta Ley 11/2003 incorpora la redacción que en la actualidad tiene el precepto. Así, desde la entrada en vigor de la mencionada Ley, el 1 de octubre de 2003, el párrafo segundo del artículo 9.2 del Código Civil establece que “*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”. Con esta modificación se incorpora la nulidad matrimonial y se añade a la separación y el divorcio que ya aparecían en el precepto.

El propio artículo tercero tres de la Ley 11/2003 recoge una nueva redacción del artículo 107 del Código Civil, añadiendo la ley aplicable a la nulidad, a la ya recogida ley aplicable a la separación y al divorcio. Este contenido del artículo 107 ha sido modificado de nuevo, posteriormente, en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio (Disp. Final primera, Veintiocho)⁴⁴.

40. Anteriormente, la redacción del segundo párrafo del artículo 9.2 sólo aludía a la remisión al artículo 107 para conocer la ley aplicable a la separación y al divorcio. Como ya se ha comentado, con la actual redacción se introduce la nulidad, también, como motivo de crisis matrimonial.

El segundo párrafo del artículo 9.2 indicaba que “*La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”.

El artículo 107, antes de la modificación impuesta por esta Ley 11/2003, sólo se refería a la ley aplicable a la separación y al divorcio. Lo hacía en estos términos: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

41. El actual segundo párrafo del artículo 9.2 CC sólo resulta operativo en lo que se refiere a la nulidad matrimonial, precisamente, la última incorporación al mismo. Si el precepto siguiera regulando únicamente la separación y el divorcio se encontraría derogado de facto por el Reglamento 1259/2010⁴⁵. Esta norma europea se ocupa de determinar la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio y es aplicable desde el 21 de junio de 2012 (art. 21). Por tanto, gracias a esta incorporación relativa a la nulidad matrimonial, el segundo párrafo del artículo 9.2 CC sigue vivo, aun como norma de remisión al artículo 107 CC.

3. Artículo 9.4 CC: Filiación

42. Esta norma de conflicto del artículo 9.4, relativa a la filiación, natural y adoptiva, ha sido modificada en tres ocasiones a lo largo de todo este tiempo. Las leyes 21/1987, 1/1996 y 25/2015 han sido las responsables⁴⁶.

⁴³ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 septiembre 2003.

⁴⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 julio 2015.

⁴⁵ Reglamento (UE) N° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L343, de 29 diciembre 2010.

⁴⁶ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE núm. 274, de 17 noviembre 1987; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 enero 1996; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

43. El tenor literal del apartado cuarto del artículo 9, en el año 1974, establecía que *“Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre”*⁴⁷. La predilección, discriminatoria, hacia el padre fue corregida por la Ley 21/1987 (artículo primero). Con esta norma, se pone el foco en el niño y se estipula que *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo”*⁴⁸.

Tanto en un momento como en otro, el precepto no aborda la determinación de la filiación. En el primer caso, se parte del supuesto de que existe filiación, sin cuestionar qué tipo de filiación puede ser, y se encarga de establecer la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales. En el segundo, unos años más tarde, se sigue sin regular la existencia de la filiación y el legislador continúa centrado en las relaciones paterno-filiales, si bien, en esta ocasión, se amplía el ángulo para abarcar también el carácter y contenido de la filiación y se contempla la posibilidad de que ésta sea adoptiva

44. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, incorpora una segunda conexión, subsidiaria, para los casos en los que no pueda determinarse la ley personal, o nacional, del hijo (Disp. final primera). Con esta norma, el tenor del artículo 9.4 era el siguiente: *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”*⁴⁹.

45. Por último, en el año 2015 se produce la última modificación en el precepto. La Ley 25/2015 introduce, en el artículo segundo, el contenido que actualmente conserva el precepto 9.4, según el cual, *“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”*.

46. En este momento, con esta última redacción, el artículo realiza una nítida distinción entre la determinación y el carácter de la filiación, natural o adoptiva, por un lado, y el contenido de la misma y el ejercicio de la responsabilidad parental, por otro.

En cuanto a lo primero, la norma de conflicto se encuentra orientada materialmente al objetivo de conseguir el establecimiento de la filiación. Por esta razón, se conforma de diferentes puntos de conexión, a aplicar de manera subsidiaria en el supuesto de que, con el anterior, no se consiga determinar la filiación

En relación con el contenido de la filiación, natural o adoptiva, así como, respecto de la responsabilidad parental, el precepto remite al Convenio de La Haya de 1996, que España ratificó en el año 2010.

⁴⁷ STS de 13 mayo 1988, ECLI:ES:TS:1988:990.

⁴⁸ RDGRN de 10 febrero 1996, RJ 1996\3409; RDGRN de 10 octubre 1994, RJ 1994\10616; RDGRN de 23 enero 1992, RJ 1992\785; RDGRN de 8 enero 1991, RJ 1991\580; RDGRN de 26 junio 1989, RJ 1989\5945; RDGRN de 22 julio 1988, RJ 1988\6355;

⁴⁹ STS de 22 marzo 2000; ECLI:ES:TS:2000:2311, FD Segundo; STS de 2 julio 2004, ECLI:ES:TS:2004:4722, FD Segundo.

En una de las enmiendas propuestas al Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil, se instaba a que el tenor literal del precepto aludiera a que la ley aplicable fuera la de la nacionalidad del hijo y *“si no pudiera determinarse por ésta [la filiación] se estará a la ley personal de cualquiera de los progenitores o a la ley de la residencia habitual del hijo”*, y lo justificaban argumentando a favor de *“Procurar optimizar la protección del menor, incorporando de forma decisiva el «favor filii» en todas sus disposiciones. Con esta solución, sin afectar al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, se potencia la mencionada protección. Además, resulta congruente con la disposición propuesta en el artículo 9.5 del Código Civil en materia de adopción”* (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 117-8, de 22 septiembre 1995).

47. El primer párrafo del artículo 9.4 CC resulta aplicable siempre que se trate de determinar la normativa reguladora de la determinación y el carácter de la filiación. Esto es porque, en esta materia, no contamos con ninguna norma de origen supranacional que prevalezca en su aplicación frente a la norma de producción interna española. Si bien, en la Unión Europea se ha elaborado una Propuesta de Reglamento sobre filiación, que todavía no se ha convertido en texto vinculante⁵⁰.

En segundo párrafo, el relativo al contenido de la filiación y a la responsabilidad parental, sólo será aplicable en relación con los menores de edad, según su ley nacional, pero mayores de 18 años. Lo anterior, debido a que el Convenio de La Haya de 1996 es la norma que deben aplicar los tribunales españoles en relación con los niños menores de 18 años (art. 2). También será aplicable el artículo 9.4.II cuando las autoridades españolas no sean competentes en virtud de los foros del Convenio de La Haya de 1996, ya que, el Convenio condiciona la aplicación de sus normas de conflicto al hecho de que las autoridades sean competentes por sus foros (art. 15). En cualquier caso, como la norma de producción interna española remite, en este punto, al Convenio de La Haya de 1996, el ordenamiento rector en esta materia lo determinará finalmente, siempre, el propio texto convencional

48. Además de lo anterior, el artículo 9.4.II CC también se tendrá en cuenta para determinar el ordenamiento español aplicable en los casos de conflictos de leyes internos. Así es, cuando la norma de conflicto remite al Derecho español, se habrá de determinar qué ordenamiento español es el aplicable al caso. En esta materia, conviven en nuestro sistema el Derecho civil común y los Derechos forales y habrá que concretar, cuando se deba aplicar el Derecho español, de cuál de ellos se trata. El Código Civil catalán, por ejemplo, regula estas cuestiones en el Capítulo VI del Título III del Libro Segundo⁵¹.

Pues bien, el artículo 16 CC es el encargado de resolver estos conflictos de leyes internos y, para eso, remite a las conexiones correspondientes recogidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, al artículo 9.4.II cuando se trata de la responsabilidad parental. Las conexiones de este precepto son las que van a determinar qué ordenamiento español será el aplicable. Conexiones que van a ser, de nuevo, las previstas en el Convenio de La Haya de 1996 por la remisión que realiza el artículo a la norma convencional.

No obstante lo anterior, algunas sentencias no utilizan el artículo 9.4 CC, por mandato del artículo 16 CC, para determinar el concreto ordenamiento español aplicable al caso. Directamente, eligen uno de los ordenamientos porque, entienden, es el más conectado con el caso. Así, por ejemplo, en la SAP de Barcelona, de 9 de abril de 2014, si bien con error al confundir la competencia judicial que prevé el artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 1996 con la ley aplicable, el tribunal dispone que *“Según el artículo 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los artículos 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los artículos 14.1 del Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). No procede, como invoca el apelante, la aplicación del Código Civil (LEG 1889, 27) estatal”* (FD Segundo)⁵². En el mismo sentido ya se habían pronunciado previamente, las sentencias de AP de Barcelona, de 21 de marzo de 2014 y de 5 de marzo de 2014⁵³.

⁵⁰ Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final), disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF.

Vid., entre otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, 2023, pp. 148-180.

⁵¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOGC nº 203, de 21 agosto 2010.

⁵² ECLI:ES:APB:2014:3252.

⁵³ ECLI:ES:APB:2014:2609 (FD Segundo) y ECLI:ES:APB:2014:2460 (FD Segundo), respectivamente.

4. Artículo 9.5 CC: adopción

49. Este precepto, dedicado a determinar la ley aplicable a la adopción, se limita a remitir en este punto a la Ley de adopción internacional, del año 2007⁵⁴. Evidentemente, antes de que entrara en vigor esta Ley, el artículo tenía otro tenor.

50. El contenido original de este apartado del artículo 9, del Capítulo IV del Título Preliminar, indicaba que *“La adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante. En la adopción por marido y mujer a falta de ley nacional común, se aplicará la del marido al tiempo de la adopción. La ley personal del adoptado deberá observarse en lo que respecta a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o completarlo. Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o, cuando se trate de una adopción hecha por marido y mujer, las autoridades del Estado de su nacionalidad común; y en su defecto, las del Estado en que el adoptante tenga su residencia habitual o los cónyuges adoptantes su residencia habitual común. Las formalidades del acto habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 3”*⁵⁵.

51. Entre otros motivos que justifican el cambio en el contenido del artículo, se encuentra el hecho de tener conexiones discriminatorias, como la preferencia por la ley nacional del marido, y, por tanto, contrarias a la Constitución.

La Ley 21/1987, ya mencionada en el apartado anterior, también modifica este precepto 9.5 incorporando el siguiente tenor (artículo primero)⁵⁶: *La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: 1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España. 2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española. A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando. Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante nunca tuvo residencia en España no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad. En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptante regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso, para la adopción de un español, será necesario el conocimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España”*.

52. La Ley 11/1990 modificó el ordenamiento aplicable a la capacidad y consentimientos necesarios, cuando la adopción se constituye por autoridad extranjera, y sustituye la ley nacional del adoptante por la ley nacional del adoptando (artículo primero)⁵⁷.

53. En el año 1996 se vuelve a modificar el contenido del artículo 9.5, la Ley 1/1996, ya mencionada en el apartado anterior, es la causante de dicho cambio (Disp. final segunda).

⁵⁴ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 diciembre 2007.

⁵⁵ RDGRN de 16 marzo 1994, RJ 1994\2300.

⁵⁶ J.M. ESPINAR VICENTE, “La modificación del artículo 9.5 del Código Civil en el proyecto de reforma sobre la adopción”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1986, pp. 996-1001.

⁵⁷ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, BOE núm. 250, de 18 octubre 1990.

⁵⁸ DGRN de 13 octubre 1995, RJ 1995\9985.

Esta Ley 1/1996, en relación a la propuesta previa realizada por la entidad pública de la residencia del adoptante en España, modifica la última frase de ese apartado para cambiar la circunstancia de que el adoptante no haya tenido residencia nunca en España por esta otra de que no la haya tenido en los últimos dos años.

Igualmente, introduce un último párrafo relativo al reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridad extranjera para estipular que *“No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción”*⁵⁸.

54. La Ley 18/1999, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil, añade un último párrafo al precepto⁵⁹. Este párrafo se refiere a la revocación de la adopción constituida conforme a una ley extranjera y a la posibilidad de que el adoptante renuncie a ella. Así, según este párrafo, *“La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”*.

55. Por último, la Ley 54/2007, la Ley de adopción internacional, establece la última modificación del precepto, eliminando todo su contenido anterior y remitiendo, en todo lo relativo a la adopción, a esta ley.

56. El artículo 9.5 CC pervive como norma de remisión y no de conflicto. La Ley de adopción internacional ha vaciado de contenido al precepto y lo ha dejado como un artículo prescindible, que perfectamente podría desaparecer de nuestro ordenamiento sin consecuencias. Las normas de conflicto de producción interna españolas, en materia de adopción, se encuentran en la Ley de adopción internacional y no es necesaria la existencia de un precepto en el Código Civil que lo diga. No es necesaria, con esta finalidad, pero sí lo es, como ya se puso de manifiesto en relación con el artículo 9.4 CC, respecto de la remisión que realiza el artículo 16 CC a los preceptos del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil para resolver los conflictos de leyes internos. En el Código Civil de Cataluña, por seguir con el mismo ejemplo ya mencionado, la Sección 3ª, del Capítulo V, del Título III, del Libro Segundo, se ocupa de la adopción.

Por otro lado, no existe ninguna norma supranacional, vigente en nuestro ordenamiento, que regule la ley aplicable a la adopción internacional, por esta razón, las autoridades españolas deben acudir siempre a la norma de producción interna en estos casos, que es, la Ley de adopción internacional y no el artículo 9.5 CC.

57. Esta, otrora, norma de conflicto en materia de adopción ha sido uno de los apartados del artículo 9 y, en general, del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, que más modificaciones, y de mayor contenido, ha sufrido⁶⁰. Lo que ha hecho el legislador a lo largo de todos estos años ha sido establecer la regulación de la adopción internacional y perfeccionarla poco a poco, a medida que iban surgiendo problemas con la normativa existente, o situaciones nuevas sin regulación. Y, en el año 2007, el legislador español trasladó el contenido de este precepto a la actual Ley de adopción internacional. Las conexiones que recoge la Ley de adopción internacional son, en esencia, las que estaban previstas en el antiguo artículo 9.5 CC, no sólo conexiones, también, las situaciones que contemplaba el precepto y a las que ponía solución.

⁵⁸ RDGRN de 12 septiembre 2002, RJ 2003\137; RDGRN de 3 abril 2002, RJ 2002\6192; RDGRN de 19 noviembre 2005, RJ 2006\222; RDGRN de 4 julio 2005, RJ 2006\3883; RDGRN de 29 noviembre 1996, RJ 1997\7369; RDGRN de 22 abril 1996, RJ 1996\4178; RDGRN de 1 abril 1996, RJ 1996\4038; RDGRN de 29 febrero 1996, RJ 1996\3396; RDGRN de 1 febrero 1996, RJ 1996\2450.

⁵⁹ Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil, BOE núm. 119, de 19 mayo 1999.

⁶⁰ M.A. CALZADILLA MEDINA, “Las reformas del Código civil español y la institución de la adopción”, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de las Palmas)*, 20, diciembre 2003, pp. 27-44.

5. Artículo 9.6 CC: Medidas de protección de las personas

58. La norma de conflicto en materia de protección de menores y mayores ha sufrido dos modificaciones recientes

59. El contenido del precepto en el año 1974 aludía a la ley aplicable al incapaz, y lo hacía en estos términos: *“La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que so hallen en territorio español”*⁶¹.

60. Con la aplicabilidad del Convenio de la Haya de 1996 en España, la mencionada Ley 26/2015 cambia el contenido del precepto para remitir, en lo relativo a la ley aplicable a la protección de los menores, al citado texto convencional (artículo segundo). También, incorpora un párrafo en relación con la ley aplicable a los mayores.

Así, *“La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo. La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección”*.

61. Posteriormente, el último cambio ha venido de la mano de la ya comentada Ley 8/2021, la cual, ha sustituido “personas mayores” por “personas con discapacidad” y “medidas de protección” por “medidas de apoyo”.

62. El artículo 9.6 CC es aplicable, sobre todo, el segundo párrafo, el regulador de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En lo relativo a las medidas de protección de los menores, como ya se ha explicado anteriormente, la existencia del Convenio de La Haya de 1996 hace que la norma de conflicto de producción interna tenga una aplicación residual, reducida a los supuestos en los que se trate de un menor de edad, según su ley nacional, mayor de 18 años y aquellos otros en los que las autoridades españolas no sean competentes por los foros del propio Convenio. Aunque, también hay que subrayar la importancia que tiene el precepto en lo que se refiere a ser la norma con la que se va a concretar, siquiera sea por remisión a las conexiones del Convenio, el ordenamiento español aplicable en casos de conflictos de leyes internos, como ya vimos anteriormente en relación con otros apartados del artículo 9⁶².

6. Artículo 9.7 CC: Alimentos

63. Este artículo, dedicado a la ley aplicable a los alimentos, ha sido modificado únicamente en una ocasión, desde la entrada en vigor de la Constitución, por el artículo 2.1 de la ya mencionada Ley 26/2015.

64. El cambio se realizó para remitir la determinación de ley aplicable a los alimentos al Protocolo de La Haya de 2007, texto que no existía en la fecha de elaboración del Capítulo IV del Título

⁶¹ ATS de 16 enero 2001, ECLI:ES:TS:2001:1407A; STS de 21 junio 1991 (RJ 1991\4570).

⁶² El Código Civil de Cataluña regula las medidas de protección de las personas en el Título II del Libro Segundo.

Preliminar del Código Civil⁶³. De esta manera, el tenor literal del artículo 9.7 que, en un primer momento, en el año 1974, decía que “*El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio*”, pasa a establecer que “*La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya*”.

65. Este artículo 9.7 CC es una norma inaplicable desde la entrada en vigor en España del Protocolo de La Haya de 2007 -18 de junio de 2011-⁶⁴. Aunque, es verdad que, en relación con las *obligaciones de alimentos entre parientes* que no estén cubiertas por el ámbito de aplicación material del Protocolo, el precepto de producción interna sería el que debería tener en cuenta el tribunal español⁶⁵.

66. Por otro lado, volvemos de nuevo al artículo 16 CC, el hecho de que este precepto 16 del Código Civil, al regular los conflictos de leyes internos, remita a las conexiones del Capítulo IV del Título Preliminar, hace que tenga sentido, y sea necesaria, la existencia del artículo 9.7 CC.

Así es, España es un ordenamiento plurilegislativo en algunas materias, alimentos es una de ellas⁶⁶. Este contexto supone que, cuando la norma de conflicto indica que la ley aplicable es el Derecho español, haya que concretar qué ordenamiento español es el rector de la cuestión. El artículo 16.1 CC es la norma de producción interna española que se encarga de responder a esta cuestión, es el precepto que resuelve el conflicto de leyes interno. Sin embargo, si la norma de conflicto, como sería nuestro caso, es un texto de origen supranacional, como es el Protocolo de La Haya de 2007, se habrá de estar a lo que indique esta norma al respecto, siempre que contemple esta situación.

El Protocolo de la Haya sí contempla esta situación y regula en el artículo 16 la manera en la que se debe determinar el ordenamiento aplicable en los casos de remisión a Estados con varias unidades territoriales con legislación propia. En este precepto se utiliza la técnica de remisión directa, cuando la conexión permite concretar la unidad territorial del Estado, y la de remisión indirecta, en el resto de los casos. En virtud de la primera, la conexión residencia habitual indicará la unidad territorial de ese Estado donde se encuentre la residencia habitual.

Sin embargo, si la conexión es la nacionalidad, se estará a lo que disponga la *ley de dicho Estado* de la nacionalidad (art. 16). Por tanto, en estos casos, el artículo 16.1 del Código Civil sería el aplicable. Este precepto establece que “*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público*”. Es en este punto en el que el artículo 9.7 resultaría necesario para concretar la unidad territorial española cuyo ordenamiento sería el aplicable cuando la conexión utilizada sea la nacionalidad del sujeto y éste sea español. El problema es que el artículo 9.7 remite al Protocolo de La Haya de 2007, no tiene conexiones propias. Habría que utilizar, por tanto, estas conexiones del texto de producción supranacional para determinar el ordenamiento español aplicable al caso, con las particularidades que recoge el artículo 16 CC al respecto.

⁶³ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, disponible en <https://assets.hech.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>

⁶⁴ <https://www.hech.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=133>

⁶⁵ El Protocolo de La Haya de 2007 se aplica a las “*obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres*” (art. 1.1).

⁶⁶ El Código Civil de Cataluña, siguiendo con el mismo ejemplo ya mencionado, se ocupa de esta materia en los artículos 234-10, 234-11 y 234-12 del Libro Segundo (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOGC n° 203, de 21 agosto 2010).

67. No obstante, como ya mencionados en el apartado dedicado al artículo 9.4 CC, existen sentencias en las que se aplica el Derecho foral directamente, sin tener en cuenta la posible remisión que el artículo 9.7 CC realice al mismo. Así, en la SAP de Barcelona, de 9 de abril de 2014, el tribunal establece que “Según el artículo 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos , el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los artículos 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los artículos 14.1 del Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). No procede, como invoca el apelante, la aplicación del Código Civil (LEG 1889, 27) estatal” (FD Segundo)⁶⁷.

7. Artículo 9.8 CC: Sucesiones

68. La norma de conflicto, de producción interna, en materia de sucesiones también ha sido objeto de modificación, en una ocasión, tras la entrada en vigor de la Constitución⁶⁸. El cambio ha sido originado por el artículo 1 de la comentada Ley 11/1990.

69. El contenido actual del precepto es el incorporado por esta Ley 11/1990, en cuya virtud, “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”⁶⁹.

La diferencia entre la versión del año 1974 y la actual se encuentra en el último párrafo del precepto, relativo a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, alusión que no existía en la primera y que se introduce por la Ley 11/1990⁷⁰.

70. Parece oportuna la incorporación al precepto realizada por la Ley 11/1990. Efectivamente, es aconsejable que la misma ley regule ambas cuestiones, el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios que, por ministerio de la ley, le correspondan al cónyuge viudo, ya que, de otro modo, el resultado al que puede llegarse podría ser injusto⁷¹. Si bien, por iniciativa de las partes, del causante y

⁶⁷ ECLI:ES:APB:2014:3252.

Vid., también, en el mismo sentido, SAP de Barcelona, de 21 marzo 2014, ECLI:ES:APB:2014:2609 (FD Segundo) y SAP de Barcelona, de 5 marzo 2014, ECLI:ES:APB:2014:2460 (FD Segundo).

⁶⁸ *Vid.*, en relación con la versión de 1974 del precepto, STS de 4 octubre 1982, RJ 1982\5537. Y, respecto de la versión original de 1889, en la que las sucesiones se encontraban reguladas en el artículo 10, *vid.*, STS de 10 diciembre 1966, ECLI:ES:TS:1966:1881.

⁶⁹ STS de 30 abril 2008, ECLIES:TS:2008:1632; STS de 13 octubre 2005, ECLI:ES:TS:2005:6123 -sentencia en la que se aplica el artículo 9.1 CC a la sucesión de una nacional italiana-; RDGRN de 1 marzo 2005, RJ 2005\2073; RDGRN de 5 febrero 2005, RJ 2005\2451 -en relación con los derechos sucesorios del cónyuge viudo-; RDGRN de 11 marzo 2003, RJ 2003\3949 -también relativa a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente-; STS de 23 septiembre 2002, ECLI:ES:TS:2002:6053; STS de 5 marzo 2002, ECLI:ES:TS:2002:1564; RDGRN de 6 marzo 1997, RJ 1997\2033; STS de 15 noviembre 1996, ECLI:ES:TS:1996:6401.

⁷⁰ STS de 16 marzo 2016, ECLI:ES:TS:2016:1160; STS de 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126.

Vid., M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in private international law”, en K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Portland, 2008, pp. 398-403.

⁷¹ A. BONOMI, “The interaction among the future EU Instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 220-221; E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria: el

de los cónyuges, se pueda hacer coincidir la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁷².

El resultado injusto al que aludíamos se podría alcanzar por la descoordinación entre la ley que regula una cuestión y la ley que regula la otra. Por eso, el TS afirma que la referencia del artículo 9.8 *in fine* a la ley del régimen económico matrimonial se debe “*a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de La Haya de 4 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989*”⁷³.

Así es, en cada ordenamiento, el legislador nacional es consciente de que debe coordinar la regulación en materia de derechos sucesorios de cónyuge viudo y de régimen económico matrimonial. Ambas cuestiones se encuentran muy relacionadas. El fallecimiento de uno de los cónyuges es una de las causas de disolución del régimen económico matrimonial. Por el lado del difunto, la cuantía del caudal hereditario dependerá de lo que reciba por la liquidación del régimen económico matrimonial. Por el lado del cónyuge superviviente, la muerte de su pareja supone que sea beneficiario de la parte correspondiente de los bienes del matrimonio, según el régimen aplicable a los efectos de la unión, y, por otra parte, de los derechos sucesorios por el fallecimiento de su cónyuge. Por esta razón, como decíamos, el legislador nacional regula ambas cuestiones de manera coordinada, para intentar que el cónyuge superviviente reciba una cantidad equilibrada de bienes tras la defunción de su pareja.

De esta manera, los ordenamientos que regulan la aplicación del régimen de sociedad de gananciales, en defecto de autonomía de la voluntad, no estipulan especial protección para el cónyuge viudo en materia de derechos sucesorios debido a que, por régimen económico matrimonial, ya le corresponde la mitad del patrimonio –*ad. ex.*, España⁷⁴. El mismo criterio preside la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente en otros ordenamientos en los que el régimen de separación de bienes es el aplicable en defecto de pacto. En este caso, al corresponder a cada cónyuge lo que ya tenían en propiedad cada uno, la regulación en materia de derechos sucesorios es más protectora con el contratante superviviente –*ad. ex.*, Reino Unido-. Pues bien, si la ley aplicable a ambas cuestiones es la misma, el resultado estará equilibrado por la coordinación que existirá en el Derecho rector en las dos materias⁷⁵. Sin embargo, si son dos las leyes aplicables, el resultado puede no ser razonablemente justo⁷⁶.

Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 593-594; R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68; P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 531; C.I. NAGY, “El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, p. 515; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 19-20.

Vid., en relación con la calificación como sucesoria de la parte alicuota correspondiente al cónyuge superviviente, a efectos de hacerla constar en el certificado sucesorio europeo, STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

⁷² I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 775; J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fascículo I, enero-marzo 2012, p. 278.

⁷³ STS 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126.

⁷⁴ El Código Civil español prevé para el cónyuge superviviente el usufructo del tercio de mejora, en el caso de que concurra a la herencia con hijos o descendientes del difunto, y el usufructo de la mitad del caudal hereditario, si son los ascendientes los herederos (arts. 834 y 837, respectivamente). En el supuesto de que el fallecido no tuviera descendientes ni ascendientes, el cónyuge tendrá derecho al usufructo de las dos terceras partes de la herencia (art. 838).

⁷⁵ En relación con esto, el BGB alemán establece que “*If the property regime is ended by the death of a spouse, the equalisation of the accrued gains is effected by the share of the inheritance on intestacy of the surviving spouse being increased by one quarter of the inheritance; it is irrelevant here whether the spouses in the individual case have made accrued gains*” (Section 1371 (1). https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4910).

Vid., R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68.

⁷⁶ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial y de las parejas registradas”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 169-170.

Pensemos en el hecho de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea la de un Estado en que prime la separación de bienes, en defecto de pacto de los cónyuges, y que la ley aplicable a la sucesión sea la de un Estado en el que el régimen económico matrimonial a tener en cuenta, si no hay acuerdo de los contrayentes, sea el de sociedad de gananciales. En este caso, podría ocurrir que, por régimen económico matrimonial, al cónyuge viudo le correspondiera poco, y que, por la ley aplicable a los derechos sucesorios, tampoco recibiera mucho. El cónyuge, en este supuesto, se vería doblemente perjudicado. También podemos plantearnos un caso en sentido contrario y podemos llegar a un resultado en el que el cónyuge se viera doblemente beneficiado

71. Lo deseable hubiera sido que en el ámbito de aplicación de la ley rectora del régimen económico matrimonial hubieran estado incluidos los derechos sucesorios del cónyuge viudo pero, para ello, el Reglamento de sucesiones europeo los habría tenido que excluir de la *lex successiois* –circunstancia que no ha ocurrido y que es aplaudida por algún autor que considera que, así, no se fragmenta la sucesión y se respeta el principio de unidad de ley que inspira el Reglamento sucesorio europeo⁷⁷-. Por lo tanto, a diferencia que lo que pasaba en España en ausencia del Reglamento de sucesiones y bajo la cobertura del artículo 9.8 CC, en la actualidad los derechos sucesorios del cónyuge supérstite quedan regulados por el Reglamento 650/2012 y el régimen económico matrimonial por los artículos 9.2 y 9.3 CC; salvo, en este último caso, que el matrimonio de que se trate se haya celebrado después del 29 de enero de 2019 -o haya elección de ley después de esa fecha-, supuesto en el que el Reglamento de régimen económico matrimonial sería la norma aplicable. Este nuevo escenario normativo puede conducir a que las dos leyes aplicables a estas dos cuestiones no se encuentren coordinadas y tengan por resultado una situación desequilibrada de bienes para el cónyuge supérstite.

Una posible solución a esta descoordinación entre el Derecho material aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y la ley reguladora del régimen económico matrimonial es que el tribunal, aplicando el artículo 31 del Reglamento 650/2012, *adapte* el Derecho sucesorio al caso teniendo en cuenta el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial⁷⁸.

72. Como acabamos de mencionar, esta incorporación, relativa a la determinación de que la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite sea la de los efectos del matrimonio, ha perdido relevancia desde la aplicabilidad del Reglamento 650/2012, cuyo artículo 23.1.b) dispone que los derechos sucesorios que le corresponden al cónyuge viudo quedarán regulados por la *lex successiois*.

Por lo tanto, sólo sería en escasos supuestos, en aquellos en los que surjan litigios en la actualidad en relación con la sucesión de un sujeto fallecido antes del 17 de agosto de 2015, en los que se aplicaría el artículo 9.8 CC y la ley rectora de los derechos que por ministerio de la ley le correspondan al cónyuge supérstite sería la ley de los efectos del matrimonio. En estos casos, la ley de los efectos vendría determinada por los artículos 9.2 y 9.3 CC, ya que, no es posible que, habiendo fallecido un miembro del matrimonio antes del 17 de agosto de 2015, la pareja haya celebrado su matrimonio, o haya realizado una elección de ley rectora del régimen económico matrimonial, después del 29 de enero de 2019, fecha de aplicabilidad del Reglamento 2016/1103; norma *ésta* que, en coordinación con lo dispuesto por el Reglamento sucesorio, excluye de su ámbito de aplicación esta materia de los derechos que por ministerio de la ley le corresponde al cónyuge supérstite (art. 1.2.d).

73. No obstante lo anterior, el precepto, del mismo modo que expusimos en relación con los anteriores apartados del artículo 9.7 CC, tiene sentido y es necesaria su existencia en el Capítulo IV del

⁷⁷ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 695; P. LAGARDE, “Clearer patrimonial regimes for international couples”, Conferencia organizada por el CNUE, Bruselas, 17 octubre 2011 (<http://notaries-of-europe-eu/conference-2011/programme.php>).

⁷⁸ R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68.

Vid., en este sentido de utilizar la *adaptación* en este caso, A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 57.

Título Preliminar del Código Civil, todo ello, por la ya comentada remisión que realiza el artículo 16 CC a las conexiones recogidas en este Capítulo IV para resolver el problema de la remisión al ordenamiento plurilegislativo español.

Así es, el Reglamento sucesorio regula este problema de aplicación en los artículos 36 y 37, distinguiendo entre ordenamientos de base territorial, recogidos en el primero de los preceptos mencionados, y ordenamientos de base personal, en el segundo. En ambos, se utiliza el sistema subsidiario para determinar el Derecho finalmente aplicable⁷⁹. Con el sistema subsidiario, el legislador opta por la técnica de remisión indirecta en primer lugar y, después, en defecto de lo anterior, por la remisión directa⁸⁰.

74. Centrándonos en la remisión a ordenamientos plurilegislativos de base territorial, por ser España de este tipo, el artículo 36 del Reglamento establece que *“1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. 2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha”*.

Como vemos, y ya se ha mencionado antes, el legislador europeo del Reglamento sucesorio opta por la técnica de remisión indirecta para resolver el problema de ordenamientos plurilegislativos. Así es,

⁷⁹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 9.

⁸⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 9. Este autor realiza cuatro críticas a este método que ha elegido el legislador europeo para incorporar al Reglamento sucesorio (P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, pp. 15-22). Estas cuatro críticas son las siguientes: 1) incoherencia sistemática. En efecto, en la Unión Europea, por un lado, los Reglamentos en materia patrimonial -Roma I y Roma II- utilizan el método directo de determinación del ordenamiento aplicable mientras que los textos en materia de familia, por otro, emplean esta técnica subsidiaria -Reglamento de alimentos y Reglamento sucesorio-; 2) incoherencia estructural, porque el artículo 38 del Reglamento es totalmente innecesario adoptando un sistema subsidiario. Así es, la posibilidad de aplicar los artículos 36 y 37 a los conflictos de leyes internos que prescribe el artículo 38 sólo tendría sentido en el marco de un sistema de remisión directa; 3) la aplicación del Reglamento a extranjeros que fallecen en España. Los extranjeros no tienen vecindad civil española y éste es el criterio que utilizan las normas internas de conflicto de leyes en España para determinar la legislación aplicable en el caso de que la conexión sea la nacionalidad -conexión empleada por el artículo 9.8 CC-; 4) problemas de validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 del Reglamento ofrece varias leyes conforme a las que pueden ser válidas las disposiciones por causa de muerte. Sin embargo, el artículo 75.1 del RES indica que si el Estado del foro es parte del Convenio de La Haya de 1961, esta será la norma que deberá seguirse al respecto (Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988). Realmente, el artículo 27 del RES y el Convenio de La Haya recogen las mismas conexiones para dar validez a las disposiciones mortis causa, sin embargo, en el caso de ordenamientos plurilegislativos, mientras que el Convenio utiliza la expresión “ley del lugar” para conexiones territoriales, el Reglamento sucesorio habla de la “ley”. Por ello, en el primer caso, la determinación que realiza el texto convencional es directa y, en el segundo, tendremos que acudir al método subsidiario recogido en los artículos 36 y 37 para determinar el ordenamiento aplicable al caso, lo cual dificulta la validez de las disposiciones mortis causa en muchas ocasiones.

en primer lugar, remite a la norma interna de conflicto de leyes del Estado del foro, artículo 16 CC en nuestro caso. No obstante lo anterior, en el supuesto de que no exista regulación de producción interna en el ordenamiento del foro, el Reglamento recurre a la técnica de remisión directa y, directamente, indica cómo determinar el ordenamiento que debería ser aplicado al caso en cuestión.

Utilizar el método indirecto y remitir, por tanto, a las normas internas de conflicto de leyes, supone que se respete la voluntad del legislador nacional en estos supuestos y que se resuelvan de la misma manera los conflictos de leyes internacionales y los conflictos de leyes internos⁸¹. Efectivamente, establecer que el Derecho aplicable sea el determinado por la norma interna de conflictos interregionales conlleva que haya unidad de soluciones en este contexto⁸².

75. Profundizando un poco más en esta norma de aplicación, algunos autores consideran que cuando el Reglamento alude a *las normas internas de conflicto de leyes* en el artículo 36.1, no sólo hace referencia a los supuestos en los que exista una sola norma interna de conflicto de leyes sino, también, a aquellos otros en los que haya varias, una por cada unidad territorial⁸³. Argumentan para ello que, sólo entendido así el artículo 36.1 del Reglamento, se conseguiría respetar efectivamente la voluntad del legislador nacional y se resolverían de la misma forma los conflictos internos y los conflictos internacionales. En este sentido, si en el ordenamiento plurilegislativo hay varias normas internas de conflicto de leyes, la que habría que elegir a estos efectos sería la de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento –la de la residencia habitual del causante, por ejemplo⁸⁴.

Esta interpretación del artículo 36.1 no es coherente con la existencia de la regla subsidiaria de determinación directa que recoge el propio precepto en el apartado segundo. Además, la elección de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento para aplicar su norma interna de conflicto de leyes no sería operativa en el caso de que la conexión empleada por el Reglamento no fuera territorial. Así es, cuando la conexión de la norma de conflicto del texto europeo es la nacionalidad, no podría concretarse a priori ninguna unidad territorial a estos efectos. En este caso, dicen los autores, es cuando se tendría que acudir al artículo 36.2 y especificar la unidad territorial más vinculada con el causante⁸⁵.

76. En el supuesto de que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión, si esa elección es la de una unidad territorial de un ordenamiento plurilegislativo, será válida si los artículos 36.1 o 36.2 remiten a ese territorio⁸⁶. En efecto, puesto que el artículo 22 del Reglamento indica que el causante puede

⁸¹ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608

⁸² P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 14; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

⁸³ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

⁸⁴ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 609. Este mismo autor, con esta interpretación del artículo 36.1, afirma que no tiene mucho sentido que se utilice este precepto cuando la norma de conflicto aplicable del Reglamento sea la cláusula de excepción del artículo 21.2. En efecto, en estos casos, la necesaria estrecha vinculación que debe tener el Estado en cuestión con la sucesión, por la aplicación de esta cláusula, se podría ver truncada si entrara en juego el precepto 36.1 para determinar el concreto ordenamiento jurídico aplicable al caso. No obstante lo cual, del mismo modo que sí se ha excluido la aceptación del reenvío en el caso de esta cláusula de excepción, no se ha hecho lo propio en relación con el artículo 36.1, por tanto, habría que aplicarlo cuando el Estado más vinculado con la sucesión sea un ordenamiento plurilegislativo (A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 611).

⁸⁵ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610

⁸⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 524; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610 y pp. 613-614.

elegir la ley del Estado de la nacionalidad, los criterios de estos preceptos serán los que determinen si la unidad territorial escogida del Estado de su nacionalidad es válida como ley rectora de la sucesión. No obstante, en el supuesto de que no fuera válida la elección, la voluntad del causante debería considerarse como elemento a tener en cuenta de vinculación con el difunto en el marco del artículo 21.2 del Reglamento -cláusula de excepción- para determinar el Derecho finalmente aplicabl⁸⁷.

77. Si la ley aplicable fuera la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES) y el causante extranjero falleció teniendo su residencia habitual en España, habría que aplicar el artículo 16 CC para identificar el Derecho, foral o común, que debe utilizarse para resolver la cuestión. El artículo 16 CC remite a las reglas del Capítulo IV del Título Preliminar, por lo tanto, tendremos que ir al artículo 9.8 CC, norma de conflicto de producción interna en materia de sucesiones. Según este precepto, la ley aplicable a la sucesión es la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento. El artículo 16 CC indica que la conexión ley personal debe entenderse como vecindad civil. Pero, los extranjeros no tienen vecindad civil en España. Cabría preguntarse, en este caso, qué criterio se puede arbitrar para solucionar esta indefinición

Los autores aportan varias teorías para dar respuesta a esta situación⁸⁸. Una de ellas es la que apuesta por aplicar el Derecho civil común⁸⁹. Esta opción no es adecuada, ya que, en nuestro ordenamiento no existe preferencia por el Derecho común en relación con los ordenamientos forales⁹⁰. Otra teoría es la que considera que debería aplicarse la unidad territorial que presente una mayor vinculación con el causante. En tercer lugar, aplicar el artículo 9.10 CC e ir a la unidad territorial donde el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento⁹¹. Esta es la solución que han propuesto algunos autores para resolver el problema cuando se acepta el reenvío de retorno⁹². Por último, también se propone aplicar el artículo 36.2 del Reglamento, entendiendo que cuando el texto dice que se aplicará en caso de que no existan normas de conflicto interregional, debe interpretarse de manera amplia para incluir también en su ámbito de aplicación los supuestos en los que, habiéndolas, no se adecúan al supuesto concreto⁹³.

Con algunas de estas teorías propuestas, en realidad, si la conexión del Reglamento sucesorio que opera a la hora de determinar el Derecho aplicable es la del artículo 21.1 y acudimos al Derecho español por ser España el país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, al final llegaríamos a la misma solución a la que se habría llegado de haber aplicado la técnica de remisión directa, cual es, aplicar el ordenamiento español donde el causante tenía su residencia habitual cuando falleció. Sin embargo, la realidad es que el legislador europeo exige tener en cuenta, en primer lugar, la forma de determinación del ordenamiento jurídico aplicable prevista por el legislador español.

⁸⁷ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 527

⁸⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 267-268

⁸⁹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 17.

⁹⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 19; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 267.

⁹¹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 268.

⁹² A. FONT I SEGURA, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho Internacional privado”, *Indret*, núm. 2, abril 2007, p. 13

⁹³ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 612; P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 19. Este último autor considera que es la mejor de las opciones planteadas.

8. Artículos 9.9, 9.10 y 9.11 CC: Doble nacionalidad

78. Estos preceptos no han sido objeto de modificación tras la entrada en vigor de la Constitución española.

79. El contenido de los mismos es el que ya tenían en su origen, cuando se elaboró el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, “9. *A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente. 10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual. 11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*”.

V. Artículo 10 CC: Normas de conflicto en materia patrimonial

80. El artículo 10 CC ha sido objeto de cambio una única vez, con la Ley 8/2021, ya mencionada (art. segundo dos). Además, esa modificación ha sido menor, sólo ha afectado al apartado 8 del precepto.

81. Por lo anterior, esta norma de conflicto de producción interna en materia patrimonial sólo ha cambiado su contenido en relación con la cláusula de excepción del interés nacional del artículo 10.8⁹⁴.

En el año 1974 el precepto decía que “*Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a*

⁹⁴ *Vid.*, en relación con esta excepción del interés nacional, A.L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137; *Id.*, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXXIV, núms. 1-2, Curso 1975-76 (Ed. 1980), pp. 209-233 (también en el *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fasc. 1, 1981, pp. 85-107); *Id.*, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218; *Id.*, “La excepción del ‘interés nacional’”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 72-76 y 91-92 (2ª ed. revisada, 1988, pp. 72-76 y 91-92; 3ª ed. revisada y ampliada, 1990, pp. 66-70 y 85-86; 4ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 94-99 y 137; 5ª ed. revisada, 1993, pp. 94-99 y 137; 6ª ed. revisada, Madrid, Editorial Eurolex, S.L., 1995, pp. 106-111 y 138); *Id.*, Art. 10.8”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 710-728; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., “Comentarios a los arts. 8 CC, 9.2 CC, 9.3 CC, 9.11 CC, 10.5 CC, 10.6 CC, 10.7 CC, 10.8 CC, 12.1 CC, 12.2 CC, 12.3 CC, 12.4 CC, 12.5, CC, 12.6 CC, 107 CC; LEC 1/2000 de 7 enero 2000; Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000; Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (selección de normas) (arts. 21, 22, 278); Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (selección de normas); Reglamento del Registro Civil (selección de normas); Reglamento hipotecario (selección de normas); Convenio sobre notificación en el extranjero hecho en La Haya el 15 noviembre 1965; Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero hecho en La Haya el 4 mayo 1970; Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 marzo 1954; Convenio suprimiendo legalización de documentos hecho en La Haya el 5 octubre 1961; Reglamento 1348/2000 29 mayo 2000, sobre notificación entre países comunitarios; Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial; Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980; Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980; y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs.), *Legislación de Derecho internacional privado comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Editorial Colex, 2002, pp. 17-20, 31-38, 74-77, 95-96, 135-161, 167-178, 186-191, 192-193, 195-199, 201-219, 223, 226, 253-286, 313-314, 317-334, 337, 495-506, 508-511, 514, 524-526, 534-536, 543-546, 562-564, 577-578, 647-654, 715-719, 729-735, 824-848; *Id.*, “Arts. 9.11 y 10.8”, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 103-105 y 125-127 (actualizado el primero de ellos con el título “Las personas jurídicas”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, Eurolex, S.L., 1995, pp. 84-94 y 97); *Id.*, “Art. 10.8”, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 125-127.

los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero”⁹⁵. En la versión actual, consecuencia de la Ley 8/2021, “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*”.

82. Esta cláusula de excepción del interés nacional se encuentra, también, recogida en el Reglamento Roma I, aplicable por los tribunales europeos, excepto los daneses, en relación con contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009⁹⁶.

El artículo 13 del Reglamento dispone que “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*”.

Como puede comprobarse, el tenor literal de ambos preceptos, el artículo 10.8 CC y el artículo 13 del Reglamento Roma I, es prácticamente idéntico. Por lo que, en la versión actual, introducida por la Ley 8/2021, el artículo 10.8 tendrá una aplicación muy residual, por no decir, nula, reducida a los litigios surgidos de contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993. Esto es debido a que el Reglamento Roma I, como ya se ha mencionado, es aplicable a los contratos acordados después de 17 de diciembre de 2009. Si el contrato se ha celebrado antes de esta fecha y después del 1 de septiembre de 1993, en España se aplicaría el Convenio de Roma de 1980, que tiene, también, la misma excepción del interés nacional en el artículo 11⁹⁷. En relación con los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, los tribunales españoles aplicarán la norma de conflicto de producción interna, el artículo 10.5 CC, y es en este contexto en el que podría aplicarse, para valorar esta cuestión de incapacidad, el artículo 10.8 CC.

83. Con la versión anterior, el precepto tendría más virtualidad práctica porque se aplicaría, también, en los casos no cubiertos por la cláusula del artículo 13 del Reglamento Roma I u 11 del Convenio de Roma de 1980.

Con la redacción anterior, el contratante que actúe de forma negligente en la comprobación de la incapacidad de la otra parte se encontraría protegido por el precepto. Así es, en estos casos, la ley aplicable a la capacidad sería la española, y no la nacional del contratante, y el contrato sería válido. Por otra parte, el artículo 13 del Reglamento, y el 11 del Convenio, sólo contemplan la incapacidad de las personas físicas, en cambio, el artículo 10.8, en la versión original, no limitaba su aplicación a estas personas y, por tanto, incluía también a las personas jurídicas⁹⁸.

VI. Artículo 12 CC: normas de aplicación

84. Este precepto 12 del Código Civil también ha sido objeto de modificaciones menores. En concreto, sólo ha sido cambiado el párrafo 6 del artículo, por la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (Disp. derogatoria única, 2.1º)⁹⁹.

⁹⁵ RDGRN de 21 abril 2003, RJ 2003\4036; RDGRN de 13 enero 1999, RJ 1999\46.

⁹⁶ Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 julio 2008.

⁹⁷ Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE L266, de 9 octubre 1980; Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, BOE núm. 171, de 19 junio 1993.

La cláusula que recoge la excepción de interés nacional del Convenio de Roma establece que “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en razón, solamente, de negligencia por su parte*”.

⁹⁸ RDGRN de 4 marzo 1981, RJ 1981\1190.

⁹⁹ STS de 5 marzo 2002, ECLI:ES:TS:2002:1564.

85. La actual Ley de enjuiciamiento civil deroga el párrafo segundo del artículo 12.6. De esta manera, la alusión a que “*La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”, al incorporarse al artículo 281.2 de la LEC, se elimina del precepto 12.6 del CC¹⁰⁰.

VII. Conclusiones

86. Las conclusiones que se exponen a continuación son sobre los artículos 9 y 10 del Código Civil por la razón de que ambos preceptos constituyen las normas de conflicto de producción interna, en cuestiones sustantivas de Derecho de familia y patrimonial, que contiene el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Además de lo anterior, el artículo 9 es la norma que más modificaciones ha experimentado desde la entrada en vigor de la Constitución española, de los cinco preceptos que contiene este Capítulo IV.

87. Primera. El legislador español ha optado por cambiar la conexión nacionalidad y sustituirla por la residencia habitual. El artículo 9 del Código Civil ha experimentado una evolución hacia la residencia habitual como criterio de determinación de la ley aplicable.

En el año 1974, con la creación del Capítulo IV del Título Preliminar, el legislador optó por la conexión nacionalidad en todas las materias reguladas en el artículo 9. Sin embargo, años después ha ido incorporando la residencia habitual, si no como conexión primera, sí, al menos, como subsidiaria. Salvo en relación al estatuto personal, respecto del cual, el artículo 9.1 CC sigue remitiendo a la ley nacional del sujeto, y las sucesiones, en relación con las que el artículo 9.8 CC dispone que la ley rectora sea la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

88. Segunda. Un hito importante en el origen de algunos de los cambios que ha experimentado el artículo 9 es la entrada en nuestro ordenamiento de algunas normas de producción supranacional. Esta situación ha supuesto que varios apartados del artículo 9 dejen de tener conexiones propias y remitan a las conexiones de esos textos convencionales. Esto es lo que ha ocurrido con el artículo 9.4.II y 9.6.I, que indican que la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de los menores, respectivamente, será la determinada por el Convenio de La Haya de 1996, o el artículo 9.7 CC que remite al Protocolo de La Haya de 2007 para conocer la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Este contenido, ausente de conexiones propias, supone que a través de las normas de conflicto de producción interna se apliquen las conexiones de los textos de origen supranacional por incorporación por referencia, en los escasos supuestos en los que estas normas elaboradas por el legislador nacional sean aplicables.

89. Tercera. En el caso del artículo 9.5 CC, regulador de la ley aplicable a la adopción, no sólo no tiene conexiones propias, también, ha perdido su naturaleza de norma de conflicto aplicable. Efectivamente, la Ley de adopción internacional del año 2007 se ha convertido en la norma de conflicto de producción interna en materia de adopción. Esto significa que la remisión que realiza el artículo 9.5 CC a esta Ley es innecesaria. Aunque el artículo 9.5 CC no existiera, la norma de conflicto aplicable a la adopción seguiría siendo la Ley de adopción internacional. El único sentido que tiene el actual artículo 9.5 CC es servir como precepto al que acudir en casos de conflictos de leyes internos en esta materia, todo ello, en virtud del artículo 16 CC.

¹⁰⁰ M. REQUEJO ISIDRO, “Artículo 12.6”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 98.

Vid., en relación con el precepto original, incluyendo el segundo párrafo derogado por la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, STS de 4 octubre 1982, RJ 1982\5537; STS de 15 noviembre 1996, ECLI:ES:TS:1996:6401; STS de 4 julio 2006, ECLI:ES:TS:2006:4079; STS de 25 junio 1920, ECLI:ES:TS:1920:618.

90. Cuarta. La aplicabilidad en España de textos de origen supranacional en las materias objeto de las normas del artículo 9 y del artículo 10, estudiadas en este trabajo por haber sufrido modificaciones tras la Constitución española, supone que la mayoría de los preceptos reduzcan su aplicación a supuestos residuales.

Esto es lo que ocurre con los artículos 9.4.II y 9.6.I, que se tendrán en cuenta cuando no sea aplicable el Convenio de La Haya, o el artículo 9.8, que sólo se aplicará cuando el fallecimiento haya tenido lugar antes del 17 de agosto de 2015.

Por su parte, el artículo 9.7 y el 9.5 han quedado derogados como normas de conflicto para determinar el Derecho rector en materia de alimentos y en adopción, respectivamente. En el primer caso, porque el Protocolo de La Haya de 2007 será la norma aplicable a las obligaciones de alimentos, si bien es verdad, que su ámbito material se circunscribe a los alimentos derivados de relaciones de familia, filiación, matrimonio o afinidad, quedando, por tanto, la aplicabilidad del artículo 9.7 CC para las posibles otras relaciones diferentes, como las de parentesco, quizá. En el segundo caso, porque el precepto remite, no a una norma de origen supranacional, sino a la Ley de adopción internacional y, como norma de conflicto, el artículo 9.5 CC ha perdido todo su sentido.

El artículo 10.8 sí que ha quedado, de hecho, sin contenido. La aplicabilidad del Reglamento Roma I, a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, y la del Convenio de Roma de 1980, a los otorgados después del 1 de septiembre de 1993, las dos normas, con una cláusula de excepción del interés nacional similar a la recogida en el Código Civil, hace que el artículo 9.8 sólo sea tenido en cuenta en relación con los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, esto es, su aplicación es nula en la actualidad.

91. Quinta. No obstante lo dicho en la conclusión anterior, todos los apartados mencionados del artículo 9 deben existir, siempre que se encuentren donde están, esto es, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Lo anterior es debido a la remisión que realiza el artículo 16 CC a este Capítulo IV para resolver los conflictos de leyes internos que surgen cuando la norma de conflicto remite al Derecho español y hay que concretar qué ordenamiento español debe ser el aplicado al caso.

En estos supuestos, las conexiones que recoge el apartado del artículo 9 correspondiente serán las que determinen qué ordenamiento español será el aplicable. Y, con la remisión que realizan algunos de los preceptos del artículo 9 a normas de origen supranacional, las conexiones a tener en cuenta serán las de estas normas convencionales porque así lo dispone el propio artículo 9 al incorporar por referencia el texto supranacional.

Incidencia de la europeización del Derecho internacional privado

Impact of the europeanization of Private international law

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 10.10.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9356

Resumen: Esta contribución se centra en el desarrollo y evolución del Derecho internacional privado de la Unión Europea, como fenómeno determinante de la erosión de las normas sobre ley aplicable de los Estados miembros. Aborda la transformación del marco competencial e institucional, así como los elementos comunes característicos de las normas de la Unión sobre Derecho aplicable, destacando la profunda transformación de nuestro sistema recogido en el Título Preliminar del Código civil.

Palabras clave: Unión Europea, Ley aplicable, Unificación, Código civil

Abstract: This contribution focuses on the main features of the development of European Union private international law, as a crucial element undermining the significance of the national rules on applicable of the Member States. It deals with the transformation of the institutional framework, as well as the basic features of the Union's choice of law rules, highlighting the profound transformation of the Spanish system as set out in the Preliminary Title of the Civil Code.

Keywords: European Union, Applicable law, Unification, Civil Cod

Sumario: II. Planteamiento. II. Fundamentos de la europeización de las normas sobre Derecho aplicable. III. Evolución del marco competencial e institucional. 1. Tratado de Ámsterdam. 2. Tratado de Lisboa. IV. Rasgos básicos de la europeización de las normas de Derecho aplicable. 1. Unificación. 2. Universalidad y geografía variable. 3. Transformación del sistema español. 4. Principios y libertades comunitarias. V. Interacción con la normativa internacional. 1. Competencias externas de la Unión. 2. Participación de la Unión en convenios internacionales. 3. Coordinación internacional y desplazamiento de las normas nacionales sobre ley aplicable. VI. Reflexión fina

I. Planteamiento

1. La presente contribución se enmarca en el contexto de un análisis colectivo sobre el cincuentenario del Título Preliminar del Código Civil desde la perspectiva del Derecho internacional privado. La unificación de las normas sobre ley aplicable por parte de la Unión Europea es el principal fenómeno determinante del progresivo desplazamiento de las reglas de conflicto contenidas en el Título Preliminar, como consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión y del alcance de la armonización llevada a cabo en el seno de la Unión. Otras aportaciones de este esfuerzo colectivo abordan de manera específica la evolución y permanencia en la actualidad de las normas de los Capítulos IV y V del Título

Preliminar del **Código** civil en los diversos sectores del Derecho privado, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional privado como del Derecho interregional.

2. La presencia de esos análisis específicos, referidos a los diversos grupos de materias, como el Derecho de la persona y de la familia, el Derecho patrimonial y el Derecho de sucesiones, que se prestan a tratar la concreta repercusión de los instrumentos de la Unión y de los convenios internacionales sobre las normas de cada uno de esos sectores del Título Preliminar del Código civil, explica que esta contribución responda a un enfoque general, en buena medida introductorio. Se centra en los principales rasgos del desarrollo y evolución del Derecho internacional privado de la Unión durante las últimas décadas, como fenómeno determinante de la erosión de la aplicación de las normas del Título Preliminar del Código civil, desplazadas por las adoptadas en el seno de la Unión en cada una de las materias que son objeto de análisis específico en esas otras contribuciones

II. Fundamentos de la europeización de las normas sobre Derecho aplicable

3. Las limitaciones inherentes al desarrollo de la unificación del Derecho privado (material) en el seno de la Unión constituyen un elemento determinante de la pervivencia de una situación de pluralismo normativo que menoscaba la previsibilidad del régimen de las relaciones privadas transfronterizas también en el seno de la Unión. Ahora bien, el nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior puede alcanzarse con el establecimiento de reglas uniformes en materia de ley aplicable, sin necesidad de unificar amplias parcelas de los Derechos privados de los Estados miembros¹. Esta constatación ha condicionado la función atribuida en la UE al desarrollo de normas comunes de Derecho aplicable como instrumento clave de integración. En la evolución del proceso de integración se ha considerado preferible una solución, que junto a un cierto nivel de armonización de las legislaciones materiales en sectores donde exista una especial necesidad de armonización, respete la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y asegure un nivel razonable de coordinación, mediante la unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable².

4. La unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable facilita que el tratamiento de las diversas situaciones privadas internacionales no varíe en función del Estado miembro en el que se plantee la controversia. Esta circunstancia resulta coherente con el alcance y el contenido de la unificación de las normas de competencia judicial,³ así como con la caracterización del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de otro Estado miembro como elemento fundamental sobre el que se construye la cooperación judicial en asuntos civiles en el seno de la Unión (art. 81 TFUE), basada en la confianza recíproca entre sus Estados miembros

5. Frente a las especiales dificultades inherentes a la armonización de las legislaciones materiales o sustantivas de Derecho privado de los Estados miembros, la uniformización de las reglas de Derecho aplicable implica una distorsión menor de los ordenamientos nacionales afectados y es respetuosa con su diversidad y con la igualdad entre tales ordenamientos.⁴ La elaboración por parte de la Unión de

¹ *Vid.*, K.F. KREUZER, “Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts -Vorgaben des Gemeinschaftsrecht”, P.C. MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 373-447, pp. 408-409; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato”, P. PICONE (dir.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 33-64; y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004, p. 400; y J. Basedow, *EU Private Law (Anatomy of a Growing Legal Order)*, Intersentia, 2021, pp. 696-707.

² *Cf.* W. FIKENTSCHER, “Harmonizing National and Federal European Private Laws, and a Plea for a Conflicts-of-law Approach”, M. BUSSANI Y U. MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 43-48, p. 48.

³ *Vid.*, v.gr., R. ARENAS GARCÍA, “Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito”, C. ESPLUGUES MOTA, P. DIAGO DIAGO Y P. JIMÉNEZ BLANCO (eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo blanch, 2019, pp. 23-51, p. 38.

⁴ *Cf.* P. HAY, O. LANDO, R. ROTUNDA, “Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration”, M. CAPPELLETTI, M. SECOMBE, J. WEILER (eds.), *Integration Through Law*, vol. I.2, Berlín, De Gruyter, 1986, pp. 161-259, pp. 168-170.

instrumentos de Derecho internacional privado uniforme, en tanto garantice a las relaciones privadas transfronterizas la seguridad jurídica necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, resulta una vía intermedia de coordinación legal acorde con las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 TUE). Este planteamiento facilita el respeto a la identidad cultural de los Estados miembros (en algunos de los cuales, como en España, incluso coexisten dentro de ellos diversas legislaciones territoriales en materias jurídico-privadas) en línea con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁵ -según el cual, la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros-, al tiempo que posibilita cierta competencia entre ordenamientos⁶.

6. El aludido objetivo de garantizar a las relaciones privadas transfronterizas la seguridad jurídica necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior aconseja que la técnica de coordinación básica a nivel comunitario sea la unificación de las normas sobre Derecho aplicable (especialmente de las aplicables a las situaciones intracomunitarias) y no su mera armonización. La preferencia por la unificación se traduce en la identificación del reglamento como instrumento normativo con eficacia directa y aplicación inmediata que resulta idóneo a estos efectos. El empleo de meras directivas objeto de posterior transposición en las legislaciones nacionales se considera que no garantiza con carácter general el nivel de previsibilidad requerido. Semejante planteamiento se corresponde, como se analizará más adelante, con la práctica reiterada en la adopción de actos comunitarios específicos de Derecho internacional privado desde el Tratado de Ámsterdam y condiciona cómo las legislaciones de los Estados miembros en la materia resultan desplazadas por las normas de la Unión. Además, el elevado número de Estados miembros de la UE tras sus sucesivas ampliaciones dificulta y es un factor adicional que desaconseja el empleo de convenios internacionales entre Estados miembros a estos efectos, frente a la práctica inicial en el seno de la Comunidad Económica Europea con base en el antiguo artículo 220 TCEE.⁷

7. Ese enfoque se ha traducido en la adopción en las últimas tres décadas de un conjunto significativo de reglamentos de la Unión con un amplio ámbito de aplicación y normalmente sin restricciones territoriales a su aplicación por los tribunales de los Estados miembros. Ello resulta determinante de la especial y profunda repercusión durante las últimas tres décadas del proceso de integración europea sobre el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, que ha sido mucho mayor que sobre el conjunto de nuestro Derecho privado.

III. Evolución del marco competencial e institucional

1. Tratado de Ámsterdam

8. Elemento clave en la europeización del Derecho internacional privado fue la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam,⁸ lo que incluso fue considerado como el cambio más importante producido en el ámbito del Derecho internacional privado en todo el siglo XX⁹. Entre las

⁵ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) Protocolos Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, DO C 202 de 7.6.2016, pp. 1-388

⁶ *Vid.*, en el contexto en el que se gestó la atribución de competencias específicas en materia de Derecho internacional privado a la Comunidad Europea, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario", *Dereito (Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela)*, vol. 5, 1996, pp. 9-48, pp. 19-22; A.V.M. STRUYCKEN, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, pp. 257-384, pp. 278-285; H. KOCH, "Private International Law: A Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?" *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 329-342, esp. pp. 336-339

⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y que entró en vigor el 1 de enero de 1958.

⁸ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340 de 10.11.1997, pp. 1-144.

⁹ A. BORRÁS, "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999 (2), pp. 383-426, p. 383.

novedades del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modificaron el TUE, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, destacó desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el que por primera vez figurara en el texto del TCE una mención expresa a “las normas... sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”.

9. En concreto, el art. 61 TCE dispuso que “(a) fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:... c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65”. Por lo tanto, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil pasó a ser competencia comunitaria, en los términos del artículo 65 TCE (que con ciertas modificaciones coinciden con los del actual art. 81 del TFUE). El artículo 65 TCE mencionó expresamente no sólo el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, sino también, entre otros, “los conflictos de leyes y de jurisdicción”. Se trató de una evolución que alteró sustancialmente la situación previa, en la que las normas convencionales elaboradas con base en el antiguo artículo 220 TCEE (convertido después en el art. 293 TCE) quedaban fuera del ámbito comunitario en sentido propio, sin perjuicio de que la participación en tales convenios internacionales se limitara a los Estados miembros y respecto de algún instrumento normativo, como el Convenio de Bruselas de 1968,¹⁰ antecedente del Reglamento 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis,¹¹ se garantizara su interpretación uniforme con intervención del entramado judicial comunitario.

10. Al dejar constancia expresa en el TCE de la necesidad de reforzar la uniformización de las normas sobre ley aplicable de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, el Título IV de la Tercera Parte TCE resultante del Tratado de Ámsterdam representó un progreso significativo, reflejando en el propio TCE que la falta de compatibilidad “de las normas sobre conflictos de leyes y jurisdicción” de los Estados miembros puede menoscabar el correcto funcionamiento del mercado interior. Además, la previsión expresa de competencias comunitarias en materia de Derecho internacional privado ha facilitado una elaboración sistemática de instrumentos comunitarios en este ámbito, superando la intervención legislativa puntual y esporádica en esta materia, tradicional de los actos de Derecho comunitario derivado adoptados previamente¹².

11. Como el empleo del artículo 61.c) TCE (y art. 67) en tanto que base jurídica sólo se preveía en el artículo 65 TCE “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, cabía cuestionar si esa base jurídica era suficiente para la adopción de medidas que unifiquen las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros y que tengan un ámbito de aplicación espacial universal. Este tipo de normas tienen como consecuencia desplazar por completo dentro de su ámbito de aplicación material y temporal a las normas de fuente interna de los Estados miembros, como las contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil (en línea con la situación bien conocida ya en relación con el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹³), incluso para determinar el régimen jurídico de relaciones vinculadas sólo con terceros Estados. Por ello, se podía cuestionar si realmente eran imprescindibles con un alcance tan amplio para el correcto funcionamiento del mercado interior y podían, por lo tanto, adoptarse con el artículo 65 TCE como única base jurídica.

12. Respecto al procedimiento de adopción, las medidas previstas en el artículo 65 TCE debían respetar los estrictos términos del artículo 67 TCE, que durante un periodo transitorio de cinco años man-

¹⁰ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), DO C 27 de 26/01/1998, pp. 1–33.

¹¹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32.

¹² Cf. F. POCAR, “La comunitarizzazione del Diritto internazionale privato: una *European Conflict of Laws Revolution*?”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. XXXVI, 2000, pp. 873–884, pp. 882–883.

¹³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DO L 266 de 9.10.1980, pp. 1–19.

tuvo un régimen casi intergubernamental respecto de estas cuestiones, al menoscabar las facultades de iniciativa normativa de la Comisión, limitar la intervención del Parlamento y exigir la unanimidad para que el Consejo decidiera. El Tratado de Niza¹⁴ incluyó en el artículo 67 TCE un nuevo apartado 5, según el cual “las medidas previstas en el artículo 65 TCE, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia” debían ser adoptadas por el Consejo de conformidad con el procedimiento de codecisión establecido en el artículo 251 TCE. En consecuencia, respecto de las medidas en el ámbito del Derecho de familia continuó aplicándose la unanimidad tras la entrada en vigor del Tratado de Niza, en contraste con la situación respecto de las reglas de Derecho internacional privado referidas a otras materias

13. La posibilidad de plantear ante el Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales respecto a la interpretación del nuevo Título IV de la Parte III TCE (en el que se integraba el art. 65) y a la validez o interpretación de actos de instituciones comunitarias basados en ese Título aparecía formulada en el artículo 234 TCE en términos más estrictos que los que operan con carácter general. La restricción se manifestaba en que tales cuestiones prejudiciales en el marco del mencionado Título IV sólo podían proceder de los tribunales nacionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

2. Tratado de Lisboa

14. El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa,¹⁵ que modificó el TCE, que pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El Tratado de Lisboa no alteró de manera sustancial la situación establecida tras el Tratado de Ámsterdam en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del Derecho internacional privado. No obstante, sí implicó algunos cambios relevantes, en buena medida vinculados a la transformación institucional llevada a cabo por el propio Tratado de Lisboa, que entre otras cuestiones determinó que –finalmente– la Unión Europea, que pasaba a estar dotada de personalidad jurídica, sustituyera a la Comunidad Europea.

15. El carácter continuista del TFUE en el ámbito del Derecho internacional privado queda de manifiesto al comparar que los aspectos más significativo del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE, que es el único que integra el Capítulo titulado “Cooperación judicial en material civil” que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE.

16. En lo que respecta a los tres sectores básicos del Derecho internacional privado, el artículo 81 TFUE se limita a reiterar los términos del artículo 65 TCE, si bien incorpora algunos añadidos. Destaca el potencial de la inclusión de la referencia en el artículo 81.e) TFUE a la posibilidad de adoptar en este ámbito las medidas necesarias para “garantizar” la tutela judicial efectiva. Se pretende así reforzar lo que afirma el artículo 67.4 TFUE (que es el primero del mencionado Título V y que contiene ciertas disposiciones generales), que sólo establece que la Unión “facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

17. El hecho de que en relación con los tres sectores básicos del contenido del Derecho internacional privado el artículo 81 TFUE se limite a reproducir en lo fundamental los términos del artículo 65 TCE no merece una opinión especialmente favorable. Teniendo en cuenta la experiencia y los logros de la década precedente, cabía haber aprovechado la modificación de los tratados constitutivos llevada a

¹⁴ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 80 de 10.3.2001, pp. 1-87.

¹⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DO C 306 de 17.12.2007, pp. 1-271

cabo en el Tratado de Lisboa para prever una atribución de competencia a las instituciones de la Unión en términos más precisos y respetuosos con las necesidades de la integración y el modo como esas competencias se habían ya venido ejerciendo. Por ejemplo, resulta claro que los Reglamentos Roma I¹⁶ y Roma II¹⁷ no se limitan a garantizar “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes”, como se afirma en el artículo 81 TFUE. Esos instrumentos, y los otros adoptados posteriormente en materia de ley aplicable en el marco del artículo 81 TFUE, lo que establecen es una auténtica unificación de normas de ese sector en sus respectivos ámbitos de aplicación, lo que determina el desplazamiento de normas nacionales, como las contenidas en los apartados 4, 5, 6 y 9 del artículo 10 del Código civil.

18. La experiencia acumulada ya en los años precedentes y el peculiar significado de las normas de Derecho internacional privado como instrumento de integración en el marco de la UE avalaban que en los diversos sectores del Derecho internacional privado lo aconsejable en el ámbito de la Unión es la verdadera unificación de las normas de competencia judicial internacional y derecho aplicable, como reflejaban ya el Reglamento Bruselas I, el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II. Resulta evidente que tales instrumentos no se limitan a la “aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 TFUE) ni a garantizar sencillamente la compatibilidad de las normas de los Estados miembros en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable. Por ello, hubiera sido aconsejable una redacción diferente del artículo 81 TFUE que dejara claro que la atribución de competencia a la Unión en esta materia comprende la posibilidad de establecer normas comunes y unitarias que implican una verdadera unificación, típicamente mediante reglamentos

19. El Tratado de Lisboa sí introdujo algo más de flexibilidad en uno de los aspectos en los que los términos restrictivos de la atribución de competencias en materia de Derecho internacional privado habían planteado más dudas en relación con el artículo 65 TCE, como ha quedado antes indicado. Ese artículo hacía referencia en su primer párrafo a que pueden adoptarse en este ámbito medidas “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, restricción que generó dudas acerca de las posibles limitaciones de esa base jurídica para la adopción de normas de alcance universal, como las empleadas en la unificación de las reglas de conflicto llevada a cabo por el Reglamento Roma I y Roma II, así como los instrumentos posteriores en materia de Derecho aplicable.

20. Como los motivos de que ese tipo de instrumentos no tengan restricciones espaciales o territoriales a su ámbito de aplicación son convincentes, y se trata de una opción necesaria para evitar la complejidad e inseguridad jurídica inherente a la existencia de reglas de conflicto específicas para las situaciones intracomunitarias, resultaba cuestionable esa pretendida limitación a lo que sea necesario para el mercado interior. Sobre este particular, el artículo 81 TFUE introdujo un elemento adicional de flexibilidad, coherente con la práctica previa -y posterior- de las instituciones comunitarias al adoptar reglamentos en este ámbito, pues matiza la vinculación con el mercado interior, al hacer referencia en su apartado 2 a “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. Al añadir “en particular” la redacción actual aclara que permite la adopción de ese tipo de reglas de conflicto de carácter universal sin requerir una justificación específica de que resultan necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.

21. Otro aspecto importante en el que el Tratado de Lisboa consolidó el marco establecido por el Tratado de Ámsterdam –sin perjuicio de la repercusión de los cambios institucionales- es el relativo al procedimiento legislativo de adopción de las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Se mantiene el tratamiento específico de las medidas relativas al Derecho de familia para las que

¹⁶ Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008, pp. 6-16.

¹⁷ Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007, pp. 40-49.

el artículo 81.3 TFUE prevé la necesidad de que el Consejo se pronuncie por unanimidad, en línea con la situación previa conforme al artículo 67 TCE, lo que ha resultado en la práctica determinante de la relevancia del mecanismo de la cooperación reforzada para la adopción de algunos de los instrumentos. Salvo en materia de Derecho de familia, el resto de las medidas en este ámbito se adoptarán, de conformidad con el artículo 81.2 TFUE, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, regulado en el artículo 294 TFUE (antiguo art. 251 TCE).

22. Asimismo, tras el Tratado de Lisboa se mantuvo la peculiar posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca –prevista en el artículo 69 TCE–, para que pudieran quedar al margen de los diversos instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Así resultó de lo dispuesto en el Protocolo (nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, así como del Protocolo (nº 22) sobre la posición de Dinamarca.

23. Un aspecto en el que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa representó un avance notable fue el relativo a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cuestiones prejudiciales relativas, entre otras, a la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE). En el régimen previo introducido por el Tratado de Ámsterdam, el muy criticado artículo 68 TCE preveía la aplicación de un régimen diferenciado, distinto del establecido con carácter general en el artículo 234 TCE, que en la práctica restringía los tribunales de los Estados miembros que podían plantear cuestiones prejudiciales en este ámbito, pues limitaba esa posibilidad a los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

24. Tras el Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia adquirió una competencia prejudicial general en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, al desaparecer el artículo 68 TCE. La competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil tiene como consecuencia que todos los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia también en este sector, lo que resulta un avance significativo, habida cuenta de que en relación con instrumentos que regulan aspectos como la competencia judicial internacional pueden estar presentes especiales intereses que justifican que la cuestión prejudicial se plantee en la fase inicial del litigio, pues, por ejemplo, puede ser determinante de que los tribunales de ese Estado carezcan de competencia para conocer del litigio.

IV. Rasgos básicos de la europeización de las normas de Derecho aplicable

1. Unificación

25. Entre las características de los instrumentos de Derecho internacional privado adoptados con base en las disposiciones que introdujo el Tratado de Ámsterdam en el TCE, contenidas ahora en el artículo 81 TFUE, cabe destacar el dato de que siempre el tipo de acto elegido para establecer normas comunes sobre ley aplicable ha sido el reglamento. Ciertamente, en el ámbito de la Unión se halla ampliamente consolidado el criterio de que una coordinación efectiva de las reglas de conflicto requiere su unificación, lo que implica el empleo del reglamento como instrumento normativo. Por otra parte, la vinculación de las normas unificadas sobre ley aplicable con los objetivos de integración y con el correcto funcionamiento del mercado interior, se corresponde con la importancia atribuida en la configuración de esas normas al objetivo de proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica.

26. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la actividad normativa de las instituciones comunitarias en el ámbito de la ley aplicable se ha traducido en la adopción de reglamentos, que ha supuesto una unificación de las normas de conflicto entre los Estados miembros de amplio alcance. En línea con las particulares características de este instrumento como medio de unificación, se trata de

actos que son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 288 TFUE. Lo anterior determina que típicamente desplacen de manera directa dentro de su ámbito de aplicación a las normas preexistentes nacionales en materia de ley aplicable, como las contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

27. El recurso a ese tipo de acto es un elemento común a todos los instrumentos de cooperación judicial civil adoptados en este ámbito, como reflejan, en particular, los siguientes instrumentos: Reglamento Roma I; Reglamento Roma II; Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos;¹⁸ Reglamento (UE) 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)¹⁹; Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones mortis causa;²⁰ Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia;²¹ Reglamento (UE) 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales;²² y Reglamento (UE) 2016/1104 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.²³ También es el tipo de acto elegido en los trabajos actualmente en curso para expandir la unificación de las normas sobre ley aplicable a nuevos ámbitos, como los derechos reales²⁴, la filiación²⁵ y la protección de adultos.²⁶

28. La unificación de las normas de conflicto en el seno de la UE ha resultado especialmente efectiva en la medida en que ha tenido lugar mediante la adopción de instrumentos específicos que contienen normas que desplazan a las existentes en los Estados miembros y que regulan –dentro del ámbito material y temporal del instrumento correspondiente– el conjunto de las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso en los supuestos en los que la ley designada no es la de un Estado de la UE

29. Más allá de los instrumentos específicos elaborados en el ámbito de la cooperación judicial civil, la creación de reglas de conflicto uniformes en otros instrumentos del derecho derivado tiene una repercusión limitada sobre los sistemas nacionales, incluidas las normas sobre ley aplicable del Título Preliminar del Código civil. A este respecto, cabe señalar que la creación de ciertas instituciones jurídico-privadas de ámbito supranacional que no eliminan las instituciones equivalentes de ámbito nacional, pero atribuyen a los operadores la opción entre la de ámbito comunitario y la nacional, ha tenido lugar mediante reglamentos que incluyen ciertas normas sobre ley aplicable. Este fenómeno resulta bien conocido, en particular, en el sector societario, mediante la sociedad anónima europea²⁷ y la sociedad

¹⁸ Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009, pp. 1–79.

¹⁹ Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010, pp. 10–16

²⁰ Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7.2012, pp. 107–134.

²¹ Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (versión refundida), DO L 141 de 5.6.2015, pp. 19–72.

²² Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016, pp. 1–29.

²³ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183 de 8.7.2016, pp. 30–56.

²⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, COM/2018/096 final, de 12 de marzo de 2018

²⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM/2022/695 final, de 7 de diciembre de 2022

²⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM/2023/280 final, de 31 de mayo de 2023.

²⁷ *Vid.* artículo 1.1 Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L 294 de 10.11.2001, pp. 1–21.

cooperativa europea²⁸; así como en el de la propiedad industrial, mediante, entre otros, los reglamentos sobre la marca comunitaria y el diseño comunitario²⁹.

30. Como los reglamentos que crean estas instituciones jurídicas no proporcionan una regulación omnicomprensiva, y el ordenamiento comunitario, por el limitado alcance de sus reglas de Derecho privado, no puede colmar esas lagunas, resulta normalmente relevante fijar una norma que determine la legislación de qué Estado miembro debe completar en cada caso las carencias de la normativa comunitaria. Ahora bien, el impacto uniformizador de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de estas reglas de conflicto comunitarias es muy limitado, en la medida en que su función se reduce a determinar qué ordenamiento de un Estado miembro debe ser empleado para suplir las carencias normativas de las disposiciones comunitarias reguladoras de esa concreta institución europea.

31. Por otra parte, también tiene un impacto limitado el que ciertas directivas de armonización contienen normas sobre ley aplicable en materias particulares, incluyendo reglas sobre la aplicabilidad de normas de armonización a situaciones jurídico-privadas transfronterizas. Se trata de reglas que determinan las situaciones a las que resulta de aplicación la normativa de armonización, por lo que su empleo suele ser clave en situaciones en las que la directiva fija un nivel unitario de protección, que proporciona un nivel de tutela más elevado que el que está presente en muchos sistemas extranjeros, de modo que la norma sobre ley aplicable concreta la vinculación exigida con la UE como determinante de la imperativa aplicación del estándar de protección. Las normas sobre el particular imponen un mandato a los Estados miembros de garantizar la aplicación del estándar de protección a todas las relaciones transfronterizas que presenten un vínculo significativo con la Comunidad, como sucede con el artículo 6.2 de la Directiva 1993/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores y el artículo 12 de la Directiva 2008/122/CE sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico³⁰. Se trata de normas cuya transposición en nuestro ordenamiento no tuvo lugar mediante la modificación de las normas del Título Preliminar del Código Civil sino en el marco de la legislación específica de transposición de las correspondientes directivas, como es el caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³¹ y de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.³²

2. Universalidad y geografía variable

32. Además de su adopción mediante reglamentos, otro rasgo común relevante de todos los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial civil reguladores de la ley aplicable es su carácter universal. La ley designada por las reglas de conflicto de cada uno de esos instrumentos se aplica aunque no sea la de un Estado miembro. Por consiguiente, se trata de instrumentos cuyas normas

²⁸ *Vid.* artículo 8 Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DO L 207 de 18.8.2003, pp. 1–24.

²⁹ *Vid.* artículo Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada), DO L 154 de 16.6.2017, pp. 1–99; artículo 88 Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, DO L 3 de 5.1.2002, pp. 1–24. Además, *vid.* artículo 8.2 Reglamento Roma II. En relación con la interpretación de este último, *vid.* STJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia*, C-421/20, EU:C:2022:152.

³⁰ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, DO L 33 de 3.2.2009, pp. 10–30.

³¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Véase la STJCE de 9 de septiembre de 2004, Comisión c. España, C-70/03, EU:C:2004:505, que declara el incumplimiento de España al no haber adaptado plenamente el Derecho español al artículo 6.2 Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas.

³² BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

sobre ley aplicable resultan de aplicación por los tribunales de los Estados miembros sin ninguna restricción territorial en todas las situaciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación material, que comporten un conflicto de leyes, es decir están conectadas con dos o más ordenamientos jurídicos. A modo de ejemplo, las normas del Reglamento Roma II resultan de aplicación con independencia de cuál sea la nacionalidad o residencia habitual del presunto responsable y de la víctima, de dónde se localice el daño, y de que la ley designada por la regla de conflicto sea o no la de un Estado miembro (art. 3)

33. Ese alcance espacial tan amplio de los instrumentos que unifican las normas sobre ley aplicable es determinante para evitar la coexistencia de normas de conflicto diferentes para las situaciones intracomunitarias y extracomunitarias, lo que podría ser una fuente de inseguridad jurídica.³³ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ilustra su sentencia *Owusu*³⁴, ha puesto de relieve en el marco de la competencia judicial internacional que las normas que tienen como objetivo eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior pueden ser normas que no se apliquen únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior. El objetivo de eliminar los obstáculos al mercado interior puede justificar que sean también de aplicación a otras situaciones que contengan un elemento de extranjería. Asimismo, en su Dictamen 1/03 el Tribunal de Justicia puso de relieve que el capítulo II del RBI tiene por objeto unificar las reglas de competencia, no sólo para los litigios de carácter intracomunitario sino también para los que contengan un elemento de extranjería, con la finalidad de eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior resultantes de las diferencias entre las legislaciones nacionales en la materia. Sus normas establecen un sistema global aplicable no sólo a las relaciones entre los Estados miembros³⁵. Si bien estas afirmaciones en la jurisprudencia del TJCE han ido referidas a la unificación de las reglas de competencia judicial internacional, cabe entender que pueden proyectarse también sobre la unificación de las reglas de conflicto

34. Como ha quedado ya apuntado, esta evolución resultó avalada por el Tratado de Lisboa que, para facilitar la adopción de instrumentos sobre ley aplicable con un ámbito de aplicación universal, modificó la redacción del antiguo artículo 65 TCE introduciendo un elemento de flexibilidad en el actual artículo 81 TFUE. Su apartado 2 hace ahora referencia a la adopción por la Unión de instrumentos con normas sobre ley aplicable “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. Al añadir “en particular” se pretendía aclarar que esta base jurídica permite la adopción de reglas de conflicto de carácter universal

35. A modo de ejemplo, el ámbito de aplicación material y alcance universal del Reglamento Roma I -y de su antecedente el Convenio de Roma de 1980- son determinantes de la marginación de las normas del Código Civil sobre ley aplicable a los contratos. Conforme al art. 1.1. del Reglamento Roma I, sus disposiciones son aplicables a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, de manera que su regulación va dirigida a determinar el régimen aplicable a todos los contratos internacionales y desplaza a las normas nacionales en la materia. Esta conclusión no resulta alterada en lo sustancial por el hecho de que el ap. 2 del art. 1 Reglamento Roma I prevea que sus normas no se aplicarán a una serie de cuestiones, pues se trata de materias en las que la determinación de la ley aplicable no ha tenido lugar tradicionalmente a través de las reglas de conflicto en el ámbito contractual, sino que han sido objeto de un tratamiento específico, que justifica su exclusión del Reglamento Roma I y del Convenio de Roma. En concreto, entre las materias que quedan expresamente al margen se encuentran las relativas a: estado civil; capacidad (sin perjuicio de que los arts. 13 Reglamento Roma I y 11 Convenio de Roma establecen una regla sobre el particular); contratos

³³ Destacando que la universalidad es la única opción razonable en el caso de las normas sobre ley aplicable, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cincuenta años de Derecho internacional privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, *50 años de Derecho internacional privado... op. cit.*, pp. 53-86, p. 56.

³⁴ STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, EU:C:2005:120.

³⁵ *Vid.* Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, relativo a la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, apdos. 142-146.

sucesorios y matrimoniales; derechos y obligaciones derivados de relaciones de familia; obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables cuando se trate de obligaciones que deriven de su carácter negociable; convenios de arbitraje y de elección de foro; cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas.

36. El TJUE ha confirmado que como el RRI, según su artículo 1.1, “se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, también es aplicable a los contratos entre parte de una misma nacionalidad “siempre que incluyan un elemento de extranjería”, por ejemplo, al tenerse que ejecutar alguna de las prestaciones contractuales en otro Estado o al presentar vínculos con operaciones con conexiones con otros Estados. La circunstancia de que en esas situaciones la nacionalidad común sea de un Estado miembro o de un tercer Estado resulta en principio irrelevante, pues el otro factor -junto al elemento de extranjería- determinante para la aplicación del RRI, que conforme a su artículo 2 tiene un ámbito de aplicación universal, es que se trate “de un litigio ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro” (como es el caso de España).³⁶

37. Como consecuencia de su alcance universal, las normas de conflicto de todos los reglamentos con normas sobre ley aplicable adoptados en el marco de la cooperación judicial civil resultan de aplicación por los tribunales o autoridades españoles en el ámbito material cubierto por el reglamento correspondiente con independencia de que los otros ordenamientos con los que esté vinculada la situación sean o no de Estados miembros. El carácter universal de todos estos reglamentos determina el desplazamiento dentro de su ámbito material de las normas del régimen de fuente interna, como las incluidas en los artículos 9.2, 9.8, 10.4, 10.5, 10.6, 10.8 y 11 Código Civil.

38. Asimismo, el desplazamiento total dentro del ámbito material correspondiente de las normas de conflicto nacionales ha condicionado la nueva redacción dada a los artículos 9.6 y 9.7 Código Civil por el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. En concreto, la remisión inicial del nuevo artículo 9.6 Código Civil en materia de ley aplicable a la protección de menores únicamente al Convenio de La Haya de 1996 responde al ámbito de aplicación universal que presentan las normas de derecho aplicable de ese instrumento internacional.

39. Por su parte, la redacción dada al artículo 9.7 Código Civil en la Ley 26/2015 se limita a reflejar que, por su alcance universal y ámbito de aplicación material, para nuestros tribunales y autoridades resulta en todo caso determinante en materia de obligaciones de alimentos entre parientes el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Virtud de esa modificación fue eliminar de nuestro ordenamiento las antiguas reglas sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias del artículo 9.7 Código Civil previo, desplazadas totalmente desde hace años por la normativa internacional, de modo que su pervivencia en el Título preliminar del Código Civil únicamente podía ser fuente de confusión. No obstante, el modo como se lleva a cabo ahora la referencia a la normativa internacional puede suscitar dudas. Teniendo en cuenta que la UE tiene competencia exclusiva en esta materia y que la aplicación del mencionado Protocolo de La Haya de 2007 en nuestro sistema es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento (CE) 4/2009 en materia de alimentos, relativo también a la ley aplicable, podría haber resultado apropiado la referencia a la legislación de la UE.

40. Al margen de las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, cabe reseñar que el carácter universal del Reglamento Roma III explica también que la modificación del apartado 2 del artículo 107 Código Civil por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, suprimiera las normas de fuente interna sobre ley aplicable a la separación o divorcio previamente contenidas en el artículo 107.2 Código Civil y las sustituyera por la remisión a las normas de la Unión Europea.

³⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Diamond Resorts Europe y otros*, C-632/21, EU:C:2023:671.

41. Un factor que limita el alcance de la unificación llevada a cabo por los instrumentos de la Unión en materia de cooperación judicial internacional es que no resultan de aplicación en todos los Estados miembros.

42. Por una parte, de acuerdo con el Protocolo núm. 21 del TFUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia y su Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca estos tres países tienen la posibilidad de no participar en esos instrumentos, lo que -dejando de lado la situación del Reino Unido, habida cuenta del Brexit-, se ha traducido en que Dinamarca se haya mantenido en gran medida al margen de la cooperación en este ámbito.

43. Por otra parte, conforme al artículo 81.3 TFUE, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, en el que el Consejo se pronunciará por unanimidad. La imposibilidad de alcanzar la unanimidad se ha traducido en que buena parte de los instrumentos sobre ley aplicable en esa materia se hayan adoptado mediante la instauración de una cooperación reforzada entre una parte de los Estados miembros de la UE. Tal es el caso, en particular, del Reglamento (UE) 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y Reglamento (UE) 2016/1104 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

44. No obstante, cabe señalar que la no participación en esos instrumentos de ciertos Estados de la Unión carece de relevancia desde la perspectiva de la aplicación de las normas sobre ley aplicable de estos instrumentos por los tribunales y autoridades españolas. Como consecuencia del carácter universal de sus reglas sobre ley aplicable, éstas se aplican respecto de las situaciones internacionales vinculadas con Estados no participantes, e incluso cuando designan como aplicable la ley de un Estado no participante. En consecuencia, las normas sobre ley aplicable de esos instrumentos desplazan dentro de su ámbito material a las del sistema de fuente interno español (por ejemplo, el art. 9.2 Código Civil relativo a la ley aplicable a los efectos del matrimonio), con independencia de que ciertos Estados miembros de la Unión no participen en tales instrumentos.

3. Transformación del sistema español

45. Ha quedado ya señalado que, más allá de los instrumentos iniciales en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, la unificación de las normas sobre ley aplicable en el marco de la cooperación judicial civil en el seno de la UE se ha ido expandiendo a otros ámbitos cubiertos por las normas del Capítulo Cuarto del Título Preliminar del Código Civil, incluyendo las sucesiones mortis causa, así como en materia matrimonial. Asimismo, mediante la interacción con convenios internacionales, la unificación se ha extendido a los ámbitos de protección de menores y obligaciones alimenticias entre parientes.³⁷

46. Esta intervención legislativa ha tenido lugar en circunstancias en las que no solo ha determinado que la eventual aplicación de las reglas de conflicto de fuente interna sea residual en la mayoría de las materias, lo que se vincula con el amplio alcance de los instrumentos adoptados, sino que, además, las normas preexistentes han sido sustituidas por otras basadas en criterios muy diferentes.³⁸ Esta constatación ha implicado una transformación profunda de elementos básicos de nuestro sistema con-

³⁷ De cara a la evolución futura, reviste especial trascendencia la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos, COM/2023/281 final, de 31 de mayo de 2023

³⁸ Desde una perspectiva general, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, "El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: valores y principios regulativos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 2020, pp. 11-40.

flictual, Así, cabe hacer referencia a la expansión de la autonomía conflictual a nuevas materias que han propiciado las normas de conflicto europeas, su mayor flexibilidad con base en la importancia atribuida al principio de proximidad, así como al desplazamiento de la nacionalidad como punto de conexión en beneficio de otros criterios, incluido el de la residencia habitual

47. A modo de ejemplo, el desplazamiento de las normas de conflicto en materia contractual del Código Civil ha resultado en una apreciable evolución hacia reglas mejor adaptadas a las exigencias de la contratación internacional, que incluye un régimen específico para los contratos de consumo, así como una previsión de la posible eficacia de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. Además, esa transformación se aprecia de manera especial en los criterios generales de determinación de la ley aplicable.

48. Por una parte, el Reglamento Roma I no contempla ciertas restricciones a la elección de la ley aplicable impuestas en el art. 10.5.º Código Civil, que limita la eficacia de la elección a los supuestos en los que es expresa y además solo admite la elección de una ley «que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate». El sistema del RRI favorece que las partes puedan alcanzar un acuerdo acerca de la ley aplicable al suprimir esas limitaciones. Por otra parte, en relación con la ley aplicable a falta de elección, el RRI establece criterios basados en el principio de proximidad que contrastan con la rigidez de las reglas establecidas en el art. 10.5.º Código Civil.

49. En concreto, conforme al art. 10.5.º Código Civil, en defecto de elección por las partes, a las obligaciones contractuales se aplicará: «la ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato». La circunstancia de que en la contratación internacional no sea frecuente que las partes compartan nacionalidad o residencia habitual determina que en el art. 10.5.º Código civil el criterio básico para determinar la ley del contrato sea en la práctica el lugar de celebración del contrato. Para concretar el lugar de celebración en la legislación española resulta determinante que los arts. 1.262 Código Civil y 54 Código de Comercio establecen que los contratos entre ausentes se presumen celebrados en el lugar en que se hizo la oferta, si bien en materia de contratación electrónica se ha introducido una norma específica. De acuerdo con el art. 29 LSSI, las normas relativas a los contratos celebrados por vía electrónica fijan el lugar de celebración en el establecimiento del prestador de servicios, salvo cuando intervenga como parte un consumidor, supuesto en el que el lugar de celebración será el de la residencia habitual del consumidor. La inclusión de esta regla responde al objetivo de favorecer la tutela de la posición de los consumidores en la contratación electrónica internacional. No obstante, su utilidad para lograr ese objetivo resulta muy limitada, pues las disposiciones relevantes para determinar la legislación aplicable en materia de contratos internacionales de consumo —básicamente, el art. 6 RRI— no utilizan el lugar de celebración del contrato como punto de conexión.

50. El abandono del lugar de celebración del contrato como punto de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales en el RRI conduce a marginar un criterio de conexión poco apropiado, por su rigidez (no permite valorar otras circunstancias del contrato que pueden ser mucho más significativas para su localización) y por estar basado en un elemento que puede resultar circunstancial o casual, pues, además, en la contratación entre ausentes —tan frecuente ahora en las transacciones internacionales— el lugar de celebración constituye ante todo una ficción jurídica

51. También la entrada en vigor del Reglamento Roma II supuso una profunda evolución de la regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en nuestro ordenamiento. Desde la perspectiva española, resulta clave el dato de que sus soluciones para determinar con carácter general la ley aplicable a una obligación extracontractual se basan en buena medida en criterios distintos de los que inspiran el artículo 10.9 Código Civil que previamente regulaba la ley aplicable a todos los supuestos de responsabilidad para los que no existía una regla específica³⁹.

³⁹ Vid. M.A. AMORES CONRADI, “Artículo 10. Apartado 9”, M. ALBALADEJO Y S. DIAZ ALABART (dirs.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, t. I, vol. 2, pp. 729-769.

52. El efecto transformador del Reglamento Roma II es en primer lugar consecuencia de su ámbito de aplicación espacial y material. Como ha quedado ya señalado, el Reglamento tiene alcance universal y resulta de aplicación por los tribunales españoles con independencia de los vínculos que la obligación extracontractual presente con España o con la UE, pues ha de ser aplicado siempre que se trate de obligaciones extracontractuales en “situaciones que comportan un conflicto de leyes” –es decir que presentan conexiones con varios ordenamientos nacionales-, obviamente en la medida en que los tribunales españoles tengan competencia judicial internacional para conocer del litigio. Por consiguiente, cuando una situación se halla comprendida en el ámbito material del Reglamento resultan desplazadas las normas previamente aplicables del sistema español, en particular, el artículo 10.9 Código Civil, pero también otras como el artículo 10.4 Código Civil o, en su momento, el artículo 4 Ley 3/1991 de Competencia Desleal Ley⁴⁰.

53. El amplio alcance material del Reglamento Roma II resulta, por lo tanto, decisivo de la medida en la que sus normas sustituyen a las del sistema español de fuente interna. Conforme a su artículo 1 el Reglamento se aplica al conjunto de las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, incluyendo las derivadas de un enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos y los tratos previos a la celebración de un contrato, con exclusión únicamente de las materias enumeradas en su apartado 2. Ahora bien, ese apartado 2 –muy próximo a la norma similar del Reglamento Roma I- hace referencia en su mayor parte a cuestiones relativas a sectores diversos del de la responsabilidad civil extracontractual y que típicamente quedan subsumidas en el supuesto de hecho de normas de conflicto diferentes, de modo que su exclusión del ámbito del Reglamento no tiene como consecuencia que resulte aplicable el artículo 10.9 Código Civil. Ese es el caso de la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas de relaciones familiares; regímenes económicos matrimoniales; testamentos y sucesiones; letras de cambio, cheques, pagarés y otros instrumentos negociables; y del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas respecto de cuestiones como su constitución, capacidad jurídica, funcionamiento y disolución.

54. Especial trascendencia práctica –y difícil justificación- tiene la exclusión del ámbito material del Reglamento Roma II de “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación” –artículo 1.2.g)-. Es ahora muy habitual que este tipo de conductas se desarrollen a través de medios de comunicación difundidos en una pluralidad de países e incluso con potencial alcance global como es característico de Internet, lo que condiciona que la necesidad de determinar la ley aplicable sea muy frecuente y que la cuestión se plantee en términos especialmente complejos pudiendo dar lugar a que resulten simultáneamente aplicables un número muy elevado de leyes. Por ello, la unificación a escala comunitaria de la ley aplicable en esta materia resultaba especialmente oportuna, en un ámbito en el que la interpretación de los sistemas de los Estados miembros presenta una notable incertidumbre.

55. Es de lamentar, por lo tanto, la incapacidad del legislador comunitario para regular una materia en la que la unificación es especialmente necesaria. La ausencia de una regla sobre el particular es en gran medida consecuencia de la presión ejercida por los medios de comunicación y otros grupos de intereses afines que rechazaban una solución del tipo de la incluida en la Anteproyecto inicial de Reglamento presentado por la Comisión en 2002 cuyo artículo 7 establecía la aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima. Por lo tanto, desde la perspectiva española, continúa siendo de aplicación el artículo 10.9 Código Civil para determinar la ley aplicable en esta materia.

56. El ámbito material del Reglamento Roma II condiciona también que el desplazamiento de alguna de las reglas de conflicto de fuente interna afectadas por el Reglamento no sea total, en la medida

⁴⁰ La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (*BOE* núm. 315, de 31.12.2009) eliminó de la norma sobre el ámbito de aplicación espacial contenida en el artículo 4 Ley de Competencia Desleal, aclarando en su Exposición de Motivos que precisamente el Reglamento Roma II “permite suprimir cualquier referencia a su ámbito de aplicación territorial”.

en que el supuesto de hecho de la norma interna cubre materias que van más allá de la responsabilidad civil extracontractual. Así resulta en particular del contraste entre el supuesto de hecho del artículo 10.4 Código Civil y el artículo 8 Reglamento Roma II que desplaza parcialmente al anterior.

57. El modelo al que responde el artículo 10.4 Código Civil se caracteriza por regular de una manera unitaria la ley aplicable a todas las cuestiones relativas al régimen de los derechos de propiedad industrial e intelectual. De esta manera, la regla de conflicto en la materia, mediante el recurso a la *lex loci protectionis*, determina la ley aplicable, entre otros aspectos, a: la concesión de esos derechos y los requisitos a los que se subordinan su otorgamiento; la determinación de su titular originario; la duración, renuncia, caducidad y nulidad de los derechos; sus efectos y las facultades conferidas a su titular; así como su transmisibilidad; los actos que constituyen infracción de los mismos; las consecuencias de la infracción; y los efectos frente a terceros de los contratos de explotación. Por el contrario, el artículo 8 Reglamento Roma II, en coherencia con el ámbito de aplicación de ese instrumento, determina la ley aplicable en concreto a “la obligación extracontractual que se derive de la infracción de un derecho de propiedad intelectual”. Por lo tanto, su supuesto de hecho es limitado y no comprende importantes aspectos del régimen de esos derechos, que continúan regidos por el artículo 10.4 Código Civil tras la entrada en vigor del Reglamento Roma II.

58. Ahora bien, lo que interesa destacar en este momento es que el efecto transformador del Reglamento sobre el sistema español de Derecho internacional privado no resulta sólo del amplio alcance dentro del que desplaza a las normas del Título Preliminar previamente aplicables sino también del hecho de que responde en gran medida a un modelo de regulación basado en criterios distintos a los recogidos en el régimen de fuente interna. Sin perjuicio de la existencia de soluciones coincidentes, como ocurre precisamente con el recurso al criterio *lex loci protectionis* en el artículo 8 Reglamento Roma II y en el artículo 10.4 Código Civil, el Reglamento implicó una notable modernización de la regulación general de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales cuando se compara con la situación existente hasta entonces en el régimen de fuente interna, que se limitaba básicamente al artículo 10.9 Código Civil.

59. Frente al carácter general, rígido, y excluyente de la autonomía de la voluntad del modelo resultante del artículo 10.9 Código Civil, el Reglamento responde a una mayor especialización, así como a una flexibilización respetuosa con el principio de proximidad, al tiempo que introduce, aunque con significativas restricciones, la libertad de las partes para seleccionar la ley aplicable. Ciertamente, en el sistema español de fuente interna la breve norma del primer párrafo del artículo 10.9 Código Civil (“Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”) agotaba la regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de hechos dañosos, sin perjuicio de la existencia de reglas específicas en materia de protección de la propiedad industrial e intelectual y de competencia desleal en la medida en que las obligaciones no contractuales en esos ámbitos quedaban sometidas a las reglas sobre ley aplicable propias de esos sectores del ordenamiento. El artículo 10.9 Código Civil se limitaba a añadir reglas específicas con respecto a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la gestión de negocios y del enriquecimiento sin causa.

60. El Reglamento Roma II incorpora una cierta especialización, como refleja el hecho de que incorpore reglas específicas sobre los daños causados por productos defectuosos, los daños medioambientales y los daños causados por una acción de conflicto colectivo. Por otra parte, frente al modelo rígido del artículo 10.9 Código Civil, la norma general del artículo 4 Reglamento Roma II si bien aparece configurada de un modo más estricto en lo que se refiere a la concreción del punto de conexión, pues precisa que la ley aplicable es “la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño”,⁴¹ introduce una cierta flexibilidad mediante la cláusula de correc-

⁴¹ STJUE de 17 de mayo de 2023, *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme y d’Autres Infractions*, C-264/22, EU:C:2023:417, apdo. 18.

ción basada en el principio de proximidad de su apartado 3. Otra diferencia importante frente al modelo de regulación del artículo 10.9 Código Civil, que no contempla la autonomía de la voluntad y ha sido tradicionalmente interpretado en el sentido de que excluye tal posibilidad, es que el Reglamento introduce en su artículo 14 la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable, siempre que se respeten ciertos límites.

61. Desde la perspectiva española y los límites a la transformación de nuestro sistema por las carencias de la unificación a escala de la Unión, tiene especial relevancia que, como ha quedado apuntado, la exclusión en el artículo 1.2.g) del Reglamento Roma II de las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, determina que en relación con esta importante categoría de ilícitos continúa siendo de aplicación el artículo 10.9 CC, pues nuestro sistema de no cuenta con un régimen diferenciado para esa categoría de ilícitos.

62. Conforme al artículo 10.9 CC, «(l)as obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven». Esta norma, que determina con carácter general la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales mediante la tradicional regla *lex loci delicti*, no precisa cuál es el lugar del daño en las situaciones en las que el hecho causal y el resultado lesivo se producen en distintos países, como es frecuente en Internet.

63. Ante la ausencia de criterios de solución sobre el particular en el artículo 10.9 Código civil, goza de amplio apoyo en nuestro sistema el empleo como criterio de base en tales situaciones de la regla de la ubicuidad, que permite al demandante fundar su reclamación bien en el ordenamiento del país donde se localiza el hecho causal bien en la ley del país donde se manifiesta el daño, salvo en supuestos en los que sea posible determinar objetivamente que entre los varios lugares «donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» las obligaciones existen comparativamente niveles de proximidad dispares con la situación, de manera que el criterio de ubicuidad no se corresponde ya con el fundamento de la norma, sino que procede el recurso como *lex loci delicti* a la ley del país en el que realizándose alguna de esas circunstancias (hecho causal o manifestación del daño) quepa apreciar una mayor proximidad con la situación.⁴²

64. Ciertamente, la aplicación del artículo 10.9 CC en relación con este tipo de ilícitos reclama un análisis específico. Por una parte, aunque la actividad sea perceptible a nivel global debe rechazarse que cualquier lugar de recepción de los contenidos o la información transmitidos por Internet sea por esa simple circunstancia lugar del daño. Además, la aplicación de la ley de cada uno de los múltiples lugares de manifestación del daño, aunque sea solo con respecto al daño directo experimentado en el correspondiente territorio, puede conducir en los supuestos de violación de derechos de la personalidad a través de Internet a una excesiva fragmentación, que podría constituir una solución poco apropiada en situaciones en las que el lugar donde se encuentra el entorno vital principal de una persona –típicamente, su residencia habitual– sea lugar básico de recepción de la información en circunstancias que demuestren una vinculación significativa con ese lugar (en atención a la procedencia geográfica de las consultas de esos contenidos a través de Internet y a la configuración del sitio, que típicamente no aparezca específicamente dirigido a otro país).

65. En tales situaciones, puede resultar apropiado considerar que el lugar del daño a los efectos de determinar la ley aplicable a este tipo de ilícitos es el lugar de residencia de la víctima (o allí donde tiene su centro de vida), considerado como lugar del conjunto del daño derivado de la difusión de contenidos por Internet. De hecho, esa solución era la prevista en el Anteproyecto de 2002 del Reglamento Roma II en su regla especial para la responsabilidad civil derivada de la violación de derechos de la personalidad, que partía de la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de la persona cuyos derechos de la personalidad se reputan lesionados sin perjuicio de la eventual aplicación en situaciones

⁴² Poniendo de relieve cómo la aplicación de ese criterio en este ámbito puede resultar matizada por la repercusión de los derechos fundamentales constitucionales, *vid.* M. AMORES CONRADI Y E. TORRALBA MENDIOLA, “Difamación y Roma II”, *AEDI-Pr*, t. VII, 2007, pp. 251-265, pp. 264-265.

excepcionales de la ley de otro país que presente vínculos manifiestamente más estrechos, de acuerdo con la cláusula de excepción. Se trata, además, de un planteamiento que favorece la correlación entre la ley aplicable y el tribunal competente a la luz del criterio del fuero de centro de intereses de la víctima establecido en la sentencia *eDate Advertising*.⁴³

66. La práctica española relativa a la aplicación del artículo 10.9 del Código civil a este tipo de situaciones, avala la aplicación de la ley del centro de intereses de la víctima, en particular cuando coincide con la ley española en tanto que ley del foro. En este sentido, para fundamentar la aplicación del Derecho español al interpretar el artículo 10.9 Código civil en relación con las vulneraciones de derechos de la personalidad en línea, el Tribunal Supremo ha destacado la importación de conjugar lo dispuesto en el artículo 10.9 Código civil con el fuero del centro de intereses de la víctima del artículo 7.2 Reglamento Bruselas I bis, cuando la competencia de funda en ese criterio de competencia, así como con la circunstancia de que el lugar de manifestación del daño es donde se produce la difusión del contenido lesivo.⁴⁴

67. Además, en relación con las reclamaciones relativas a derechos de la personalidad, la implicación directa de derechos fundamentales condiciona decisivamente el tratamiento de las cuestiones de ley aplicable. La concreción de los límites de la licitud de las conductas viene básicamente determinada por el alcance atribuido al derecho fundamental a la libertad de expresión y de información y la ponderación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En tales circunstancias, la configuración de estos derechos fundamentales en la *lex fori* debe ser respetada en todo caso en este tipo de controversias, de modo que en el sector de la ley aplicable resulta de gran importancia el recurso al orden público, como correctivo de la aplicación de ordenamientos extranjeros. Además, lo señalado acerca del orden público como límite al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en esta materia limita en la práctica decisivamente la efectividad de tales decisiones.

4. Principios y libertades comunitarias

68. Al margen de la unificación de las normas sobre derecho aplicable mediante la adopción de reglamentos específicos, el proceso de integración europeo ha contribuido por otras vías a la uniformización de las reglas sobre ley aplicable. La exigencia de conformidad con el Derecho de la Unión se proyecta sobre el conjunto de los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros⁴⁵. Esa exigencia de conformidad implica la necesidad de que, en el ámbito de aplicación del TFUE, la configuración e interpretación de las normas de Derecho internacional privado del sistema español satisfagan las exigencias derivadas del principio de no discriminación, así como de las libertades comunitarias, como reglas especiales de no discriminación y de prohibición de restricciones no justificadas por motivos de interés general.

69. Ciertamente, la repercusión del Derecho de la UE sobre los sistemas nacionales de Derecho internacional privado no se limita a normas de contenidas en instrumentos de Derecho derivado, como es el caso de los reglamentos reseñados. De algunos principios establecidos en el propio TFUE derivan importantes límites a la configuración o aplicación de las normas nacionales sobre ley aplicable, incluidas ciertas disposiciones del Título Preliminar del Código civil, como sus artículos 9.1 y 9.11.

70. Así sucede, por ejemplo, con la repercusión de las normas en materia de no discriminación, ciudadanía de la Unión y libertad de circulación sobre la aplicación de la ley nacional al nombre de las

⁴³ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685.

⁴⁴ STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2024, N° de Recurso:7054/2023, ES:TS:2024:3537, Fdto. Dcho. Segundo, apdo. 3

⁴⁵ Como se pusiera ya de relieve en E. BRÖDERMANN Y H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 212-246.

personas físicas⁴⁶, la obligación de reconocer ciertos efectos a la parentalidad de personas del mismo sexo en Estados miembros que no la autorizan⁴⁷, o con respecto a las implicaciones de la libertad de establecimiento sobre la ley aplicable a las sociedades.⁴⁸

71. El que el principio de no discriminación, y, en particular, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad establecida ahora en el artículo 18 TFUE condicione la configuración de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, no implica que excluya con carácter general el empleo de la nacionalidad como criterio de conexión de sus normas de conflicto, como sucede en ciertas materias en el Título Preliminar del Código civil.

72. En el sector de la competencia judicial internacional, el Tribunal de Justicia ha admitido que la nacionalidad pueda ser tenida en cuenta a los efectos de prever un plazo menor de residencia del demandante en el foro para atribuir competencia a sus tribunales. El Tribunal puso de relieve que la nacionalidad del demandante es un elemento objetivo de vinculación que, además, es conocido por el cónyuge demandado, de modo que podría esperar la presentación de una demanda de disolución matrimonial ante los tribunales de ese Estado una vez que el cónyuge en cuestión ha dejado la residencia habitual del matrimonio. El Tribunal avaló que al establecer los criterios atributivos de competencia se presuma que una persona mantiene con el Estado del que es nacional vínculos más estrechos que los que mantienen quienes no son nacionales del mismo.⁴⁹

73. Más allá de las cuestiones planteadas por las normas de competencia judicial internacional, en los últimos años se ha asistido a un progresivo abandono de la nacionalidad como punto de conexión en normas de Derecho aplicable, desplazado por la creciente relevancia de la autonomía de la voluntad y la preferencia de la residencia habitual como punto de conexión. Se trata de un proceso en gran medida condicionado por el contenido de los instrumentos sobre Derecho aplicable de la Unión que desplazan reglas de conflicto del Título Preliminar del Código civil, como los artículos 9.2 (efectos patrimoniales del matrimonio) y 9.8 (sucesiones). Si bien hay sólidas razones de política legislativa que avalan esa evolución y su consolidación de cara al futuro, la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-522/20 resulta coherente con la idea de que esa evolución no viene impuesta con carácter general por la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 TFUE.

74. Como alternativa (o complemento) a la intervención centralizada mediante normas de armonización de las legislaciones materiales para evitar la aplicación de medidas nacionales restrictivas, tiene particular relevancia en el ámbito de la UE el llamado principio de reconocimiento mutuo o criterio de origen. Este criterio favorece la libre circulación de bienes y prestación de servicios en un mercado integrado en situaciones en las que existen reglas diferentes en los diversos países implicados.⁵⁰ La existencia de reglas diferentes deja de ser un obstáculo en la medida en que las empresas establecidas en un Estado miembro que comercializan productos o servicios en cualquier Estado miembro pueden hacerlo libremente –sin tener en cuenta las reglas vigentes en los diferentes Estados de comercialización– siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley del país de origen (típicamente el Estado miembro de su establecimiento).

⁴⁶ *Vid.*, *v.gr.*, STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559.

⁴⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, C-490/20, EU:C:2021:1008.

⁴⁸ *Vid.*, con ulteriores referencias, STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126; de 25 de octubre de 2017, *Polbud — Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804; y de 25 de abril de 2024, *Edil Work 2 y S.T.*, C-276/22, EU:C:2024:348.

⁴⁹ STJUE de 10 de febrero de 2022, *OE (Résidence habituelle d'un époux – Critère de nationalité)*, C-522/20, EU:C:2022:87, apdos. 35 y 37.

⁵⁰ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1786-1813.

75. Durante años existió un intenso debate con respecto a la pretensión de fundar en las libertades comunitarias una regla conflictual implícita que imponga la aplicación de la ley de origen en materias de Derecho privado⁵¹. Tal opción no resulta admisible con carácter general, pues cabe entender que las libertades comunitarias de circulación de mercancías y prestación de servicios repercuten sobre la regulación de las actividades transfronterizas no a través de la creación de una norma de conflicto específica para las actividades intracomunitarias sino como correctivo en la aplicación de la regla de conflicto, que puede exigir que la ley designada sea desplazada por la del Estado miembro de origen en la medida en que aquélla contenga restricciones contrarias a las libertades comunitarias⁵².

76. El criterio de origen establecido en el artículo 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico⁵³ resulta de especial interés en este contexto. Entre las materias sobre las que se proyecta, al estar incluidas dentro de ese ámbito coordinado, figuran algunas, como la publicidad, respecto de las cuales el criterio general es que el régimen jurídico aplicable a las situaciones transfronterizas viene normalmente determinado por la ley del país de destino de la actividad –en línea con el significado del principio de los efectos en el mercado como criterio de aplicación de la normativa sobre competencia desleal (art. 6 RRII)–. Desde la perspectiva de la aplicación del Título preliminar del Código civil, cabe destacar que también se proyecta sobre la responsabilidad derivada de las vulneraciones en línea de derechos de la personalidad,⁵⁴ ámbito en el que continúa resultando de aplicación el artículo 10. 9 Código civil.

77. El Tribunal de Justicia ha confirmado que el criterio de origen del artículo 3.2 de la Directiva de comercio electrónico no exige una solución conflictual sino que solo impone la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de Derecho internacional privado –por ejemplo, en su caso, el artículo 6 del Reglamento Roma II o el artículo 10.9 del Código civil en las infracciones de derechos de la personalidad– que restrinjan la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado.

78. En concreto, en la mencionada sentencia en el asunto *eDate Advertising*, el Tribunal de Justicia estableció que el artículo 3.1 de la Directiva de comercio electrónico impone principalmente a los Estados miembros la obligación de velar por que los servicios de la sociedad de la información suministrados por un prestador establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro y que formen parte del ámbito coordinado, sin que esa obligación presente las características de una norma de conflicto de leyes, destinada a zanjar un conflicto específico entre varios Derechos que deben ser aplicados (ap. 61). La prohibición impuesta por el artículo 3.2 Directiva a los Estados miembros de restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado tampoco requiere una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes (aps. 62 y 63). Ahora bien, el artículo 3 sí exige, por lo que se refiere al ámbito coordinado, que los Estados miembros garanticen que, sin perjuicio de las excepciones permitidas en el artículo 3.4 DCE, el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador (ap. 68).

79. Se trata de un planteamiento que facilita la coordinación entre la cláusula sobre mercado interior de la DCE y las normas del Reglamento Roma II, así como del artículo 10.9 del Código civil

⁵¹ *Vid.*, v. gr., W. DRASCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, 1997, pp. 209-361.

⁵² *Vid.*, v. gr., M. FALLON Y J. MEEUSEN, “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *Yearbook PIL*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, pp. 50-65.

⁵³ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178 de 17.7.2000, pp. 1-16.

⁵⁴ SSTJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; y de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209; así como las conclusiones del Abogado General Bobek de 23 de febrero de 2021, C-800/19, EU:C:2021:124, *Mittelbayerischer Verlag*, apdo. 81.

en la medida en que continúa siendo de aplicación en el ámbito de las vulneraciones de derechos de la personalidad, que con frecuencia conducen a la aplicación de la(s) ley(es) de destino.

V. Interacción con la normativa internacional

1. Competencias externas de la Unión

80. El desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la adopción de reglamentos relativos a los diversos sectores del Derecho internacional privado ha afectado de manera decisiva a la posición tanto de la UE como de sus Estados miembros en la negociación y celebración de convenios internacionales en ese ámbito, incluyendo aquellos que en los últimos años han desplazado normas de conflicto contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, como sus artículos 9.6 y 9.7 en materia de protección de menores y de obligaciones alimenticias. De cara al futuro, este desplazamiento puede extenderse a otras áreas, en particular como consecuencia de la eventual incidencia del Convenio de La Haya de 2000 relativo a la protección internacional de los adultos sobre las normas de conflicto en esa materia contenidas actualmente en el artículo 9.6 del Código Civil. Debido a la expansión de la competencia externa de la Unión en lo relativo a la cooperación judicial civil⁵⁵, la celebración de convenios internacionales por la Unión Europea se ha convertido en el siglo XXI en un componente de importancia creciente del Derecho internacional privado de la Unión, con repercusión sobre las reglas de conflicto contenidas en el Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil.

81. En la evolución del alcance de la competencia externa de la Unión resulta clave la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular su planteamiento según el cual la competencia ha de ser exclusiva en la medida en que el convenio internacional pueda afectar a la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias o al buen funcionamiento del sistema que establecen. El artículo 3.2 TFUE introducido en el Tratado de Lisboa, según el cual la Unión, además de en los ámbitos mencionados en el apartado 1, dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional “cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”, básicamente codifica los criterios establecidos previamente por el Tribunal de Justicia.

82. Además, conforme al artículo 216 TFUE, la Unión puede celebrar acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales “cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”. En esa línea, ya a principios de la década de 1970 el Tribunal de Justicia había establecido que la competencia de la Comunidad –Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa- para celebrar acuerdos internacionales puede derivarse de manera implícita de disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad⁵⁶.

83. La jurisprudencia posterior ha confirmado el criterio de que en la medida en que las instituciones de la Unión han adoptado normas comunes los Estados quedan privados de la facultad de concluir convenios internacionales que afecten a tales normas, al corresponder a la competencia exclusiva

⁵⁵ *Vid.* “Declaración de competencia de la Comunidad en la que se especifican las materias en las que sus Estados miembros le han transferido competencias”, incluida como Anexo II de la Decisión del Consejo 2006/719/CE de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DO 2006 L 297/1).

⁵⁶ STJCE de 31 de marzo de 1971, C-22/70, *AETC*, EU:C:1971:32, apdos. 16-31.

de la Unión. Cabe recordar que en el Dictamen 1/03⁵⁷ del Tribunal de Justicia determinó que la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil era exclusiva, habida cuenta de que el Convenio afecta a las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones del Reglamento 44/2001⁵⁸.

84. En relación con el potencial de este criterio en el futuro próximo resulta ilustrativa la complementariedad entre la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos y la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de los adultos. Ambas propuestas fueron adoptadas conjuntamente el de 31 de mayo de 2023.⁵⁹

85. La aplicación práctica del criterio básico según el cual la Unión tiene competencia exclusiva externa cuando la celebración de un acuerdo internacional pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas no está exento de dificultades en el ámbito de la cooperación judicial civil. En particular, la concreción de las normas comunes de la Unión susceptibles de ser afectadas por el acuerdo internacional puede resultar incierta. Como se pone de relieve en el apartado 8 de la Declaración de competencia de la Comunidad formulada con motivo de la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el alcance de las competencias que los Estados miembros han transferido a la Comunidad “está sujeto, por su propia naturaleza, a una evolución constante”⁶⁰.

86. Ciertos acuerdos internacionales no se hallen comprendidos en su totalidad sino sólo parcialmente dentro de esa competencia, lo que supone un elemento adicional de complejidad. Puede suceder así cuando parte de las disposiciones del convenio internacional de que se trate no afectan a la aplicación de normas de la UE. En tales circunstancias, los Estados miembros conservan sus competencias externas respecto de las partes del acuerdo que no afectan a normas comunes. En la medida en que los Estados miembros mantienen su competencia en las áreas cubiertas por un convenio que no afectan al Derecho de la Unión, la Unión y los Estados miembros comparten la competencia para ser parte en el convenio en cuestión.

87. Así, se establece, por ejemplo, en el Preámbulo de las Decisiones 2003/93/CE y 2008/431/CE al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁶¹, destacando que determinados artículos del Convenio afectaban al Derecho comunitario derivado en materia de competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en concreto a las normas del Reglamento (CE) no 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Ese Reglamento, al igual que el Reglamento (UE) 2201/2003 y el Reglamento (UE) 2019/1111, que lo han sustituido, no tienen normas sobre ley aplicable, a diferencia del Convenio de La Haya de 1996.

⁵⁷ Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006.

⁵⁸ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) (*DO* 2001 L 12 L/1).

⁵⁹ COM/2023/280 final y COM/2023/281 fina

⁶⁰ *Vid.* Anexo II de la Decisión del Consejo 2006/719/EC, antes citada.

⁶¹ Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firma, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*DO* 2003 L 48/1); y Decisión del Consejo 2008/431/CE, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (*DO* 2008 L 151/36).

El alcance universal de las normas sobre ley aplicable de este Convenio se vincula con la ausencia de normas de conflicto de la Unión en ese ámbito y resulta también determinante del desplazamiento de las normas internas una vez que el Convenio resulta de aplicación, como establece expresamente el artículo 9.6 Código Civil tras su reforma por el art. 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

2. Participación de la Unión en convenios internacionales

88. La práctica de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha evolucionado con el propósito de superar las dificultades prácticas para la participación de la Unión en aquellos convenios internacionales que carecen disposiciones específicas sobre la eventual participación en los mismo de organizaciones de integración como la Unión Europea. A falta de disposiciones específicas, únicamente los Estados soberanos pueden normalmente ser parte de un convenio, de modo que en tales circunstancias la UE no puede firma , ratificar o adherirse a un convenio internacional incluso aunque se halle comprendido total o parcialmente en el ámbito de exclusiva competencia de la Unión. En situaciones de ese tipo la UE necesita recurrir a la adopción de una Decisión que autoriza, por vía de excepción, a los Estados miembros a firma , ratificar o adherirse en interés de la Unión al convenio de que se trate.

89. Resultan ilustrativas de lo anterior las Decisiones del Consejo en las que se autoriza a los Estados miembros a firma , ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, antes reseñada. De cara al futuro, resulta ilustrativa la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de los adultos

90. En la práctica reciente de la Conferencia de La Haya resulta habitual la inclusión de disposiciones específicas sobre Organizaciones Regionales de Integración Económica entre las cláusulas finales de los convenios internacionales. Su redacción ha respondido básicamente a la necesidad creada por la expansión de las competencias de la Unión en este ámbito. Tales disposiciones contemplan la posibilidad de que las Organizaciones Regionales de Integración Económica constituidas únicamente por Estados soberanos y que tengan competencia sobre las materias reguladas por el convenio de que se trate puedan firmarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse al mismo. Se trata de disposiciones que básicamente equiparan a dichas Organizaciones con los Estados.

91. En el ámbito de las obligaciones alimenticias cabe encontrar ejemplos significativos de convenios internacionales a los que la Unión Europea ha decidido adherirse en solitario por ejercer competencia sobre todas las materias objeto del convenio. No obstante, los desarrollos en esa materia ponen también de relieve cómo debido a la complejidad inherente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia incluso en estas situaciones se mantiene una significativa fragmentación en el seno de la Unión Europea, que se proyecta sobre instrumentos que han condicionado la reforma reciente de normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, como su artículo 9.7, que tras su reforma mediante el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, se limita a establecer que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias “o texto legal que lo sustituya”.

92. La peculiar posición de Dinamarca e Irlanda (así como del Reino Unido mientras fue miembro de la Unión) en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia determina que estos Estados puedan no quedar vinculados por las decisiones de la UE en virtud de las cuales ésta decide firmar o adherirse a un convenio internacional en el ámbito del Derecho internacional privado, incluso aunque se trate de una materia respecto de la que la Unión tenga competencia externa con carácter exclusivo. Así, conforme al Artículo 3 de la Decisión de 2009 relativa al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley

aplicable a las obligaciones alimenticias⁶², la Comunidad Europea declaró que ejerce su competencia en todas las materias reguladas por el Protocolo y que los Estados miembros de la Comunidad estarán vinculados por el Protocolo en virtud de su firma por la Comunidad Europea. Sin embargo, seguidamente precisó que a los efectos de esa declaración el término “Comunidad Europea” no incluían a Dinamarca ni al Reino Unido.

3. Coordinación internacional y desplazamiento de las normas nacionales sobre ley aplicable

93. La conclusión por la UE de convenios internacionales puede, en función del ámbito de aplicación de tales convenios, tener como consecuencia que la normativa de la UE quede por completo desplazada, típicamente en situaciones en las que el convenio internacional tiene un ámbito de aplicación universal y sus normas resultan aplicables a todas las situaciones relativas a la materia objeto del convenio⁶³. Si bien resulta excepcional la inclusión en la legislación de Derecho internacional privado de la UE de una mera remisión que incorpore por referencia normas de un convenio internacional como la normativa de la Unión Europea, cabe reseñar que esa ha sido la opción seguida en la norma sobre determinación de la ley aplicable del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias⁶⁴.

94. Al regular la ley aplicable a esa materia, el artículo 15 Reglamento 4/2009 se limita a establecer que en los Estados miembros que estén vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias debe determinarse la ley aplicable de acuerdo con ese instrumento. Ahora bien, este ejemplo ilustra cómo incluso la conclusión de un Convenio por la UE con un ámbito de aplicación universal puede no evitar por completo la fragmentación en el seno de la Unión. En concreto, debido a la especial posición, ya reseñada, de algunos Estados miembros en relación con el Espacio de seguridad, libertad y justicia, no todos los Estados miembros quedan vinculados como consecuencia de la celebración del Protocolo por la Unión⁶⁵.

95. Asimismo, desde la perspectiva internacional y global, el logro de un elevado nivel de armonía y uniformización con terceros Estados sólo es posible mediante la participación en convenios que han alcanzado una significativa aceptación internacional, pudiendo resultar cuestionable la sustitución de la legislación de la UE como consecuencia de la remisión por referencia a convenios que gozan de una muy escasa aceptación internacional. Esta constatación parece resultar especialmente apropiada con respecto al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. El papel central que desempeña dicho Protocolo en el sistema de Derecho internacional privado de la Unión no tiene que ver con el empleo por la UE de convenios internacionales con terceros Estados como mecanismo de coordinación internacional esencial en el ámbito del Derecho internacional privado,⁶⁶ sino con la tendencia de la UE a negociar y, en su caso, celebrar en ocasiones convenios internacionales como alternativa ante las dificultades encontradas para legislar en la materia en el seno de la Unión (y no como complemento al desarrollo por la Unión de sus propias normas de Derecho internacional privado).⁶⁷

⁶² Decisión del Consejo 2009/941/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DO 2009 L 331/17).

⁶³ Vide. K. KREUZER, “Gemeinschaftskollisionsrecht und universales Kollisionsrecht (Selbstopolation, Koordination oder Integration?)”, *Die richtige Ordnung (FS J. Kropholler)*, Tübingen, 2008, p. 129-150, pp. 147-148.

⁶⁴ Reglamento (CE) no 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO 2009 L 7/1).

⁶⁵ El artículo 3 de la mencionada Decisión 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias prevé que al ratificar el Protocolo la Comunidad declare que, si bien sus Estados miembros quedan vinculados en virtud de la firma del Protocolo por la Comunidad, el término “Comunidad Europea” no incluye a esos efectos a Dinamarca ni al Reino Unido.

⁶⁶ Cabe apreciar, además, que se trata de una opción que no ha ido unida en este caso a un gran progreso en la coordinación con terceros Estados, pues los únicos Estados no miembros de la UE vinculados actualmente por el Protocolo de La Haya de 2007 son Albania, Brasil, Ecuador, Georgia, Kazajstán, Serbia y Ucrania.

⁶⁷ Vid. las conclusiones del Abogado General Szpunar de 7 de junio de 2018, C-83/17, EU:C:2018:46, donde se afirma en su

96. En el caso de la ley aplicable a los alimentos esa opción adoptada por el legislador de la UE (ante la falta de alternativa) implica que no existan reglas comunes de la propia Unión en la materia, más allá de la remisión del artículo 15 del Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya. De este modo, para regular una situación sólo vinculada con Estados de la Unión, como es el litigio principal en el asunto *KP*,⁶⁸ resultan aplicables las normas del Protocolo.

97. Semejante opción asegura la unificación de la ley aplicable entre los Estados miembros en el seno de la Unión, lo que se ve garantizado por la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar el Protocolo de La Haya de 2007, en tanto que instrumento ratificado por la Unión y que vincula a sus instituciones y Estados miembros. Ahora bien, entre otras carencias, ese planteamiento puede menoscabar la adecuada coordinación entre las normas de los instrumentos que regulan los diversos sectores del Derecho internacional privado, como consecuencia de los criterios que han de guiar la interpretación de los tratados internacionales.

98. En la respuesta a la primera cuestión prejudicial en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-83/17 se atribuye relevancia al análisis conjunto de las disposiciones del Protocolo de La Haya con las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento (CE) 4/2009. El apartado 49 de la sentencia al interpretar las reglas de conflicto del Protocolo de La Haya destaca las estrechas relaciones existentes entre ese instrumento y el Reglamento n.º 4/2009, habida cuenta de que el artículo 15 del Reglamento se remite al Protocolo de La Haya. La coordinación entre la interpretación de las normas de competencia judicial y derecho aplicable de la Unión no puede equipararse a la existente cuando la UE establece en sus propios actos -y no por remisión- el contenido tanto de las normas sobre competencia judicial como de ley aplicable.

99. La relevancia que puede atribuirse al Reglamento 4/2009 en la interpretación del Protocolo de La Haya debe estar condicionada por la circunstancia de que ese Reglamento es sencillamente la legislación de una organización (y, por ello, de varios Estados) parte del Protocolo de La Haya, pero, obviamente, no se trata de un instrumento aceptado por las demás partes en el Protocolo. En consecuencia, su empleo como elemento determinante de la interpretación del Protocolo, si bien podría ser muy conveniente desde la perspectiva de la adecuada coordinación entre los diversos sectores del Derecho internacional privado de la UE en materia de obligaciones alimenticias, puede no resultar compatible con los criterios de interpretación de los tratados internacionales y poner en riesgo la aplicación uniforme del Protocolo más allá de la UE.

100. La circunstancia de que conforme a su artículo 2 el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias tenga aplicación universal, de modo que se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante, determina que la participación en el mismo de la UE implica que las normas españolas de fuente interna sobre ley aplicable en esa materia resulten desplazadas para todas las situaciones internacionales, incluso si están conectadas con Estados que no participan en ese instrumento. Esta constatación se vincula con la opción seguida por el legislador español al reformar el artículo 9.7 Código Civil mediante el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, limitándose a establecer una remisión a las normas sobre ley aplicable del Protocolo de 2007.

apartado 22 que: “(i)nicialmente se pretendió incluir las normas de conflicto que señalan la ley aplicable para las obligaciones de alimentos en el propio Reglamento n.º 4/2009... (e)sto podía, sin embargo, dificultar la adopción del Reglamento, dado que algunos Estados miembros no estaban dispuestos a adoptar un reglamento que incluyera normas de conflicto. Por ello, durante los trabajos sobre el Reglamento se estimó que la unificación de las normas de conflicto se podría llevar a cabo por medio de un Convenio en la forma del Protocolo de La Haya de 2007. La coherencia de los instrumentos legislativos se alcanzó, por una parte, con la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de La Haya de 2007 y, por otra, con la inclusión en el Reglamento n.º 4/2009 de una disposición conforme a la cual la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos se determina de acuerdo con este Protocolo” [citas omitidas].

⁶⁸ STJUE de 7 de junio de 2018, *KP*, C-83/17, EU:C:2018:408.

VI. Reflexión final

101. La atribución de competencias a la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado a partir del Tratado de Ámsterdam ha dado lugar a la adopción de un conjunto de instrumentos -reglamentos y ciertos convenios internacionales con participación de la Unión- que unifican en el seno de la Unión las normas sobre ley aplicable en un conjunto muy amplio de materias y mediante disposición que presentan alcance universal. Se trata de una evolución que ha resultado determinante del desplazamiento de buena parte de las reglas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil, incluyendo, entre otras las relativas a obligaciones contractuales y extracontractuales, alimentos, sucesiones, regímenes económicos matrimoniales, alimentos y protección de menores.

102. Además, en el plano cualitativo esta evolución ha implicado una profunda transformación de nuestro sistema en materia de Derecho aplicable. Las normas preexistentes del Título Preliminar del Código Civil han sido desplazadas por otras fundadas en criterios muy diferentes. Así, cabe hacer referencia a la expansión a nuevas materias de la autonomía conflictual en las normas de la Unión, la mayor flexibilidad de las soluciones conflictuales retenidas mediante una formulación moderna del principio de proximidad, así como al desplazamiento de la nacionalidad como punto de conexión en beneficio de la residencia habitual.

103. De cara al futuro, más allá de la eventual expansión de la intervención a nuevos ámbitos con repercusión sobre normas del Título Preliminar del Código Civil, como la filiación, la protección de adultos, los derechos reales o incluso el Derecho de sociedades, la europeización del Derecho internacional privado parece ir unida a la exigencia de adaptación, por lo menos parcial, de otros elementos de nuestro sistema. Así, cabe hacer referencia a que en el seno de la Unión no existe uniformidad acerca de si las reglas de conflicto deben ser aplicadas de oficio -como prevé el art. 12.6 Código Civil- ni tampoco en lo relativo al tratamiento procesal de Derecho extranjero cuando resulta designado por la norma de conflicto ⁶⁹

104. Ciertamente, el proceso de unificación durante los últimos lustros de las normas sobre Derecho aplicable en el seno de la Unión no ha ido acompañado de reglas uniformes sobre aplicación judicial o tratamiento procesal del Derecho extranjero. Los criterios sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, así como el tratamiento de la imposibilidad material de aplicación del Derecho extranjero, continúan siendo una cuestión regida por el Derecho de cada Estado miembro, como es el caso en España del artículo 281 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil -cuya disposición derogatoria única.2.1 derogó el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 12 del Código civil- y del artículo 33 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil.

105. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que cuando la ley aplicable viene designada por una regla de conflicto del Derecho de la Unión el efecto útil de tales normas uniformes exige respetar su esencia, lo que reclama un examen de la demanda en cuanto al fondo con base en la ley designada por la regla de conflicto ⁷⁰

106. La constatación de que el efecto útil de las normas de conflicto uniformes exige salvaguardar el contenido esencial de esas normas y decidir sobre el fondo del asunto con base en la ley designada por las mismas, como puso de relieve el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto C249/19, debe llevar a limitar la autonomía procesal de los Estados miembros en relación con la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que tal aplicación sea consecuencia de las normas de conflicto contenidas en instrumentos de la Unión. Cabe recordar la necesidad de respetar el principio de efectividad -además del de equivalencia- en el marco de la autonomía procesal de los Estados miembros, de conformidad

⁶⁹ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, "The Application of European Private International Law and the Ascertainment of Foreign Law", J. VON HEIN, E.M. KIENINGER Y G. RÜHL (eds), *How European is European Private International Law? (Sources, Court Practice, Academic Discourse)*, Intersentia, 2019, pp. 139-175.

⁷⁰ Vid. STJUE de 16 de julio de 2020, *JE (Ley aplicable al divorcio)*, C-249/19, EU:C:2020:570, apdo. 40.

con la jurisprudencia del TJUE. En el caso español, esa exigencia de salvaguardar el efecto útil de las normas de conflicto de la Unión refuerza el carácter excepcional de la imposibilidad de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable a la pretensión de que se trate y la consiguiente aplicación subsidiaria del Derecho español, en aquellos casos en los que el recurso al Derecho extranjero resulta de una norma de conflicto de la Unión.

Reflexiones en torno al frustrado proyecto español de Ley Especial de Derecho Internacional privado

Reflections on the frustrated Spanish project for a Special Law on Private International Law

GUILLERMO PALAO MORENO*

*Catedrático de Derecho Internacional privado
Universitat de València*

Recibido: 09.10.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9357

Resumen: El 50 aniversario de la publicación del Título Preliminar del Código civil español ofrece una buena oportunidad para recordar lo que supuso el intento, llevado desde la doctrina española entre el 2002 y el 2007, de elaborar una Ley Especial de Derecho Internacional privado y, vinculado a ello, reflexionar sobre la conveniencia y viabilidad de acometer una reforma de nuestro sistema autónomo en nuestros días. En este sentido, aunque el contexto normativo haya variado sensiblemente en estos casi 20 años, algunos de los problemas denunciados a principios de siglo XX al respecto de la normativa de fuente interna española de Derecho Internacional privado perviven, resultando oportuno cuestionarnos sobre una eventual iniciativa de nuevo cuño en vistas a desarrollar una Ley Especial de Derecho Internacional privado para España. Este trabajo, por tanto, incorpora algunos elementos para este debate ya prácticamente desatendido en España.

Palabras clave: Codificación. Derecho Internacional privado. España. Proyecto de una Ley Especial.

Abstract: The 50th anniversary of the publication of the Preliminary Title of the Spanish Civil Code offers a good opportunity to review the Spanish doctrine's attempt to draft a Special Act of Private International Law between 2002 and 2007 and, in connection with this, to reflect on the advisability and viability of undertaking a reform of our autonomous system in the present day. In this regard, although the regulatory context has changed considerably in these almost 20 years, some of the problems identified at the beginning of the 20th century with respect to Spanish domestic Private International Law still persist, which makes it appropriate to raise the question of a possible new initiative with a view to develop a Special Act of Private International Law for Spain. The present study, therefore, brings in some elements for this already practically disregarded debate in Spain.

Keywords: Codification. Private International Law. Spain. Project of a special Act.

Sumario: I. Introducción. II. Ascenso y caída del proyecto de Ley Especial de Derecho internacional privado: algunas notas desde la Secretaría. A. Contexto. B. Organización de los trabajos. C. Un abrupto y sentido cierre de los trabajos. III. ¿Resultaría conveniente (y viable) retomar la iniciativa de elaborar una Ley Especial de Derecho internacional privado? A. Obstáculos que encontraría una iniciativa legislativa. B. Argumentos que favorecerían un nuevo impulso. IV. Valoración y perspectivas.

*Miembro del Proyecto Prometeo "Justicia sostenible en estado de mudanza global" (CIPROM 2023-64 (GV)). ORCID 0000-0002-3267-3934.

I. Introducción

1. El Derecho Internacional privado es concebido como un sector propio y diferenciado del ordenamiento jurídico de cada país, diseñado para regular las relaciones privadas internacionales, que cuenta con una naturaleza fundamentalmente estatal en su génesis. En consecuencia, aunque su objeto sea internacional, su concepción, diseño, configuración y desarrollo depende en principio de la soberanía y de la voluntad exclusiva legislador interno de cada país¹. Por lo tanto, como sector del Derecho privado nacional, su elaboración se realiza en atención al contexto y a las circunstancias que rodean al legislador de cada país en un momento y contexto dado -político, social y económico-, a las exigencias que impone su modelo constitucional, así como a sus intereses y de los objetivos de política legislativa que se marca².

Sin embargo, junto a esta competencia e impronta principalmente estatal, igualmente hay que ser conscientes de que son varios los elementos externos que afectan directamente e incluso llegan a limitar al legislador estatal en la configuración del modelo de Derecho Internacional privado propio de cada país. No en vano, en nuestros días los sistemas como el español se caracterizan por la existencia de una pluralidad de fuentes y de distintos niveles regulatorios que compiten en la ordenación de las situaciones privadas internacionales. En esta línea, por un lado, la incorporación de España a un proceso de integración regional y las exigencias que de su pertenencia se derivan, pueden afectar también al sistema de Derecho Internacional privado -sobre todo, caso de que prevea una base reguladora para ordenar este tipo de relaciones internacionales, como ocurre actualmente en el caso de la Unión Europea con el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³-; como igualmente lo hará la voluntad del propio país de incorporarse al proceso de codificación -multilateral o bilateral-.

2. Aunque, no lo olvidemos, esta afectación externa de los sistemas autónomos se encontrará en las propias manos del legislador interno en último extremo, ya que, aunque se trate de un sistema normativo multinivel, donde concurren normas de distintas fuentes (en tanto que modelo pluralista), se trata en definitiva del propio de cada país. Toda vez que esta cesión de soberanía estatal derivaría directamente de su propia voluntad de llevarlo a cabo. Y ello, con el fin de, ya sea integrarse en un proceso de integración regional o de incorporar instrumentos convencionales (bi- o multilaterales) en su sistema.

Como también dependerá de la voluntad del legislador estatal el tomar o adaptar su ordenamiento al modelo que suponen las experiencias codificadoras desarrolladas en otros países y que, desde una perspectiva comparada, puedan llegar a inspirar al legislador de un país a la hora de configurar su propio sistema de Derecho Internacional privado. En último extremo, al ser el único competente para diseñar su modelo, de incorporarse al proceso de codificación internacional o regional, así como en interpretar (salvo el caso de la normativa de la Unión Europea, donde el monopolio de interpretación corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea) aplicar la normativa que conforma su sistema⁴.

3. Por lo que respecta a países de la tradición jurídica como la española, habría derivado en que su sede codificadora se situara originariamente -por lo que hace, en particular, al sector de la determinación de la ley aplicable- en el Código civil⁵. Una codificación *ius-privatista* de corte heterónimo que, vinculada originaria y principalmente a la civil -tras el rechazo de contar con una ordenación separada y

¹ C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023 (17ª ed.), pp. 100-103.

² Sobre esta cuestión, J. M. ESPINAR VICENTE, "Constitución, desarrollo legislativo y Derecho Internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38, nº 1, 1986, pp. 109-134; J. M. ESPINAR VICENTE Y J. I. PAREDES PÉREZ, "El marco constitucional del Derecho internacional privado español", en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRE, R. (Coords), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás Rodríguez*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 329-349.

³ Versión consolidada en DO nº C 202, de 7 de junio de 2016.

⁴ J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'état-nation et le droit international privé*, París, L.G.D.J., 2011, p. 95 y 147-149.

⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado", en M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (Eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 1-95, pp. 15, 19-20 y 24-26.

especial con respecto al Código civil⁶-, sin embargo, no habría permanecido estática hasta nuestros días, incrementándose cualitativa y cuantitativamente durante el último medio siglo. Así, además del proceso de especialización normativa que se habría manifestado desde una perspectiva conflictual, el proceso codificador del Derecho Internacional se habría trasladado posteriormente a otros sectores -acompañando a la propia expansión de la disciplina-, como el de la competencia judicial internacional y el del reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos, vinculados a la codificación procesal.

De este modo cabe hacer mención, por lo que se refiere a la dimensión conflictual de un modo paradigmático, tanto a las continuas reformas que habría sufrido nuestro Código en relación con este singular ámbito normativo -destacando la que tuvo lugar en 1974, momento que en que se incluyeron en el Título Preliminar del Código civil un Capítulo IV consagrado a las “Normas de Derecho Internacional privado” -así como un Capítulo V dedicado al “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”-⁷, como a la paulatina dispersión de nuestro sistema de Derecho Internacional privado autónomo, por medio de la incorporación de disposiciones propias de este ordenamiento, en diversas Leyes especiales elaborado para satisfacer las necesidades propias de ámbitos concretos del Derecho privado.

Así las cosas, este modelo regulador de corte heterónimo o dependiente, desde una perspectiva interna, se reprodujo en el resto de sectores de los que se ocupa el Derecho Internacional privado; siendo que el resultado alcanzado durante los últimos años de reglamentación española del Derecho Internacional privado -con sus luces y con sus sombras- habría derivado en el desarrollo de un completo sistema autónomo, cuya nota principal sería la de su alto nivel de dispersión y de fragmentación, donde el impulso de codificación y las sucesivas refirmas del sistema seguiría subordinado al de otros sectores del ordenamiento, manteniendo un papel central el Código o Ley correspondiente; resultando así criticable por motivo de -entre otros- la complejidad que se predicaba de su utilización en la práctica⁸.

4. No obstante lo expuesto, la complejidad del sistema de Derecho Internacional privado español actual se ha visto igualmente acrecentada por la activa participación de España en el proceso codificador internacional, así como, y de forma decisiva, por razón de nuestra pertenencia a la UE; un proceso que, aunque iniciado en 1976, contaría con las fechas clave de años 1978 (publicación de la Constitución española)⁹ y 1986 (adhesión de España a la entonces Comunidad Económica Europea)¹⁰, como momentos más relevantes para entender la evolución de este proceso legislativo¹¹. Un decidido esfuerzo de apertura al exterior de nuestro país que, desde el último cuarto del siglo XX, además de suponer una constante actualización del sistema de fuente interna, habría conducido además a una activa política exterior -una verdadera “euforia internacionalista”, en palabras de FERNÁNDEZ ROZAS- que explica la multiplicación de normas de fuente internacional y europeo que nos obligan actualmente¹².

5. Nos situamos, por consiguiente, ante unos hechos especialmente significativos cuyo resultado más directo y evidente sería que la utilización de la normativa de origen estatal habría ido replegándose de forma paulatina; llegando a situarse como el sistema residual en la práctica, con una aplicación por defec-

⁶ En este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español en el cincuentenario de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974”, *La Ley. Unión Europea*, n° 125, 2024, pp. 1-15, p. 8.

⁷ En este sentido, las contribuciones en esta misma obra de los profesores A. L. CALVO CARAVACA (“Significado de la reforma para el Derecho Internacional privado español”) y R. ARENAS GARCÍA (“Significado de la reforma para el Derecho Interregional”)

⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol aujourd’hui ou le dépassement des paradigmes”, *Travaux du comité français de droit international privé. Années 2006-2008*, Pedone, París, 2009, pp. 243-272, p. 266

⁹ BOE n° 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁰ BOE n° 189, de 8 de agosto de 1985.

¹¹ Entre nosotros, A. BORRÁS, *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir*”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 317, 2005, pp. 313-536; pp. M. DESANTES REAL, “La incidencia de fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho Internacional privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 53-123; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., p. 265.

¹² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., p. 11.

to de las diversas normas de origen convencional e institucional con las que compete y que nos obligan¹³. En este sentido, destaca como la significativa incidencia de estos procesos de codificación en países como España que, aunque desigual según los sectores y las materias afectadas, ha sido extraordinaria durante las últimas décadas; aunque habría tenido por resultado práctico el de dificultar **aún más el** acceso y empleo del sistema en su conjunto, al coincidir en el mismo normas de origen convencional, institucional y autónomo. De ahí que, aunque residual, la ordenación que haga cada país de su sistema de Derecho Internacional privado sigue resultando relevante, con el objetivo de procurar una aplicación coherente e integrada de las distintas normas que le obligan en el actual sistema multinivel de pluralidad de fuentes.

6. El amplio desarrollo que han tenido durante los últimos años el Derecho Internacional privado de origen convencional y -de forma mucho más significativa- el institucional europeo, con una evidente incidencia en la configuración y desarrollo del modelo español¹⁴, podrían hacer pensar en la progresiva pérdida de importancia de los sistemas autónomos de Derecho Internacional privado -y más en el contexto codificador europeo-. Sin embargo, nada más lejos de la realidad.

Así, a pesar de su evidente retroceso práctico en la actualidad, resulta altamente conveniente contar con un sistema autónomo desarrollado y actualizado, que sea capaz de atender los complejos problemas que suscita la gestión legal de las situaciones privadas internacionales en nuestros días. Tal y como sucede con el caso de España. Y ello, no sólo con el objetivo de enfrentarse con éxito a aquellos supuestos que escapan del ámbito de juego de la normativa de fuente regional o internacional, sino también para contar con las herramientas que ofrecen unas reglas de aplicación del sistema más generales, para así garantizar la existencia de una regulación coherente y sistemática al respecto de las relaciones privadas que tienen lugar en el tráfico jurídico externo.

7. En este sentido, el 50 aniversario de la reforma del Título preliminar de nuestro Código civil nos permite reflexionar, entre otros aspectos propios del Derecho Internacional privado¹⁵, no sólo sobre el intento de reforma del sistema autónomo que tuvo lugar a inicios del siglo XXI, sino también sobre la conveniencia y oportunidad de la revisión del sistema de Derecho Internacional español veinte años más tarde. En este sentido y, para empezar, aun no siendo imperativo, no resulta arriesgado constatar que el vigente sistema autónomo español de Derecho Internacional privado adolece de serias deficiencias que podrían aconsejar su revisión y su actualización. Por un lado, como se acaba de denunciar, entre las deficiencias que presenta el mismo se sitúan su carácter fragmentario y la evidente complejidad que ofrece el sistema. Por otro lado, por lo que hace a su eventual reforma, no cabe duda de que las opciones con las que cuenta el legislador español para corregir estas deficiencias son amplias, pasando desde una simple actualización del modelo, hasta aventurarse a una completa codificación autónoma del modelo desde una perspectiva interna.

Una revisión del modelo que, entre otros, podría adoptarse en forma de elaboración de una Ley “Especial” (expresión que se utilizará en este estudio, en atención a su desvinculación, al menos formal o en relación con la sede de ordenación, de la codificación civil y procesal) que podría igualmente entenderse como “General” (por procurar una regulación propia y completa en una misma sede normativa de todos los sectores propios de este sector del ordenamiento jurídico) de Derecho Internacional privado. Un instrumento legislativo de fuente interna que, por consiguiente, se encontraría vinculado al proceso de “descodificación” al que hizo referencia DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN en relación con la codificación civil¹⁶, por medio del que se dotara de autonomía al sistema de fuente estatal y, de este modo, se facilitase su accesibilidad y aplicación práctica. Un propósito que, a pesar de las dificultades que entrañaba, contó el respaldo de un amplio sector de la doctrina española a inicios de este siglo¹⁷.

¹³ J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement...*, cit., pp. 38-43.

¹⁴ Al respecto, las contribuciones en esta misma obra de los profesores José Carlos Fernández Rozas (“Incidencia de los tratados internacionales”) y Pedro A. De Miguel Asensio (“Incidencia de la comunitarización del Derecho Internacional privado”).

¹⁵ Vid., con carácter general, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español...”, cit., pp. 1-15.

¹⁶ L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, nº 2, 1992, pp. 473-484, p. 478.

¹⁷ Vid. *Infra* II.

8. La necesidad de revisión del sistema español de base autónoma que, por su parte, se presenta como singularmente necesaria y acuciante en relación del Derecho interregional, al respecto de los supuestos de “conflictos de leyes” de base interna que se producen en España. Los cuales, como ha subrayado la doctrina española en diversas ocasiones, precisan de una urgente actualización en nuestro país¹⁸. Y ello, no sólo con el objetivo de cumplir debidamente con el mandato constitucional en este ámbito, sino también para garantizar su correcta aplicación -coordinada e integrada- cuando entren en juego las normas de Derecho Internacional privado convencionales y, sobre todo en nuestro caso, las de origen europeo.

9. Con estas ideas en mente, el presente trabajo tiene por objeto principal hacer referencia a los trabajos que condujeron al frustrado proyecto español de Ley Especial de Derecho Internacional privado; exponiendo el contexto en el que se produjeron y los resultados alcanzados. Un análisis que nos permite igualmente preguntarnos, tras la abrupta conclusión de esta iniciativa codificadora, sobre la oportunidad y la viabilidad de una nueva propuesta regulatoria similar en el complejo contexto normativo del actual sistema español de Derecho Internacional privado.

II. Ascenso y caída del proyecto de Ley Especial de Derecho internacional privado: algunas notas desde la Secretaría

10. El sistema autónomo de Derecho Internacional privado español de inicios del siglo XXI adolecía de numerosos problemas y de evidentes deficiencias que exigían su revisión y su actualización en profundidad. Esta radiografía figuraba prácticamente en todos los manuales y en las memorias de titularidad y cátedra en nuestro país, por lo que no constituía ninguna novedad la insatisfacción que producía la realidad de la regulación española en este ámbito. Diagnosticados los síntomas, no resultaba empero tan sencillo alcanzar un consenso sobre el tratamiento que debía aplicarse. Así las cosas, aunque existiera un cierto consenso sobre la necesidad de su revisión, la posible reforma de este era susceptible de adoptar diversas formas en la práctica y diseñarse con un dispar alcance sobre el que no había acuerdo. En consecuencia, y ante todo, esta iniciativa reformista exigía de un primer impulso firme y catalizador de las distintas sensibilidades presentes en España para que el proceso de actualización comenzara a echar a andar en nuestro país con paso firme.

A ese respecto, y en el caso de España, han sido varios las propuestas tendentes a que España contase con una Ley Especial de Derecho Internacional. Para empezar, no hay que olvidar del Anteproyecto publicado en 1985 que elaboró la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación¹⁹. Sin embargo, paso lo constituye el trabajo publicado en 2000 y elaborado por el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Julio D. González Campos, bajo el sugerente título “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”²⁰. Un completo estudio donde, tras destacar la necesidad de acometer tal reforma y de señalar sus objetivos y las dificultades con las que tal empeño habría de enfrentarse, continuaba por determinar los trazos generales -formales y estructurales- de una eventual Ley Especial de Derecho Internacional privado, así como finalizaba pergeñando con autoridad los aspectos organizativos de los trabajos que debían acometerse para alcanzar tal fin. No cabe duda, por tanto, de que la voz autorizada del Profesor González Campos

¹⁸ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “Derecho interregional español: una urgente y necesaria reforma”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO Y G. STAMPA (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 111-126; M. E. ZABALO ESCUDERO, “El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales plurales”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRE, R. (Coords), *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., pp. 889-912; id., “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 3, 2016, pp. 1-17.

¹⁹ Al que hace referencia J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español...”, cit., p. 13.

²⁰ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 2000, pp. 251-369. Sobre la misma, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español...”, cit., p. 14.

marcó un punto de arranque y señaló un camino de trabajo a seguir, desplegando un positivo efecto aglutinador en la doctrina española en aquel momento.

En todo caso, y de forma previa a mencionar los resultados que se derivaron del impulso que siguieron a este seminal estudio, resulta conveniente referirse -aunque sea brevemente- al complejo contexto normativo español en el que el profesor González Campos dio esta voz de alarma.

A. Contexto

11. Sin ánimo de exhaustividad, el sistema español de Derecho Internacional privado de fuente autónoma distaba de atender debidamente a las necesidades sociales y económicas de nuestro país de finales del siglo XX e inicios del XXI. Al intensificado carácter aluvial, fragmentario y ciertamente desordenado del sistema -intensificado por el proceso de especialización normativa al respecto de la originaria codificación civil, así como por la sucesivas reformas del propio Código civil- y las carencias que se habían puesto de manifiesto tras una sucesivas y no siempre coherentes modificaciones parciales de la normativa medular del sistema -localizada principalmente en el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial-, se unía la necesidad de proyectar plenamente y de modo coherente los principios y los valores constitucionales -así como de dar cuenta de nuestra activa participación en el proceso codificador internacional y pertenencia a la UE-, en un ejercicio de dotar de una mayor coherencia al “sistema” (sic) español²¹.

12. Este nada halagüeño panorama codificador patrio contrastaba, sin embargo, con el reverdecimiento e intensificación del proceso codificador autónomo del Derecho Internacional privado en forma de Leyes o Códigos generales, desde una perspectiva comparada²². Un fenómeno que habría tomado fuerza tras la segunda guerra mundial²³ y que, además, se estaba intensificado en el último tercio del siglo XX en diversos países de nuestro entorno, y a ambos lados del Atlántico -así como en diversos países asiáticos-²⁴. Una marcada tendencia, ciertamente global, que se contemplaba no con poca sana envidia desde esta parte de los pirineos.

- a) Así, por lo que respecta al continente europeo, junto a las decenas Leyes de Derecho Internacional privado de Austria de 1978²⁵ o la Ley Federal de Suiza de 1987²⁶, en el momento de fin y cambio de siglo se iban sucediendo procesos de reformas que, en muchos casos habrían conducido a la publicación de Leyes o Códigos generales de Derecho Internacional privado en Estados miembros de la Unión Europea. En esta líneas -al margen de los diversos procesos de revisión y actualización parcial de las soluciones estatales en este ámbito- pueden mencionarse por su aproximación global a los sistemas autónomos de Derecho Internacional privado, a relevantes ejemplos como la Ley de Italia 1995²⁷, Liechtenstein

²¹ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, cit., pp. 358-359; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español...”, cit., pp. 11-13.

²² Un estado de la cuestión, a 2014, lo encontramos en S. S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 2-12.

²³ F. SCHWIND, “Aspects et sens du droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 187, 1984, pp. 9-144, pp. 101-102.

²⁴ J. BASEDOW, “The Recent Development of the Conflict of Laws – Some Comparative Observations –”, en H. BAUM, J. BASEDOW Y Y. NISHITANI (Eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 3-18, pp. 9-12; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho Internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 345-349.

²⁵ *BGBI* n° 304/1978.

²⁶ *Feuilles fédérales*, 1983, 1, 255.

²⁷ Ley n° 218, del 31 de mayo de 1995, de Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado (*Gazzetta Ufficiale*, suppl. ord. n° 68 al n° 128, de 3 de junio de 1995).

1996²⁸, la culminación de la reforma del sistema en Alemania entre 1986 y 1999²⁹ y en los Países Bajos en 2002³⁰, o el Código en Bélgica en 2004³¹, así como se produjeron profundas reformas de sus sistemas autónomos en otros países de cercana adhesión a este sistema de integración regional -que tuvo lugar entre los años 2004 y 2004-, como sucedería con Eslovenia en 1999³², a la que posteriormente se sumarían las reformas de Estonia en 2002³³, de Bulgaria en 2005³⁴, o tras su adhesión a la UE, tanto al respecto de Polonia en 2011³⁵, como en la República Checa en 2012³⁶.

- b) Algo similar e igualmente con un significativo interés para España, entre otros motivos por sus estrechos lazos con nuestro país, se refería al proceso codificador de los sistemas autónomos de Derecho Internacional privado que se estaba desarrollando en la América hispana; donde tras la presentación de la pionera la Ley de Venezuela de 1998³⁷, vio la luz un movimiento codificador estatal, que sin embargo tendría que esperar unos años para su concreción en Leyes y Códigos generales de Derecho Internacional privado; como así habría sucedido, junto a otros intentos y reformas parciales en distintos países de Latinoamérica, ya en forma de Ley especial tanto en la República Dominicana en 2014³⁸, como en Panamá en 2014³⁹, o más recientemente en Uruguay en 2020⁴⁰. Todo ello, claro está, sin olvidar las significativas iniciativas que tuvieron lugar en el área mediterránea en países como Túnez de 1998⁴¹ o más tarde en Turquía en 2007⁴².

13. A la vista de los hechos descritos, por tanto, no resultaba extraño pensar que la doctrina española considerara seriamente la posibilidad de proponer una reforma de nuestro sistema de base estatal. Y ello, con el objetivo de contar con un sistema completo, actualizado y verdaderamente autónomo en forma de Ley Especial de Derecho Internacional privado. Para ello contaría, además, con un efervescente movimiento codificador de los sistemas autónomos de Derecho Internacional privado de países relevantes y cercanos al nuestros, que ofrecían a nuestro legislador una rica diversidad de experiencias y modelos codificadores cercanos en el ámbito comparado para llevarlo a cabo. Todos ellos, como en el caso español, también dependientes tradicionalmente de una codificación interna heterónoma con sede habitual en la codificación civil, así como buscando un espacio regulatorio especializado propio en tanto que sector del ordenamiento jurídico estatal ya maduro.

14. No hemos de olvidar, sin embargo, que estos movimientos de reforma y de codificación autónoma de los sistemas de Derecho Internacional privado estatales, se habría producido -al menos en el contexto que rodeaba a países como España- en un marco donde se había visto fortalecida la codificación institucional del Derecho Internacional privado tras la entrada en vigor del Tratado de la Comu-

²⁸ Gesetz vom 19.9.1996 über das Internationale Privatrecht, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* N°. 194 de 28 de noviembre de 1996.

²⁹ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts de 25 de julio de 1986, *BGBI* 1986 I 1142; Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, *BGBI*. 1999 I 1026;

³⁰ Por medio de un Libro 10 sobre Derecho Internacional privado, en el Código civil neerlandés (accesible en: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01010.html>).

³¹ *Moniteur belge*, de 27 de julio de 2004.

³² *Official Gazette* n° 56/1999.

³³ *RTI* 2002, 35, 217.

³⁴ SG. 42, 17 de mayo, 2005, modificada en SG. 59, 20 de julio de 2007 y SG. 47/23, de junio de 2009

³⁵ *OJ* 2011, n° 80, 432.

³⁶ 91/2012 Coll.

³⁷ *Gaceta Oficial* n° 36.511, de 6 de agosto de 1998.

³⁸ Ley n° 544-14 de Derecho Internacional privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014 (*Gaceta Oficial de la República Dominicana*, 18 de diciembre de 2014, p. 20).

³⁹ Ley N° 7 - Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (*Gaceta Oficial* n° 27530, de 8 de mayo de 2014).

⁴⁰ Ley N° 19.920, Ley general de Derecho Internacional privado (*Diario Oficial* N° 20.586, de 16 de diciembre de 2020).

⁴¹ *Journal officiel* n° 96, de 1 de diciembre de 1998.

⁴² Ley n° 5718 (*Official Gazette* 12 de diciembre de 2007).

nidad Europeo hecho en Ámsterdam en 1997 -como se preveía en su artículo 65-⁴³, acompañado de un reconocimiento sobre el posible alcance de la normativa europea en este ámbito también *ad extra*⁴⁴; así como ante una revitalización de la actividad desarrollada en centros de codificación tradicionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado y su incidencia en los procesos codificadores interno y regional⁴⁵.

Nos situamos, por lo tanto, ante un significativo marco regulatorio regional e internacional que estaría llamado a desplegar una gran influencia en el legislador español -resultando singularmente expansiva en el caso de la Unión Europea- y que, en cierta medida, condicionaba fuertemente su actuación en este ámbito.

B. Organización de los trabajos

15. Presentado, a grandes rasgos, el contexto -tanto interno, como comparado, al igual que regional e internacional- donde surgió y se desarrolló la aspiración de un relevante sector de la doctrina española de contar con una Ley Especial (“General” en el sentido empleado desde el Grupo de Trabajo), por medio de la que se alcanzara una codificación completa del sistema autónomo de Derecho Internacional privado. Esto es, el propósito último se cifró en formular un borrador de un instrumento normativo único y coherente, donde se imponga la claridad, de fácil manejo y aplicación en la práctica, con la que poder superar los tradicionales problemas que rodeaban y lastraban nuestro sistema autónomo, y donde se proyectara de forma coherente los valores constitucionales, adaptándolo a las necesidades del tráfico jurídico externo de cada momento ⁴⁶.

Así las cosas, corresponde ahora mencionar los elementos principales de esta iniciativa -fundamentalmente doctrinal-, tendente a elaborar una Ley Especial de Derecho Internacional privado en España. En este sentido, además del impulso personal inicial llevado a cabo por el Profesor González Campos -actuado de auténtica espoleta-, cabe destacar la importancia institucional que tuvo en los primeros pasos de esta iniciativa la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España que actuó como sede de la iniciativa y caja de resonancia desde la que plantear la estrategia que exigía tamaña empresa reformista. La cual se concibió, desde un inicio, como un trabajo coral de toda área de Derecho Internacional privado español y que, a la postre, resultó desgraciadamente en una obra inconclusa.

16. Así, partiendo del plan de trabajo ofrecido por el propio GONZÁLEZ CAMPOS⁴⁷, el primer acto en el que se fraguó esta obra lo constituyó la organización de las Jornadas sobre “La reforma del sistema español de Derecho Internacional privado”, celebrados en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 7 de junio de 2002⁴⁸. Esta primera reunión atrajo a un nutrido número de profesores de Derecho Internacional privado españoles interesados en esta iniciativa y su objetivo no era otro que alimentar este interés y marcar las líneas maestras de una eventual actuación conjunta con el fin de renovar el modelo autónomo español.

Así las cosas, los temas tratados por los distintos ponentes en esta sesión, por tanto, fueron diversos y se refirieron a cuestiones que fueron desde subrayar la necesidad de la reforma del sistema, hasta culminar por teorizar acerca de la organización de la reforma, pasando por la determinación del ámbito y estructura de ésta, las particularidades propias del Derecho interregional en el marco de esta

⁴³ DO n° C 340, de 10 de diciembre de 1997.

⁴⁴ Vid. A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers”, *Revue Suisse de droit international et européen*, 2006, pp. 259-309.

⁴⁵ H. VAN LOON, “The transnational context: Impact of the global Hague and regional European instruments”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, vol. 51, n° 4, 2015, pp. 743-754.

⁴⁶ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, cit., pp. 360-361.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 368-369.

⁴⁸ Al respecto, G. PALAO MORENO, “Jornada sobre “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado””, *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, 2002, pp. 520-522.

iniciativa, así como ponencias más contenidas donde se expresaron las cautelas que debían adoptarse ante esta empresa y los problemas de técnica jurídica que planteaba enfrentarse a una Ley Especial, con un alcance general, de reforma del sistema.

Las ponencias y las animadas conversaciones que las acompañaron derivaron en fraguar un ambiente prudente, pero voluntarioso, que permitía comenzar con esta tarea que se presentaba titánica por los esfuerzos y los recursos que exigía. Como resultado directo de este encuentro se elaboró un cuestionario que se circuló con carácter general al colectivo de profesores de Derecho Internacional privado españoles en octubre de 2002, donde por medio de una docena de preguntas se consultaba sobre aspectos clave de una eventual reforma del modelo español de fuente interna.

17. Por su parte, el segundo acto en el que se presentó este empeño académico se plasmó en la celebración de las II Jornadas “Sobre la reforma del sistema español de Derecho Internacional privado”, que tuvieron lugar igualmente en la sede de la Real Academia el 11 de febrero de 2005⁴⁹. Una vez sentadas las bases principales de esta iniciativa en la primeras Jornadas, el objetivo de estas nuevas Jornadas fue doble.

- a) Por un lado, en estas se propuso contextualizar las posibles perspectivas de reforma del sistema español de Derecho Internacional privado. En esta línea, además de presentarse las experiencias codificadoras llevadas a cabo en Estados miembros de la Unión Europea, como Bélgica y los Países Bajos, se dio cuenta de las reformas sectoriales que había sufrido el sistema español y se enmarcó una eventual revisión de este en el contexto de la Unión Europea y su desarrollo futuro.
- b) Por otro lado, una segunda parte de las Jornadas se dedicaron al examen de las respuestas que un numeroso conjunto de docentes había remitido, atendiendo a la llamada del cuestionario. Una amplia y representativa participación que legitimaban la continuación de ellos trabajos, como así lo refrendaba la mayor parte de las respuestas favorables a este empeño, así permitía perfilar las líneas generales de la reforma. Y ello, a pesar de los obstáculos que se vislumbraban y las discrepancias que se habían manifestado al respecto de algunas cuestiones relativas a su alcance o metodología a seguir.

18. A partir de este mandato, desde mediados de 2005 se iniciaron las reuniones del Grupo de Trabajo creado *ad hoc* para planificar los siguientes pasos a dar, comenzando por proponer la creación de tres subgrupos que tendrían como cometido analizar el estado en que se encontraba la cuestión y realizar propuesta de reforma concretas; las cuales se pensaba podrían derivar en la elaboración de un borrador inicial de una Ley Especial. Un colectivo representativo que contaba con una veintena de profesores que se organizaron, a su vez, en tres subgrupos distintos dedicados a: el Derecho procesal civil internacional, el Derecho Internacional privado de la persona, familia y sucesiones, así como el Derecho patrimonial internacional.

- a) Para empezar, el primer subgrupo dedicado Derecho procesal civil internacional lo conformaron los profesores M^a Elena Zabalo Escudero (Universidad de Zaragoza), Alfonso L. Calvo Caravaca (Universidad Carlos III), Miguel Amores Conrradí (Universidad Autónoma de Madrid), Federico Garau Sobrino (Universidad de las Islas Baleares) y Andrés Rodríguez Benot (Universidad Pablo de Olavide).
- b) Por su parte, formaron parte del segundo subgrupo, encargado el Derecho Internacional privado de la persona, familia y sucesiones, los profesores Julio D. González Campos (Universidad Autónoma de Madrid), Mariano Aguilar Benítez de Lugo (Universidad de Sevilla),

⁴⁹ Sobre la misma la crónica, G. PALAO MORENO, “II Jornadas sobre la reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, 2005, pp. 536-538. Téngase en cuenta, a su vez, G. PALAO MORENO, “Hacia una Ley española de Derecho internacional privado (2002-2005)”, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. 5, 2005, pp. 1249-1251.

José María Espinar Vicente (Universidad de Alcalá de Henares), Alegría Borrás Rodríguez y Cristina González Beilfuss (ambas de la Universidad de Barcelona).

- c) Por último, los estudios preparatorios relativos al tercer subgrupo encargado del Derecho patrimonial internacional fueron encomendados a los profesores Francisco Garcimartín Alférez (Universidad Autónoma de Madrid), Nuria Bouza Vidal (Universidad Pompeu Fabra), Sixto Sánchez Lorenzo (Universidad de Granada) y Guillermo Palao Moreno (Universidad de Granada).

Por último y aunque sin integrarse en ningún subgrupo en particular, igualmente formó parte del Grupo de Trabajo, el profesor Santiago Álvarez González (Universidad de Santiago de Compostela).

C. Un abrupto y sentido cierre de los trabajos

19. Plantada la semilla de la reforma del sistema en las I Jornadas y encaminados los trabajos tendentes a realizar una propuesta legislativa en las II Jornadas -tras las reuniones que tuvieron lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 2002 y 2005-, así como yendo a un buen ritmo las contribuciones personales y los trabajos desarrollados en los distintos subgrupos de trabajo organizados, el proyecto precisaba de contar en un tercer estadio en el que se precisaba de un apoyo institucional a nivel gubernamental, para superar el alto componente académico en el que había nacido e impulsado el proyecto de reforma. Así las cosas, dentro de la estrategia ya acordada en el marco de las dos primeras Jornadas, se programó como tercer acto, una tercera sesión en la Real Academia. Esta vez, ya con el respaldo de la colaboración formal entre el Ministerio de Justicia y la Real Academia que se concretaría en la organización de unas “III Jornadas sobre las perspectivas de desarrollo del Derecho Internacional privado comunitario y la reforma del sistema español”.

En este sentido, las III Jornadas fueron concebidas, por tanto, como el necesario despegue del proyecto y su salto de la academia (en un sentido amplio) a instancias gubernamentales, para que la iniciativa despegara y tomara vuelo definitivamente. En este sentido, estas nuevas jornadas fueron diseñadas para desarrollarse en tres sesiones sucesivas -programadas para los días 16 y 30 de noviembre y 10 de diciembre de 2007-; donde, además de realizar la presentación y la discusión de los trabajos elaborados en el seno de los tres subgrupos de trabajo que se habían creado, contaba con el objetivo de finalizar con la constitución de un comité de seguimiento que dieran continuidad a los mismos.

20. No obstante, el fallecimiento del Profesor González Campos el 20 de noviembre de ese mismo año obligó a cancelar tales reuniones. Las cuales se postergaron *sine die* y hasta la fecha, a pesar de algún intento posterior para dar continuidad a todo este caudal de trabajo desarrollado. Un final abrupto y especialmente triste que dio al traste con las no pocas ilusiones y trabajo invertido en esta iniciativa. No obstante, resultaría injusto dejar de agradecer a todos los profesores que, desde el Grupo de Trabajo, los tres subgrupos, la Real Academia o realizando funciones de lobby en los pasillos ministeriales, dedicaron sus esfuerzos a este loable propósito común. Una iniciativa conjunta y de corte académico que durante estos años ilusionó a un colectivo de especialistas universitarios en Derecho Internacional privado que diariamente se enfrentaba -ya fuera en las aulas, como desde la práctica- con un sistema normativo autónomo radicalmente mejorable.

III. ¿Resultaría conveniente (y viable) retomar la iniciativa de elaborar una Ley Especial de Derecho internacional privado?

21. Hoy por hoy el contexto legislativo en el que se encuentra el sistema español de Derecho Internacional privado es bien distinto del que se encontraron los mencionados subgrupos de trabajo en 2007. De este modo, si se tienen en cuenta los avances experimentados, ya sólo en nuestro sistema de Derecho Internacional privado de base autónoma durante los últimos veinte años -tanto de fuente

interna, como internacional y especialmente de origen regional europeo-, se podrá entender fácilmente que algunas de las deficiencias señaladas por el Grupo de trabajo de reforma a inicios del año 2000, se habrían minimizado en gran medida en la actualidad.

Lo cierto es que, hoy por hoy, el ímpetu codificador de otrora habría dado paso a un ominoso silencio sobre esta cuestión en nuestra doctrina, que podría interpretarse como un cierto consenso doctrinal al respecto de la falta de necesidad de considerar la posibilidad de retomar los trabajos conducentes a la revisión de nuestro sistema autónomo de Derecho Internacional privado; a diferencia del ánimo presente en la primera década del año 2000, incidiendo en el deseo de llevar a cabo la elaboración de una Ley Especial de Derecho Internacional privado para España. En esta línea, y principalmente en atención al poderoso crecimiento y la gran potencialidad de la codificación europea de esta materia -con unas aspiraciones prácticamente hegemónicas-, lo cierto es que una propuesta en este sentido contaría actualmente con escasos apoyos entre los autores españoles, por considerar que ésta resultaba totalmente innecesaria.

22. Entonces y a la vista de lo expuesto podríamos preguntarnos ¿Por qué recordar el proyecto y proponer el ejercicio de retomarlos a estas alturas? Y, junto ello, si nos propusiéramos retomar tales trabajos ¿Qué utilidad y que garantías de éxito tendría ese esfuerzo?⁵⁰ Resulta comprensible este interrogante. Sin embargo, la posición que se mantiene en este estudio difiere de ese sentir general, y parte del siguiente cuestionamiento ¿Por qué no una Ley Especial de Derecho Internacional privado para España en estos momentos? En este sentido, en el presente apartado se presentan diversos argumentos en contra y a favor de una iniciativa legislativa en la materia de este tipo para España, con el fin último de alentar una eventual discusión científica sobre este tema.

A. Obstáculos que encontraría una iniciativa legislativa

23. No cabe duda de que una empresa como la reforma integral de un sistema estatal de Derecho Internacional privado se enfrenta a numerosos obstáculos, comenzando por las dudas que podría generar al respecto de su oportunidad y su viabilidad en el momento actual⁵¹. Y es que tamaña iniciativa precisa de un alto consenso doctrinal que podría no encontrarse presente en nuestros días. En todo caso, seguidamente se mencionarán aquellas trabas que, tano de carácter endógeno, como exógeno, podría afectar negativamente a la propuesta de revisión de nuestro sistema autónomo en este ámbito.

24. Para empezar y desde una dimensión autónoma o interna, cabe subrayar la expansión y la relevancia que ha tenido el proceso de modernización del sistema español de Derecho Internacional privado de origen autónomo durante estas casi dos décadas -destacando el año 2015 de entre todos ellos-. Algo que se habría llevado a cabo por medio de un destacable esfuerzo legislativo en nuestro país, a partir del que habría cambiado radicalmente la fisonomía del otrora esquemático sistema autónomo de Derecho Internacional privado español que, entre otros efectos, habría relegado al Capítulo IV del Título preliminar del Código civil a una posición cada vez más residual⁵². Una fisonomía actual del sistema autónomo que resultaría necesario cartografiar de forma previa, para valorar la necesidad o no de su reformulación con un propósito codificador de amplio espectro. En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar tres tipos de acciones regulatorias distintas, llevadas a cabo por parte del legislador español durante los últimos tres lustros, a partir de las que se habría avanzado en el proceso codificador interno del Derecho Internacional privado, fortaleciendo el sistema y estableciendo una nueva impronta en el modelo normativo español.

⁵⁰ Una cuestión que se plantea todo codificador estatal al enfrentarse a la reforma de su sistema de Derecho Internacional privado, en opinión de F. SCHWIND, “Aspects et sens du droit international privé...”, cit., p. 106.

⁵¹ Sobre los obstáculos que podría encontrar la codificación del Derecho Internacional privado de fuente interna, téngase en cuenta el clásico estudio de A. FERRE-CORREIA, “Les problèmes de codification en droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 145, 1975, pp. 57-203, pp. 110-112.

⁵² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional privado español...”, cit., p. 14.

- a) Así, por un lado, destaca la revisión que sufrieron diversas Leyes ya existentes a inicios del año 2000, pero que contaron una profunda actualización y reformulación de las soluciones existentes; afectando igualmente a las soluciones propiamente internacional-privatistas que estos instrumentos contenían -entre las que destaca, de modo paradigmático, tanto las distintas modificaciones que habría sufrido el Código civil en los últimos años⁵³, al igual que la reforma que sufrió la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2015⁵⁴-. De tal modo que, sin dejar de contar con un carácter heterónomo y dependiente, y en base a distintas motivaciones -ya fueran exigencias puramente internas para actualizar la normativa o en vistas a la adaptación de tales textos a la normativa internacional que obligaba a España en determinados sectores-, el hecho es que se trataba de una revisión de la normativa ya existente.
- b) Junto a ello, esta renovación se produjo igualmente a partir de la incorporación de soluciones propiamente internacional-privatistas en nuevas Leyes especiales que venían a completar el ordenamiento jurídico español -como se aprecia en la Ley Concursal de 2003⁵⁵ o en la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015⁵⁶-. SE trataba, por tanto, de un modelo regulatorio ya existente -que vincularía la codificación del Derecho Internacional privado autónomo a la codificación civil o mercantil interna- y que, por lo tanto, tendría como resultado directo el profundizar en la fragmentación del sistema español de Derecho Internacional privado de fuente interna ya existente.
- c) Por último, también destaca la actualización realizada gracias a la generación de Leyes especiales, en esta ocasión exclusivamente orientadas a reglamentar situaciones privadas internacionales -tal y como se observa en la Ley de adopción internacional de 2007⁵⁷ o la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015⁵⁸-. En este caso, aunque diseñadas de forma específica para ordenación de las situaciones privadas internacionales y como primeras experiencias de tratamiento independiente de las peculiaridades propias de determinadas situaciones privadas internacionales, no cabe duda de que por medio de estas acciones se ahondaría aún más en la dispersión y complejidad del modelo español.

25. Junto a ello y desde una perspectiva regional e internacional, resultaba difícil imaginar en el momento en que se propuso la revisión el gran desarrollo y la complejidad que podría llegar a tener el sistema de fuente institucional europeo -a partir de la base jurídica que ofrecía el artículo 65 del Tratado de la Unión Europea y, con posterioridad a la aprobación del Tratado de Lisboa, actualmente el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁹; cubriendo actualmente un destacado número de materias, en todos los sectores propios del Derecho Internacional privado -aunque con un desigual alcance por efecto de, entre otros, la posición que ocupan algunos Estados miembros como Dinamarca e Irlanda al respecto de esta política o por el recurso a la cooperación reforzada en algunos ámbitos-, así como estando en proceso de profundizar su paulatina proyección hacia terceros países -todavía incompleta⁶⁰.

⁵³ En este sentido, las contribuciones en esta misma obra de los profesores Juliana Rodríguez Rodrigo (“Modificaciones posteriores del Capítulo IV”), Pilar Blanco-Morales Limones (“Derecho de la persona y de la familia”), Sixto Sánchez Lorenzo (“Derecho patrimonial”), Esperanza Castellanos Ruiz (“Sucesiones *mortis causa*”) y Javier Carrascosa González (“Tratamiento de los problemas generales de aplicación”).

⁵⁴ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio de 2015).

⁵⁵ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 10 de julio de 2003).

⁵⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio de 2015, corrección de errores de BOE de 2 de septiembre de 2015).

⁵⁷ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE de 29 de diciembre de 2007).

⁵⁸ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE de 31 de julio de 2015).

⁵⁹ M. DESANTES REAL, “Hacia un sistema de Derecho Internacional privado de la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. 9, 2009, pp. 115-128; J. BASEDOW, “15 years of European Private International Law -Achievements, conceptualization and Outlook-”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRE, R. (Coords), *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., pp. 175-184, pp. 182-183.

⁶⁰ Al respecto, A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme...”, cit., pp. 259-309.

Un evidente traslado de la competencia legislativa de los Estados miembros a las instituciones de la Unión Europea que habría derivado en una intensificación y expansión de la actividad codificadora llevada a cabo por el legislador europeo⁶¹. Una apuesta europeísta que, sin lugar a duda, además de haber servido de modelo a los legisladores internos, posee una trascendental importancia y un sentido cuasi-constitucional para los sistemas de Derecho Internacional privado de los Estados miembros, que podrían llegar a verse incluso totalmente superados⁶².

26. En este sentido, junto a la tendencia hacia una paulatina “de-nacionalización” del Derecho Internacional privado⁶³, y la incidencia que despliegan los procesos de elaboración privada de las normas reguladoras de situaciones privadas internacionales⁶⁴, se estaría llegando a observar incluso un cierto debilitamiento del Estado con una incidencia directa en la ordenación de este sector del ordenamiento⁶⁵, que incluso habría llevado a preconizar una paulatina desaparición de los sistemas internos de tales países en relación con este sector del ordenamiento, por medio de su previsible futura sustitución por la normativa de origen institucional⁶⁶. Como también la posee -aunque en menor medida- los resultados alcanzados durante estos años en el proceso de codificación en el nivel convencional que obligan a nuestro país -principalmente desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado-⁶⁷.

De ahí que podría llegar a afirmarse desde esta perspectiva, que ante el despegue y la gran potencialidad que posee la ordenación de origen en la Unión Europea vinculada a la política de Cooperación judicial en materia civil, así como los redoblados esfuerzos llevados a cabo en distintas sedes de codificación internacional del Derecho Internacional privado -junto al gran desarrollo de la normativa de fuente interna en nuestro país ya mencionado-⁶⁸, en la futilidad de retomar el esfuerzo de una codificación autónoma del sistema español que tomara la forma de una Ley Especial -de alcance general- de Derecho Internacional privado para España en nuestros días.

27. En esta línea, detrás de la falta de atención y de consenso actual que podría encontrar la propuesta de desarrollar una Ley Especial de Derecho Internacional privado para España, se encontraría principalmente el más que destacable desarrollo del sistema española desde 2007 y en sus tres niveles regulatorios esenciales: el institucional, el convencional y el autónomo. Aunque igualmente podrían mencionarse como posibles motivos en contra, tanto el elevado coste que supondría esta iniciativa (en relación con el beneficio que podría llegar a producir), así como el riesgo de petrificación y de cristalización del sistema que tendría elaborar una Ley Especial de Derecho Internacional privado; esto último, principalmente frente al modelo fragmentado actual que permitiría acometen una actualización especializada más fácilmente para cada sector y materia afectada de forma individualizada.

⁶¹ R. A. BRAND, “Of Magnets and Centrifuges: The US and EU Federal Systems and Private International Law”, *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper* No. 2019-29, pp. 5-18, pp. 17-18 (accesible en: <http://ssrn.com/abstract=3505601>).

⁶² R. MICHAELS, “Die europäische IR Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung”, en D. BAETGE, J. VON HEIN Y M. VON HINDEN (Eds.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 151-173, p. 161.

⁶³ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Private international will be comparative or it will be nothing”, en X. KRAMER Y L. CARBALLO PIÑEIRO (Eds.), *Research methods in Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024, pp. 129-154, pp. 135-139.

⁶⁴ J. BASEDOW, *El Derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, Legis, 2017, pp. 55-56.

⁶⁵ J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement...*, cit., pp. 505-508.

⁶⁶ C. S. RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU - Vorbild oder Vormacht?*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2023, pp. 306-334.

⁶⁷ En ambos casos, el resultado codificador alcanzado resultaría excesivamente prolijo e innecesario de detallar en esta sede. Por lo que, además de las respectivas aportaciones de realizadas de los profesores José Carlos Fernández Rozas (“Incidencia de los tratados internacionales”) y Pedro A. De Miguel Asensio (“Incidencia de la comunitarización del Derecho Internacional privado”), nos remitimos a compilaciones normativas de frecuente uso y de carácter privado, como son las editadas por los profesores S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. JIMÉNEZ BLANCO Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Legislación de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2023 (25ª ed.); o por los profesores A. BORRÁS GARCÍA, N. BOUZA VIDAL, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 2024 (34ª ed.).

⁶⁸ Una normativa que habría adquirido un valor de “Constitución civil”, en opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado europeo. La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, nº 9, 2022, pp. 1-34.

Podría llegar a concluirse, por tanto y desde esta perspectiva contraria, que una propuesta codificadora del sistema español de Derecho Internacional privado como ésta no sólo no resultaría poco aconsejable, sino que incluso llegaría ya tarde. En consecuencia, tal vez y desde una perspectiva posibilista, se podría llegar con ciertas garantías de éxito a un acuerdo de mínimos, en el sentido de coincidir en que resultaría imperativa la reforma del Derecho interregional en tanto que normativa reguladora de los conflictos de leyes internos surgidos de la aplicación del Derecho civil de las Comunidades Autónomas⁶⁹, e incluso se podría llegar a considerar la eventual autonomía de esta normativa frente a la codificación civil⁷⁰. Sin embargo, la posibilidad de acometer una completa codificación del sistema de fuente interna por medio de una Ley Especial de Derecho Internacional privado, tras su abandono y posterior olvido, podría no llegar a reunir tantos apoyos doctrinales en nuestros días como para poner en marcha un procedimiento legislativo tan ambicioso.

B. Argumentos que favorecerían un nuevo impulso

28. No obstante lo expuesto, sin negar la plena validez y la pertinencia de los obstáculos señalados, así como de los argumentos que apoyarían una postura contraria a la elaboración de una Ley Especial que, con un alcance general, ordenara el Derecho Internacional privado en España en la actualidad, igualmente habría que tomar conciencia de los diversos motivos que podrían tenerse en cuenta a partir de los que se favorecería el acometer un empeño regulatorio de tal envergadura y alcance para España. En este sentido, los elementos que se podrían tomar en consideración son varios y -como en el caso anterior, aunque en un sentido contrario-, tanto endógenos como fundamentalmente exógenos, altamente condicionados por la situación de España en el contexto codificador institucional y convencional actual.

29. Así las cosas, para empezar y desde una perspectiva interna o endógena, no cabe duda de que la ordenación del sistema español de Derecho Internacional privado autónomo todavía posee un amplio margen de mejora en nuestros días. Para empezar, y a la vista de lo expuesto con anterioridad, el carácter aluvial y fragmentario del mismo no se ha visto más que profundizado durante los últimos años; dificultando la comprensión y aplicación práctica, al igual que incrementando la complejidad del modelo español de fuente interna. Por lo que podría incluso ponerse en tela de juicio su carácter de “sistema”, al menos si tenemos en cuenta los resultados del proceso codificador hasta la fecha⁷¹.

Esto es algo que se advierte claramente, a modo de ejemplo, en la dimensión procesal del modelo, donde coexiste la aplicación de diferentes cuerpos legislativos diseñados para atender a diversas cuestiones relativas tanto a la determinación de las autoridades competentes, como a los problemas que suscitaría la propia puesta en marcha y aplicación del sistema de competencia judicial internacional; así, coincidirían en este propósito diferentes preceptos incorporados en cuerpos normativos como la Ley Orgánica del Poder Judicial reformada en 2015, como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000⁷², la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 o la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil de 2015.

30. Junto a ello, y si nos aproximamos al sector de la ley aplicable, se puede observar cómo no sólo las soluciones previstas en los artículos 9 a 11, sino también las soluciones previstas en el artículo 12 del Capítulo IV del Título Preliminar al disciplinar las normas de aplicación del sistema -aunque con un juego residual y muy limitado en la práctica⁷³- siguen necesitando de una revisión y de una actuali-

⁶⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., p. 268.

⁷⁰ Sobre esta cuestión, E. JAYME, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, t. 177, 1982, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, pp. 9-102, pp. 48-49.

⁷¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., pp. 224-225.

⁷² BOE nº 7, de 08 de enero de 2000.

⁷³ M. MOYA ESCUDERO, “Reflections on a new interpretation of article 12 of the *Código civil*”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. II, 1992, pp. 3-31.

zación desde hace décadas⁷⁴. Aunque también resultaría conveniente revisar algunas de las soluciones incorporadas en los distintos instrumentos donde reside el actual modelo interno de Derecho Internacional privado, para alinearlas con los valores e intereses vigentes en la actualidad⁷⁵.

Así sucede si tomamos como ejemplo el Título preliminar de nuestro Código civil -principalmente en materia de Derecho internacional de la persona y de la familia, al ser las materias donde se sitúan las mayores lagunas que se observan en la reglamentación de origen en la Unión Europea-, donde se parte de una aproximación “nacionalista” que impregna nuestra normativa en relación con el estatuto personal. Y ello, no sólo en un momento donde España constituye un país multicultural y destino de personas inmigrantes⁷⁶, sino también debido a los avances sociales y tecnológicos que se está manifestando en este ámbito, al igual que por la relevancia que estaría ganando el “método de reconocimiento” de situaciones jurídicas -principalmente en materia de persona y familia-⁷⁷. Todo ello sin mencionar, entre otros, los problemas aplicativos que persisten -e incluso se acentúan en su juego práctico- en relación con el sistema de conflictos de leyes internos, a los que ya se ha hecho referencia.

31. Como resultado de lo expuesto puede concluirse que, a pesar de los evidentes avances experimentados en el sistema español de fuente interna, su desarrollo y crecimiento ha derivado en ahondar en el problema de su dispersión, no habiéndose resuelto algunos extremos que han sido criticados desde la doctrina desde hace décadas. El sistema español de fuente interna actual, por tanto, precisa de una actualización que además le dote de una mayor racionalización y sistematización, así como que garantice una mayor claridad, accesibilidad y una mejor comprensión de un sistema que habría acercado el Derecho Internacional privado español al elitista “Derecho sabio” al que haría referencia OPETTIT⁷⁸.

Desde luego, de ello no se deriva directamente que los fallos detectados tengan qué conducir de forma directa a tener que preconizar necesariamente la imperatividad de contar con una Ley Espacial para España. Como que tampoco que esta alternativa codificadora constituya una panacea, a la vista de los argumentos contrarios apuntados. Sin embargo, no cabe duda de que constituiría un modo eficiente y sistemático de llevar a cabo esta actualización y mejora del modelo de fuente interna para nuestro país, tal y como se puede observar en las experiencias llevadas a cabo en destacados países de nuestro entorno desde una perspectiva comparada.

32. En otro orden de ideas, haciendo referencia a la dimensión externa, podría estimarse que el reciente crecimiento y la potencialidad de desarrollo que posee el sistema de Derecho Internacional privado de origen convencional y la vis expansiva del europeo conduciría a la plena superación y sustitución de la normativa de fuente estatal. Así como que los procesos codificadores estatales que están teniendo lugar en el seno de la Unión Europea podrían llegar a dificultar tales desarrollos en los Estados miembros. Nada más lejos de la realidad, al menos no en nuestros días, al menos por lo que se puede vislumbrar a medio plazo.

Así, por un lado, estamos lejos de que el legislador europeo esté considerando desarrollar un completo y coherente “sistema” de Derecho Internacional privado, pudiéndose hablar de una auténtica ocasión perdida en no contar con una codificación europea este ámbito, en palabras de LAGARDE⁷⁹.

⁷⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., pp. 261-263.

⁷⁵ En atención a su función social de cumplir con los intereses de cada país, como destacase F. SCHWIND, “Aspects et sens du droit international privé...”, cit., p. 102. En la misma línea, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., pp. 246, 251-252.

⁷⁶ A. L. CALVO CARAVACA, “El “Derecho Internacional privado multicultural” y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, nº 7847, 2012; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 186-202.

⁷⁷ R. ARENAS GARCÍA, “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea”, en M. V. CUARTERO RUBIO Y J. M. VELASCO RETAMOSO (Dir.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2021, pp. 47-79; A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 87-91; D. LOPES, “Recognition – a methodology without a method?”, en X. KRAMER Y L. CARBALLO PIÑEIRO (Eds.), cit., pp. 107-127, 116-118.

⁷⁸ B. OPETTIT, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 234, 1992, pp. 331-434.

⁷⁹ P. LAGARDE, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Revue critique de droit international privé*, nº 3, 2022, pp. 515-520, p. 515.

Junto a ello, por otro lado, y siguiendo a VAN LOON, tampoco hay que perder de vista que este tipo de procesos, y sobre todo el impacto que posee la globalización en este sector del ordenamiento, no ha implicado que la nación-Estado haya dejado de tener importancia -como creador, intérprete y aplicador- en un marco jurídico internacional descentralizado como el actual, llegando tales fenómenos incluso a subrayar e impulsar su importancia, al igual que la labor codificadora nacional en materia de Derecho Internacional, interactuando con las distintas fuentes que conforman el actual sistema multinivel donde se desarrolla⁸⁰.

33. Así, si nos aproximamos a la regulación de las situaciones privadas internacionales con origen en la Unión Europea como ejemplo, aunque es cierto que la política de Cooperación judicial en materia civil europea ha dado lugar a una intensa y amplia regulación ius-privatista -que incluso podría decirse contaría con una suerte de aspiración hegemónica-, igualmente se puede observar cómo presenta destacadas limitaciones y deficiencia⁸¹. En este sentido, a pesar de su significado y potencialidad, esta ordenación de origen europeo no puede llegar a caracterizarse (al menos no en la actualidad), como un auténtico sistema jurídico, al no contar con las notas de plenitud y coherencia exigibles para ello⁸².

En esta línea, se puede observar como, por un lado, todavía perviven diversas y significativas lagunas regulatorias en su seno -a pesar de la destacada expansión y la vocación hegemónica legislativa experimentada en los últimos años en el seno de la Unión Europea-⁸³; como igualmente, por otro lado, presenta problemas de coordinación y de compatibilidad tanto internos al proceso codificador europeo -esto es, entre los distintos instrumentos europeos-, como con respecto a las soluciones de origen estatal -en su dimensión *ad extra*-⁸⁴. Un resultado que abunda en que todavía resulte prematuro estimar su autonomía plena y, como resultado de ello, preconizar la falta de necesidad de contar con un sistema codificado en forma de Ley Especial de fuente autónoma en nuestros días.

34. En este sentido, y únicamente con el ánimo de ilustrar esta afirmación, lo cierto es que la acción codificadora del legislador europeo no podría tomarse como el mejor modelo de una regulación completa y coherente de este sector del ordenamiento; sino que, a pesar de su imparable avance, se pueden destacar las siguientes carencias del modelo europeo de Derecho Internacional privado en nuestros días:

- a) Así, por un lado, haciendo referencia tan sólo a la dimensión conflictual y por lo que hace a sus carencias relacionadas con las materias cubiertas, todavía quedan determinadas materias que restan por ordenar desde la Unión Europea, ofreciendo así una imagen de un sistema normativo incompleto y fragmentario⁸⁵. Así, sin hacer mención de aquéllas que se encuentran en la actual agenda del legislador europeo -como es el ámbito de la filiación o

⁸⁰ H. VAN LOON, "Tee global horizon of Private International Law. Inaugural Lecture, Private International Law Session, 2015", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 380, 2016, pp. 9-108, pp. 36-40.

⁸¹ J. L. IGLESIAS BUHIGUES, "Luces y sombras de la Cooperación judicial en materia cví en la UE", en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRE, R. (Coords), *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., pp. 535-552; s. SÁNCHEZ LORENZO, "La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz", C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133-145.

⁸² Al respecto, s. SÁNCHEZ LORENZO, "El principio de coherencia en el Derecho Internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, nº 2, 2018, 17-47.

⁸³ Tanto "internas" como "externas", siguiendo la terminología empleada por J. BASEDOW, "Le droit uniforme de l'union européenne : essai sur l'interprétation et le comblement des lacunes des règlements de l'union et des conventions internationales de droit privé uniforme ratifiée par celle-ci", en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO Y G. STAMPA (Eds.), *Relaciones transfronterizas...*, cit., pp. 1105-1017, pp. 1012-1014 y 1017. Vid. X. KRAMER (Dir.), "A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives", editado por el Parlamento Europeo en 2012 (accesible en: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219AT-T58300/20121219ATT58300EN.pdf>), pp. 15-52.

⁸⁴ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "International conventions and European instruments of private international law: interrelation and codification", en M. FALLON, P. LAGARDE Y S. POILLOT PERUZZETTO, SYLVAIN (Dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Frankfurt

^a M., Peter Lang, 2011, pp. 187-205.

⁸⁵ C. S. RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU...*, cit., pp. 64-67.

- protección de los mayores⁸⁶-, faltan por legislar determinadas cuestiones como serían: la capacidad de las personas y derechos de la personalidad -incluidos los daños que se les pudieran causar-; materias particulares del Derecho de familia, como el matrimonio y las relaciones personales entre los cónyuges o de las parejas registradas, las relaciones personales y económicas de las parejas no registradas o la filiación adoptiva; el derecho de bienes en su casi totalidad -los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles-, a excepción de los relativos a bienes culturales; los trust y los aspectos relativos a las personas jurídicas, como las fundaciones o el Derecho de sociedades; así como ciertos extremos del Derecho Laboral, los convenios colectivos; sin olvidar otras cuestiones como la regulación de la prueba con elementos extranjeros -salvo los aspectos relativos a la cooperación en esta materia-⁸⁷.
- b) Además, por otro lado, y siguiendo con el ejemplo del sector de los conflictos de leyes, el legislador europeo no parece tener ideado todavía un “modelo” regulador de las situaciones privadas internacionales completo y coherente. En este sentido, lejos de estar pensando en una codificación íntegra del Derecho Internacional privado para la Unión Europea⁸⁸ -con los problemas y el coste que esta ausencia implica en la práctica-⁸⁹, parecería que el modo en que ha crecido la normativa de la Unión Europea ha sido, en consecuencia, orgánico y aluvial, sin haber sido capaz elaborar ni tan siquiera una necesaria “parte general” uniforme que -a modo de Reglamento 0- solventase los eventuales problemas de aplicación de las normas de conflicto de leyes o jurisdicciones presentes en los instrumentos europeos⁹⁰.
- c) Todo ello, además de los problemas que suscita el recurso de la Cooperación reforzada de cara a lograr una completa uniformidad regulatoria, así como las dificultades que suscita para cumplir con tal fin el recurso que en ocasiones se realiza de normas de conflictos en Directivas -como se aprecia en materia de consumo o trabajo-; al igual que la complejidad que incorpora la respuesta que encontramos en las conocidas como “Leyes digitales” a la hora de determinar su ámbito de aplicación territorial o el juego de los principios y las libertades de circulación europeas en algunos ámbitos, con la incorporación del “método de reconocimiento” ya mencionado.
- d) Al igual que, a su vez, no debe perderse de vista que el legislador estatal sigue contando con un gran nivel de autonomía en el ámbito procesal. Un hecho que resulta esencial tener en cuenta, al afectar a la propia incorporación de las soluciones presentes en los Reglamentos en materia de cooperación judicial en materia civil que han sido elaborados por el legislador de la Unión Europea.

35. En otro orden de ideas y a pesar de que no afecte únicamente a Estados miembros de la UE, no está de más recordar que el movimiento codificador del Derecho Internacional privado autónomo ha

⁸⁶ En este sentido, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM (2022) 695 final), así como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos (2023 (2023) 280 final)

⁸⁷ En el mismo sentido, FOUSSARD, M.-L. NIBOYET Y C. NOURISSAT, “Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, nº 3, 2022, pp. 477-503, en nota 13.

⁸⁸ Al respecto, X. KRAMER, “A European Framework for private international law...”, cit., pp. 84-85.

⁸⁹ En este sentido el estudio elaborado por la unidad *valeur ajoutée européenne* del Parlamento Europeo en 2013, “Rapport sur le coût de la non-europe. Un code européen du droit international privé” (accesible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL-JOIN_ET\(2013\)504468_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL-JOIN_ET(2013)504468_FR.pdf)). A este respecto cabe recordar la iniciativa que supuso el trabajo de E. FRANKENSTEIN, *Projet d'un code européen de droit international privé*, Leiden, E.J. Brill, 1950; así como los intentos de codificación que tuvieron lugar en la primera década del siglo XX como se aprecia en P. LAGARDE, “Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé”, *Rechts Z*, nº 75, 2011, pp. 673-676, respondiendo a la iniciativa del GEDIP (Groupe européen de droit international privé). Accesible en: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2011/10/Embryon-de-r%C3%A8glement.pdf>

⁹⁰ Sobre esta cuestión, entre otros las contribuciones en la obra colectiva editada por S. LEIBLE Y H. UNBERATH, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?. Überlegungen zue einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Sipplingen, JWV, 2013; S. LEIBLE, “Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung? Pläyoder für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR”, en N. WITZLEB, R. ELLGER, P. MANKOWSKI, H. MERKT Y O. REMEIN (Eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 429-448; R. WAGNER, “Do we need a Rome 0 Regulation?”, *Netherlands International Law Review*, 2014, pp. 225-242.

seguido avanzando durante estos últimos años. Así, además de las experiencias codificadoras en forma de Ley general que tuvieron lugar en la República Dominicana y en Panamá en 2014 o en Uruguay en 2020, destacan las iniciativas de revisión del sistema autónomo en forma de una codificación general en países como Chile en 2020⁹¹, México o recientemente Colombia en 2024⁹². Efectivamente, a pesar de su cercanía a nuestro modelo codificado, estos ejemplos no se refieren a países que, como el nuestro, se encuentran inmersos en un proceso de integración regional que, como la Unión Europea, ha hecho una apuesta tan fuerte por la ordenación del Derecho Internacional privado. Por lo que es cierto que su validez de cara al nuestro contaría con algunas limitaciones por las exigencias a las que se ve sometidos nuestro legislador estatal, por parte del europeo.

No obstante, sí que resulta particularmente oportuno subrayar en este punto cómo un sector doctrinal presentó en 2022 un proyecto de Código de Derecho Internacional privado en la propia cuna de la codificación civil: Francia⁹³. Desde luego, la discusión y contestación frontal que ha suscitado este proyecto en la doctrina gala obliga, sin embargo, a que tengamos que esperar algún tiempo para comprobar el éxito y el eventual alcance de esta propuesta de Código -toda vez que resulta altamente conveniente contar con un consenso doctrinal amplio para llavera acabo tal empeño-⁹⁴; aunque no cabe duda de que, al tratarse de otro Estado miembro de la Unión Europea y por las similitudes que guarda su ordenamiento y contexto normativo con el nuestro, esta propuesta codificadora ha de ser tomada en consideración -al respecto de extremo como podrían ser, por ejemplo, su objeto, estructura y metodología adoptada-, al igual nos tiene que hace flexibilizar una posible postura negacionista radical en este ámbito y, en por lo tanto, reconocer que tal vez exista un espacio para llevar a término una reforma del modelo español de Derecho Internacional privado autónomo en forma de una Ley Especial.

36. En resumidas cuentas, el modelo actual de Derecho Internacional privado español -en consideración a los resultados alcanzados en sus tres niveles de reglamentación- continúa conformando un sistema de complejo acceso y costoso en su aplicación práctica, así como fragmentario, disperso y descoordinado que plantea problemas a distintos niveles. Una serie de carencias que, ante la ausencia de voluntad del legislador de la Unión Europea de acometer una codificación completa de su modelo regulatorio en esta materia o de elaborar un modelo coherente y flexible que sirva a una coordinación del actual modelo multinivel⁹⁵, exige una toma de postura por parte del legislador nacional en cada Estado miembro. Entre las posiciones disponibles, no cabe duda de que les correspondería a los legisladores estatales la potestad de paliar las deficiencias que presenta en su nivel interno de recepción y de aplicación. Resulta evidente, en todo caso, que este diagnóstico no nos obliga a dar un paso tan trascendental y costoso como el de volver a intentar elaborar una Ley Especial de Derecho Internacional privado en España, pero no es menos cierto es que el coste de la no-acción (*i.e.* no-codificación) es elevado y el funcionamiento actual del sistema no resulta siempre compatible con los objetivos de claridad, previsibilidad, seguridad jurídica y buena administración de la justicia⁹⁶.

⁹¹ En 2020 se presentó un anteproyecto de Ley de Derecho Internacional privado, resultado de la cooperación llevada a cabo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos chileno. El texto se encuentra accesible en: https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e23cc3e0-6680-402c-a5a2-0de1bc3fb695/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado.pdf.

⁹² El texto del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para Colombia de 2024 y comentarios al mismo se encuentra publicado en: M. SALVADORI Y G. BOUTIN ICAZA (Eds.), *Colombian Draft Project on Private International Law*, Turín, Università degli Studi di Torino, 2024. Accesible en: <https://www.collane.unito.it/oa/items/show/199#?c=0&m=0&s=0&cv=0>

⁹³ Que ya encontraría precedentes en las propuestas de codificación que fueron elaboradas por Niboyet en 1953, Batiffol en 1959 y Foyer en 1967. Una aproximación metodológica a esta propuesta, desde la óptica de sus promotores, la encontramos en: D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET Y C. NOURISSAT, "Réflexions méthodologiques s...", cit., pp. 477-503.

⁹⁴ En este sentido, los trabajos de D. BUREAU Y H. MUIR WATT, "Codifier à contretemps... À propos d'un projet français de codification du droit international privé", *La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*, n° 46, 2022, pp. 2107-2113; H. MUIR WATT, D. BUREAU Y S. CORNELOUP, "De codice ferendo?", *Revue critique de droit international privé*, n° 3, 2022, pp. 473-476; P. LAGARDE, "Quelques remarques...", cit., pp. 515-520.

⁹⁵ C. S. RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU...*, cit., pp. 609-610.

⁹⁶ De forma similar, al respecto del sistema francés de finales del s. XX, P. LAGARDE, "Sur la non-codification du droit international français", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 25, n° 1, 1998, pp. 45-59.

IV. Valoración y perspectivas

37. Toda propuesta disruptiva, como la reformulación de un sistema autónomo de Derecho Internacional privado, ha de tener en cuenta los obstáculos a los que se enfrenta esta empresa, al igual que los beneficios que pudiera reportar, para determinar finalmente su viabilidad y oportunidad⁹⁷. A la vista de lo expuesto pueden plantearse dos alternativas principales, al respecto de la situación en la que se encuentra nuestro sistema de Derecho Internacional privado de base interna, antes de lanzar una propuesta en este sentido.

- a) La primera sería continuista y consistiría fundamentalmente en seguir con la situación tal cual está, en atención a los obstáculos que desaconsejarían una iniciativa codificadora autónoma y de amplio alcance. En palabras de BUREAU y MUIR WATT, al respecto de proyecto galo de 2022, nunca sería demasiado tarde para no hacer nada⁹⁸. Desde luego, esta postura podría acompañarse de una crítica del modelo español vigente, proponiendo alguna reforma puntual, pero estando principalmente pendiente del proceso codificador europeo como sistema hegemónico.
- b) La segunda opción, más rupturista, pasaría igualmente por criticar la situación vigente, pero se plantearía la viabilidad de reformar radicalmente el actual modelo de fuente interna. Una opción que, qué duda cabe, es susceptible de generar un cierto vértigo por las consecuencias legislativas que comportaría y no constituye una panacea ante los problemas que suscita el sistema vigente⁹⁹, pero igualmente es cierto que podría adoptar una intensidad distinta, según se propongan reformas puntuales de los textos vigentes o retomar la discusión relativa a la posible elaboración de una Ley Especial de Derecho Internacional privado.

38. En esta línea de análisis coste-beneficio, cabe subrayar como profundizar en la autonomía y en la mejor sistematización del sistema español de Derecho Internacional privado de fuente estatal no constituye ninguna utopía, sino una verdadera necesidad para superar los problemas señalados. Lógicamente, podría llegar a pensarse en la falta de necesidad de llevar a cabo un proceso codificador de base autónoma en los Estados miembros en estos momentos, y menos en forma de Ley especial de Derecho Internacional privado. No obstante, abrazar este propósito debería ser considerado atentamente por los beneficios que reporta.

Pero también podríamos plantearnos ¿Por qué no ahora? Y ello, entre otros motivos, debido a la complejidad del sistema de fuentes actual y por la pervivencia de lagunas en la normativa europea y convencional, además de por la existencia de una realidad “extra-europea” que militaría a favor de mirar más allá de nuestro continente y profundizar en una labor codificadora autónoma que la tomara en consideración –y no sólo e forma puntual-. La cual, como se ha expuesto, podría adoptar la forma de una Ley estatal de Derecho Internacional privado; favoreciendo una imagen ordenada y coherente del sistema, así como con la que se promoviera la previsibilidad y la seguridad jurídica¹⁰⁰, al igual que se facilitase su comprensión y una menos compleja aplicación del sistema de Derecho Internacional privado en la práctica.

39. Una empresa como la señalada exigiría, antes que nada, la existencia de un alto nivel de consenso doctrinal, así como de la complicidad y la participación de profesionales con experiencia práctica en este proceloso sector, así como un marco político proclive que le facilite un apoyo gubernamental. Esto es, habría que involucrar a los actores oportunos y que contaran con una especialización en la materia, así como organizar los trabajos de forma eficiente.

⁹⁷ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación...*, cit., p. 348.

⁹⁸ D. BUREAU Y H. MUIR WATT, “Codifier á contretemps...”, cit., 2107

⁹⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé espagnol...”, cit., p. 268.

¹⁰⁰ En esta línea igualmente, T. B. DE MAEKELT, “General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 176, 1982, pp. 193-279, p. 209.

En este sentido, el ejemplo que nos ofrece la anterior experiencia de principios del año 2000 nos tiene que servir, para aprender de sus errores y también de sus aciertos. Pero, sobre todo, el éxito de esta iniciativa tendría que partir de acordar previamente, e igualmente con el máximo consenso posible, el qué y el cómo de la reforma. Esto es, concretar cuales serían los objetivos –generales y específicos– que se perseguirían con este empeño, así como la metodología que debería seguirse para alcanzarlos. Al respecto y únicamente con el objeto de ofrecer algunos elementos para el debate, se ofrecen algunas propuestas para el debate.

40. Por un lado, una de las mayores dificultades que suscita una iniciativa como la analizada, en opinión de GONZÁLEZ CAMPOS, se refiere a la delimitación del alcance material que deberían de tener los trabajos de reforma del sistema español de Derecho Internacional privado¹⁰¹. Así, aun cuando las posibilidades que se abren son múltiples en abstracto, sin embargo, han de valorarse de forma cauta y limitarse a lo realmente viable en la práctica. En este sentido, esta decisión pasaría principalmente por decidirse por una opción amplia o por una de corte más estricto en relación con el objeto de la reforma.

- a) Así y en atención a la opción más ambiciosa, por un lado, se trataría de condensar en un cuerpo legal único y coherente el sistema de Derecho Internacional autónomo en su totalidad. Esto es, abarcaría la dimensión procesal y conflictual del sistema, incluyendo igualmente las normas de conflictos internos -aunque con la discutible exclusión de este empeño del Derecho de la nacionalidad y de la extranjería¹⁰²-. Con ello, el modelo ganaría en autonomía y en visibilidad, así como se facilitaría su claridad, accesibilidad y su aplicación práctica. Está claro que una acción tan radical como la señalada conllevaría no pocos esfuerzos y diversas modificaciones de la normativa vigente que ha ido incorporándose en estas dos décadas.
- b) En atención a ello, por otro lado, igualmente podría sugerirse emprender una reforma menos ambiciosa que correspondería con una propuesta más estricta. La cual se ocuparía de revisar las soluciones en materia de determinación de la ley aplicable, así como acometer una reforma de las relativas a los conflictos internos de leyes. En ambos casos, a su vez, se podría llegar a estimar su regulación autónoma e independiente con respecto al Código civil.

Por lo que, en definitiva, a la hora de delimitar el alcance material de una eventual reforma del sistema español de Derecho Internacional privado, habría que sopesar los beneficios que implicaría cada una de las opciones mencionadas -u otras intermedias en las que se podría pensar-, frente a los costes y los obstáculos que de seguro enfrentaría este proyecto.

41. Por lo que haría a la metodología a seguir, el objetivo a perseguir sería actuar internamente con un texto legislativo, por medio del que se superaran los problemas que sean ido mencionado y se modernizaran las soluciones existentes, a la par que incorporar soluciones que permitieran la coordinación y sinergia con las respuestas contenidas en los instrumentos derivados de nuestras obligaciones internacionales ya existentes. Más aún cuando se tratara de soluciones que contaran con una naturaleza universal y que, por tanto, ya obligasen a nuestro legislador en situaciones tanto *ad intra* como *ad extra*.

Así, por lo que haría a la primera cuestión, se trataría de elaborar un instrumento de carácter exhaustivo -sobre todo, caso de apostar por la opción amplia-, que contara con reglas claras, cuyo origen se encontraría principalmente en los instrumentos ante existentes -combinando su reproducción o consolidación tal cual con su actualización cuando fuera necesario-, por medio del que se persiguiera la previsibilidad y que contara con un fácil manejo en la práctica. Unos objetivos que deberían trasladarse igualmente al diseño de su estructura y de las normas que incorpore¹⁰³.

¹⁰¹ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, cit., pp. 361-364.

¹⁰² Tal y como ya se propuso al respecto de los trabajos de reforma en los años 2000, abrazando una concepción intermedia del Derecho Internacional privado. Una opción que no eliminaría la importancia que poseen estas materias para nuestra disciplina. En este sentido, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, cit., pp. 361-362.

¹⁰³ Al respecto, téngase en cuenta la propuesta ofrecida por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, cit., pp. 366-367.

43. Junto a ello y por lo que se refiere a la segunda dimensión relativa a la coordinación con otros instrumentos internacional y europeos, la reciente propuesta francesa nos ofrece un modelo de actuación que, respetuosa con las exigencias de la normativa de la Unión Europea y de las obligaciones convencionales, permita una codificación autónoma del sistema. Para ello, una vez totalmente cartografiado el sistema de fuente interna y vertido su contenido de modo ordenado en una Ley Especial, se trataría de buscar una adecuada coordinación y sinergia entre éstas con las normas de origen institucional -y en menor medida las convencionales- que por su alcance universal desplacen las normas internas dentro del ámbito de aplicación del instrumento donde se alojan, condicionando directamente así la labor del legislador estatal.

Las experiencias comparadas nos proporcionan modelos de herramientas metodológicas que favorecen una actuación coordinada e integradora desde los sistemas estatales, en relación con los instrumentos convencionales y de origen en la Unión Europea que les obligan; poniendo de manifiesto que, lejos de acentuar las diferencias nacionales y dificultar tales procesos codificadores, facilitarían la aplicación del sistema multinivel y garantizan la previsibilidad de las soluciones, por medio de diversos tipos de “remisiones” a las soluciones presentes en los convenios o Reglamentos europeos¹⁰⁴. Tal y como se aprecia, a modo de ejemplo, en la Ley Federal de Suiza de 1987, el Código belga de 2004 o lo vemos también empleado en la meritoria (nueva) propuesta francesa de Código de Derecho Internacional privado presentada 2022¹⁰⁵. A este respecto, y siguiendo el análisis de FOUSSARD, NIBOYET y NOURISSAT en relación con la reciente propuesta francesa, esta referencia podría llevarse a cabo por medio de tres tipos de mecanismos de coordinación principales, como serían en sus líneas principales¹⁰⁶:

- a) Según un primer mecanismo de coordinación que podría denominarse de carácter “simple”, se procedería a realizar una remisión directa desde la Ley Especial al instrumento institucional o convencional que resulte aplicable en cada caso -normalmente debido a su naturaleza universal, como sucede actualmente con aquellos que contienen normas de ley aplicable-; una referencia que se entendería realiza al Reglamento europeo en cuestión en su conjunto, así como resultando aconsejable establecer mecanismos de actualización a medida de que tales textos se reformaran en el contexto de la Unión Europea.
- b) Junto a ello, un segundo mecanismo de coordinación que se calificaría como “enriquecida” por “extensión” consistiría, en pocas palabras, en llevar a cabo una aplicación extensiva -más allá del ámbito de aplicación previsto por el legislador europeo - de las soluciones previstas en un Reglamento europeo a otras situaciones materialmente relacionadas que, en principio, no entrarían en el ámbito de juego del instrumento internacional o europeo en cuestión.
- c) Por su parte, un tercer mecanismo de coordinación sería concebido como “enriquecido” por “complemento”, Así, por medio del mismo se perseguiría acompañar la solución prevista en un instrumento internacional o europeo, en vistas a completar una regla concreta o implemente a acompañarla -esto es, ampliando su juego- para garantizar su plena efectividad desde la perspectiva interna y superar las situaciones que suscitaría una eventual laguna normativa.

44. Sirvan las páginas precedentes para, aprovechando el 50 aniversario del Título Preliminar de nuestro Código civil, recordar los trabajos que en el seno de la doctrina internacional-privatista española se llevaron a cabo con el fin de elaborar una propuesta de Ley Especial a inicios de este siglo. Una efeméride que igualmente permite retomar los elementos esenciales esta iniciativa y plantear la

¹⁰⁴ Ibid., pp. 364-365. En un sentido similar ya se expresaban A.E. OVERBECK, “Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 176, 1982, pp. 9-258, p. 43; T. B. De Maekelt, “General Rules of Private International Law...”, cit., pp. 207-210.

¹⁰⁵ Vid. P. LAGARDE, “Sur la non-codification...”, cit., pp. 47-52

¹⁰⁶ D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET Y C. NOURISSAT, “Réflexions méthodologiques...”, cit., pp. 481-485

posibilidad de -teniendo en cuenta los cambios acaecidos durante estos casi veinte años en el sistema español de Derecho Internacional privado- darle continuidad a esta empresa en la actualidad¹⁰⁷.

Por lo tanto, su propósito último no ha sido más que retomar este debate y poner sobre el tapete los pros y los contras que, en la actualidad, rodearían una iniciativa codificadora como la propuesta para nuestro país. En cualquier caso, tenga o no continuidad la misma, este trabajo al menos habrá servido para dar nueva luz al intento de codificación que tuvo lugar entre 2000 y 2007 de contar con una Ley Especial de Derecho Internacional privado para España, así como para homenajear a quienes contribuyeron en esta iniciativa y, de forma especial, recordar la importancia de la figura del Profesor Julio D. González Campos por su ilusión y por su impulso al respecto de este proyecto.

¹⁰⁷ *A contrario*, al respecto de la propuesta gala, D. BUREAU Y H. MUIR WATT, “Codifier á contretemps...”, cit., p. 476.

Derecho de la persona y de la familia

Person and family Law

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES

Catedrática de Derecho internacional privado

Universidad de Sevilla

ORCID.ID: 0009-0008-7360-8953

Recibido: 26.11.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9358

Resumen: El estudio del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil en lo relativo al Derecho de la persona y de la familia se centrará en los apartados 1, 2, 3, 4, 6, 9 y 10 del artículo 9, dedicados al estatuto personal en su clásica denominación, con una somera referencia al apartado 11, dedicado a las personas jurídicas. La actual redacción del apartado 5, que remite a la *Ley de adopción internacional* y la del apartado 7, que determina la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes de acuerdo con el *Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* o texto legal que lo sustituya, nos exime de su tratamiento. Estas disposiciones son una manifestación del laberinto en que han devenido las soluciones del artículo 9 CC al combinarse con otras de origen, esencia y características diferentes y, en ocasiones, discordantes, en un estado de *superposición normativa* de inusitada complejidad.

Palabras clave: Estatuto personal. Ley personal. Nacionalidad, Plurinacionalidad. Apatridia. Refugiados. Capacidad jurídica. Identidad. Nombre. Apellidos. Sexo. Género. Capacidad de obrar. Protección de discapacitados adultos. Efectos del matrimonio. Determinación de la filiación. Responsabilidad parental. Protección de menores. Personas jurídicas.

Abstract: The study of Chapter IV of the Preliminary Title of the Civil Code, regarding the persons and the family, will focus on sections 1, 2, 3, 4, 6, 9, and 10 of Article 9, which are dedicated to personal status in its classic designation, with a brief reference to section 11, which addresses legal entities. The current wording of section 5, which refers to the Law on International Adoption, and section 7, which determines the applicable law for maintenance obligations among relatives in accordance with the Hague Protocol of November 23, 2007, on the applicable law for maintenance obligations or any legal text that may replace it, exempts us from their examination. These provisions reflect the labyrinth into which the solutions of Article 9 of the Civil Code have evolved, combining with others of differing origin, essence, and characteristics, sometimes discordant, in a state of normative overlap of unusual complexity.

Keywords: Personal status, Personal law, Nationality, Plurinationality, Statelessness, Refugees, Legal capacity. Identity. Name. Surnames. Sex, Gender. Capacity to act. Protection of adults with disabilities. Effects of marriage. Determination of parentage. parentage and parent-child relationships. Parental responsibility. Protection of minors. Companies and legal entities

Sumario: I. Marco introductorio. 1. La reforma del Título Preliminar del CC en las postrimerías de la Dictadura. II. Ley personal, estatuto personal. 1. La nacionalidad como sinónimo de la ley personal. 2. Determinación de la nacionalidad: en especial en los supuestos de plurinacionalidad, indeterminación y apatridia; la singular situación de los refugiados. III. Ámbito de la ley persona. El

estatuto personal en sentido estricto. 1. Nacimiento y extinción de la personalidad. 2. La identidad de la persona natural: nombre, apellidos, sexo y género. 3. Capacidad de obrar. IV. Los efectos del matrimonio. V. La Ley aplicable a la filiación La representación legal y las medidas de protección de los menores. VI. Personas jurídicas. Conclusiones.

I. Marco introductorio

1. Los directores de este monográfico nos han propuesto una reflexión sobre la permanencia de las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. De la elección del término, *permanencia*, podemos inferir una sutil recomendación. A mi entender, se trataría de escrutar los recónditos aspectos de la validez y vigencia de sus preceptos con un enfoque diacrónico¹. No se trata de mirar el pasado con los ojos del presente, tenemos en consideración el contexto político, cultural y social, aspiramos a entenderlo, comprendiendo sus limitaciones y las normas de su tiempo para tener una visión más objetiva que, sin embargo, no soporta la indulgencia, por más que reconozcamos que en 1974 el nuevo Capítulo IV del Título Preliminar supuso un parco avance.

2. La terminología no es insignificante, pues tanto en la perspectiva de una (caduca) concepción normativista como en la de la (dominante) concepción regulatoria del Derecho internacional privado, la validez, eficacia y eficiencia de una norma connotan su vigencia, más allá del positivismo legalista. El propósito de analizar la permanencia del Título Preliminar del CC en el ámbito de la persona y la familia no se puede sustraer a la inmensa transformación de la sociedad en este decalustro y tiene presente los profundos cambios sociales debidos a la globalización, la movilidad de personas, la digitalización, y la interconexión económica y social entre los países. También, las radicales transformaciones metodológicas, esenciales y estructurales, del Derecho internacional privado.

3. En los últimos cincuenta años, pocos sectores del ordenamiento jurídico exhiben tan elevado grado de evanescencia como los de nuestra disciplina, en la que se ha operado una drástica mutación de paradigmas. La lógica formal de la localización de la relación en el Ordenamiento competente con criterios de estabilidad, certeza y respeto a la armonía interna y a la armonía internacional de las soluciones ya en el siglo pasado viró a un enfoque atento al resultado material, orientado a fortalecer y garantizar el respeto de los valores constitucionales y la protección de los derechos humanos, la necesidad de mayor cooperación y el reconocimiento mutuo de sentencias entre diferentes jurisdicciones. Nos se abandonan los objetivos de previsibilidad y estabilidad, pero se equilibran con valores materialmente orientados que requieren soluciones más sofisticadas y complejas a fin de conjugar los intereses nacionales con los intereses del tráfico y los de sus actores.

4. Aunque en otros sistemas de nuestro entorno se había encendido la discusión doctrinal sobre los valores y la metodología del Derecho internacional privado y el debate había prendido en la jurisprudencia², sus destellos no alcanzaron a iluminar la reforma del TP, que nació decrepita y anticuada. Al déficit de legitimidad democrática se sumó una cierta desconsideración por la doctrina y sus aportaciones, pese al empeño de algunos autores que participaron con el mejor de los propósitos en el desarrollo de las escasas indicaciones deducidas de la Ley de Bases.

¹ Vid. L.M. Díez-PICAZO: *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 223 y ss. J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Las normas derogadas: vigencia, validez, aplicabilidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández. 197-252, esp. pp. 212 y ss.

² La sentencia pionera del Tribunal Constitucional alemán de 4 de mayo de 1971, conocida como *Spanierheirat*, -- 1 BvR 636/68 -- *BVErfGE* 31, 58, *FamRZ* 1971, 414 y s., tuvo un eco retardado en la doctrina española. Por todos vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS “Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. pp. 1–95, pp. 5 y ss. Cfr. La contribución de J.M. ESPINAR VICENTE en este mismo número

5. El estudio del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil en lo relativo al Derecho de la persona y de la familia en el contexto de esta publicación dedicada a la conmemoración de su cincuentenario puede hacerse prescindiendo de algunas cuestiones abordadas por otros autores de manera particular y con mayor profundidad. No obstante, aludiremos a ellas en la medida exigida para aprehender y delimitar la permanencia de las disposiciones que estudiaremos.

6. Nuestro análisis se centrará en los apartados 1, 2, 3, 4, 6, 9 y 10 del artículo 9, dedicados al estatuto personal en su clásica denominación, con una somera referencia al apartado 11, aplicable a las personas jurídicas. La actual redacción del apartado 5, que remite a la *Ley de adopción internacional* y la del apartado 7, que determina la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes de acuerdo con el *Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* o texto legal que lo sustituya, nos exime de su tratamiento. Estas dos disposiciones son una manifestación de la turbada amalgama, no siempre fácilmente descifrable, en que han devenido las soluciones del artículo 9 CC al combinarse con otras de origen, esencia y características diferentes y, en ocasiones, discordantes. Tanto, que uno de los tópicos del Derecho internacional privado de nuestros días reside en la identificación de cuál sea el instrumento -europeo, convencional o nacional- aplicable para encontrar la ley aplicable -vale la redundancia- en un estado de *superposición normativa* de inusitada complejidad.

7. Este es un asunto cuyo alcance trasciende al apriorismo del razonamiento argumentativo formal ceñido a las normas y reglas de Derecho positivo, pues, en el fondo, incide en la calidad democrática, al afectar a la seguridad jurídica, que exige la certeza y claridad de las normas y la previsibilidad de los efectos de su aplicación³. Más allá, su consecuencia llega hasta los principios y valores ínsitos en la idea de realización de la justicia conforme a los valores del Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, no se trata solamente de identificar la norma -tarea no exenta de dificultades- limitándonos a una mera aplicación de un silogismo formal. Sino que se impone hacerlo con consideración de los principios jurídicos y los valores sociales para encontrar la mejor interpretación posible, o si cabe proponer alternativas plausibles. Tarea del intérprete que la inacción o la impericia del legislador complica.

8. En nuestra doctrina se propugna la conveniencia y necesidad de una ley especial de Derecho internacional privado, siguiendo el modelo de Suiza, *Loi fédérale sur le droit international privé* (LDIP) (18 de diciembre de 1987); Italia, *Legge n. 218/1995 - Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (31 de mayo de 1995); Bélgica, *Code de droit international privé* (Loi du 16 juillet 2004); Luxemburgo, *Code de droit international privé* (Loi du 27 de diciembre de 2017; Austria, *Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz)* de 15 de junio de 1978. o el Uruguay, *Ley General de Derecho Internacional Privado* (Ley N° 19.920, promulgada el 6 de noviembre de 2020, aunque aprobada en 2017, su implementación y modificación fue posterior)⁴. Sin embargo, tras analizar con profundidad la progresión de la europeización del Derecho internacional privado de los Estados miembros de la UE, otros autores concluyen de manera convincente: *El final del proceso es ya evidente. En los próximos años, los tribunales y autoridades españolas aplicarán, exclusivamente, DIPr. de la UE y el DIPr. español será sólo un recuerdo para nostálgicos*⁵.

9. Normas especiales de fuente convencional y las normas de la UE imponen, además, una atención diferenciada a las cuestiones de Derecho interregional. Como es sabido, con diferente alcance, las soluciones normativas convencionales o europeas han relegado (¿o no necesariamente?) la aplicación de algunos de los mencionados preceptos del artículo 9 CC a la solución de los supuestos en que corresponde determinar el Derecho aplicable de entre los vigentes en España⁶.

³ STC 273/2000, FJ 9

⁴ Vid. La contribución de G. PALAO MORENO en este mismo número

⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vo. 1, Madrid, EDI-SOFER, 2024, p. 184

⁶ Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español", *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021, pp. 11-48. Cfr. Las consideraciones de R. ARENAS GARCÍA en este mismo número .

1. La reforma del Título Preliminar del CC en las postrimerías de la Dictadura

11. La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil encierra una declaración de intenciones que resume los propósitos y las opciones de política legislativa tras el arduo proceso de reforma del primigenio texto de 1889 en las postrimerías de la Dictadura⁷. Merece la pena volver sobre algunos de sus párrafos que enfáticamente subrayan, con impostada humildad, la adecuación a los nuevos tiempos de las normas establecidas⁸. Sin embargo, el resultado del propósito puede considerarse fracasado, también por las deficientes soluciones adoptadas, normas escasas, insuficientes y a veces defectuosas⁹.

12. La retórica empleada en la Exposición de Motivos es acorde a las circunstancias económicas y sociales de un país urbano, que exportaba manufacturas, recibía inversiones extranjeras y que encontró en el turismo su principal industria. Un país que, con una población activa de poco más de 13 millones de trabajadores, contaba con más de 3 millones de españoles trabajando en el extranjero, tras la gran oleada migratoria iniciada en los años sesenta del siglo pasado, cuya reversión se inicia con la crisis del petróleo de 1973¹⁰. La emigración supuso una válvula de escape para la Dictadura, que encontró el turismo de masas un elemento de legitimación internacional¹¹. La desaparición del Dictador permitió erigir en la Transición los consensos posibles para la construcción la democracia que plasma en la Constitución de 1978. Sin caer en simplificaciones ni eludir la complejidad que han sido ampliamente estudiadas por la doctrina, para nuestro Derecho internacional privado resulta infamante que hubieran de transcurrir más de diez años desde la entrada en vigor de nuestra Constitución para que se sanara la inconstitucionalidad sobrevenida de algunas disposiciones del TP que analizaremos en este trabajo.

13. Cincuenta años después, lo que de ellas subsiste requiere de un balance de largo plazo, permeado de los cambios sociales y económicos impuestos por la integración europea, las tecnologías digitales y la globalización, cruciales para entender los procesos históricos y evolutivos que moldean en la actualidad la permanencia de las disposiciones del TP en el ámbito de la persona y la familia. Las profundas transformaciones, los factores que las impulsan y sus consecuencias se vislumbran con una sucinta consideración de los datos. Nos detendremos someramente en ellos porque evidencian el proceso dinámico en que interactúan la sociedad y el Derecho y porque en los ámbitos que analizaremos, estos datos hacen ostensible su inadecuación a una realidad social esencialmente diferente a la de hace un hemisiglo. Cuando se trata de las normas de conflicto que determinan el Derecho aplicable a personas y familias, estos datos son sutilmente concluyentes. Aunque España ha sido un importante país de emigrantes, sobre todo en el pasado, desde finales del siglo XX, la inmigración predomina sobre la emigración.

⁷ Sobre el proceso de elaboración del TP, vid. M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, tomo I, 4.^a ed. c., Madrid, SPUC, 1976, pp. 558 y ss.; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *RGLJ*, LXIX, 1974, pp. 401-435; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho internacional privado español en el cincuentenario de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974”, *Diario LA LEY*, N° 125, Sección Unión Europea, 31 de Mayo de 2024

⁸ : “... no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre insatisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto creciente de interacciones a escala internacional y mundial, parece seguro no obstante que se han dado pasos muy considerables respecto de la anterior ordenación, insuficiente de suyo y desfasada por los cambios operados en las realidades sociales y políticas, en la técnica y en el propio régimen de conveniencia e intercambio apreciable en las personas y en los pueblos”. Para una completa consideración de los antecedentes, sistemática y evolución de las soluciones adoptadas en el nuevo Título Preliminar, vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS “Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. pp. 1-95.

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, “CAPÍTULO IV: Normas de Derecho internacional privado”, cit. p. 102

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Panorámica social*, 1975, pp. 65 y s.

¹¹ Así, E. M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ. “El auge del turismo europeo en la España de los años sesenta”, *Arbor* CLXX, 669 (septiembre 2001), pp. 201-224.

14. La Encuesta Continua de Población revela que España alcanzó los 48.946.035 habitantes a 1 de octubre de 2024, valor máximo de la serie histórica¹². Los extranjeros suponen el 17 por ciento de la población española. El crecimiento de la población se debe fundamentalmente al incremento de personas nacidas en el extranjero, mientras que el número de personas nacidas en España disminuyó¹³. Esta población nacida en el extranjero –más de 9 millones de personas– fue mayor que la de nacionalidad extranjera, por el influjo de los procesos de adquisiciones de nacionalidad española, que a entre 2019 y 2024, a 30 de junio, fueron 851.969¹⁴. De las 240.208 personas residentes en España que en 2023 adquirieron la nacionalidad española un 21,2% siempre había residido en España. El restante 78,8% había residido previamente en el extranjero. En promedio, desde 2002 las personas que adquirieron nacionalidad española contaban con una residencia en España de aproximadamente cinco años¹⁵. La adquisición de la nacionalidad española ha seguido una tendencia ascendente en las últimas décadas, con alzas importantes en algunos años debido a los procesos de regularización. Entre 2009 y 2023 1.891.732 extranjeros adquirieron la nacionalidad española. En 2020, hubo una leve caída debido a las restricciones y el retraso administrativo causado por la pandemia de COVID-19, pero en 2021 y 2022 se recuperó de manera significativa. El proceso de adquisición de la nacionalidad española sigue creciendo, especialmente entre inmigrantes originarios de Marruecos y de los países de Iberoamérica¹⁶. Los datos reflejan no solo las tendencias migratorias hacia España, sino también la integración de estas personas en la sociedad española, con la adquisición de nuestra nacionalidad como paso clave en este proceso.

15. Más del 23% de los niños nacidos en España tiene al menos un progenitor extranjero¹⁷; circunstancia que abunda en los supuestos de plurinacionalidad. De los 329.251 nacimientos que tuvieron lugar en España, 75.869 fueron de madre extranjera. Durante 2022 se registraron 179.107 matrimonios, en el 18,2% de los matrimonios celebrados con cónyuges de distinto sexo, al menos uno de ellos era extranjero¹⁸

16. Según los datos del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE) , a enero de 2024 casi tres millones de españoles, en su mayoría también nacidos en el extranjero, residen en el extranjero, Argentina, Francia, Estados Unidos, Alemania, México, Cuba, Brasil, Suiza y Venezuela son los países donde hay mayor número de españoles residentes. Resulta palmario que ya no se trata de españoles emigrados, sino de sus descendientes que, en muchos casos, serán binacionales.

II. Ley personal, estatuto personal

17. En el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil su artículo 9 se dedica al estatuto personal. La redacción del precepto vino a sustituir al primigenio artículo 9 en la redacción de 1889. El nuevo apartado 1 del artículo 9 abandona el unilateralismo de la redacción original¹⁹, aunque persiste en la *identidad ley personal – ley nacional*²⁰. Que en el nuevo Título Preliminar del Código Civil se con-

¹² Estadística Continua de Población (ECP). 1 de octubre de 2024. Datos provisionales 7 de noviembre de 2024.

¹³ https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023.pdf, p. 135

¹⁴ https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/Nacionalidad/Documents/Estad%c3%adsticas%20nacionalidad%2030_06_2024.pdf

¹⁵ INE, Estadística de adquisiciones de nacionalidad española de residentes, Año 2023, <https://ine.es/dyngs/Prensa/es/EANER2023.htm>

¹⁶ Vid. OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN , https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/concepciones_nacionalidad?tab=resultados

¹⁷ Movimiento Natural de la Población (MNP) Indicadores Demográficos Básicos (IDB) Año 2022. Datos definitivos. https://ine.es/prensa/mnp_2022.pdf, frente al 21,43% en 2021.

¹⁸ *Ibidem*, frente al 21,43% en 2021.

¹⁹ El anterior art. 9 CC disponía: *Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero. Vid . la EdM: Primera. –Las reglas aparecen configuradas no en términos unilaterales preocupados sólo del derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cuál es el derecho, propio o extranjero, aplicable.*

²⁰ Vid. M.A. AMORES CONRADI, “Art. 9.1 CC”, en *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp.

cibe tenuemente matizada²¹, se justifica en la tradición y se fundamenta en su amplia vigencia y en su estrecha relación con el carácter personal de los institutos regulados²².

18. El artículo 9.1CC solventa dos cuestiones; a la pregunta cuál es el estatuto personal de un individuo responde su ley nacional y a la pregunta sobre las materias comprendidas declara que lo son la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Nuestra doctrina ha trasladado a la exegesis del precepto el debate sobre la polisemia de la noción de estatuto personal, desde los primeros comentaristas hasta la actualidad²³. Una concepción amplia del estatuto personal, comprensiva de la personalidad jurídica, la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

1. La nacionalidad como sinónimo de la ley personal

19. En 1974 cambia el método, pero permanece el criterio para determinar la ley personal. La opción por la nacionalidad es una opción de política legislativa, marcada por la historia del Estado nacional tras la revolución francesa y la unificación de Italia²⁴. Una opción acentuada por la afirmación de la soberanía nacional que se extiende más allá de las fronteras territoriales al subrayar el vínculo de las personas con el Estado al que pertenecen. Pero no solo, destacándose su naturaleza personal y su adecuación a las circunstancias sociales de los países “exportadores de mano de obra” que la conciben como un mecanismo de protección de los nacionales emigrantes²⁵.

20. El ayer de la nacionalidad como ley personal es una afirmación del principio de personalidad de las leyes, que expande la soberanía allende sus límites territoriales marcando la pertenencia y la vinculación del individuo con el Estado. Si bien las primeras expresiones de la nacionalidad como ley personal se remontan a las soluciones coincidentes del artículo 3 del *Code civile* francés de 1804 y del artículo 4 del *ABGB* austríaco de 1811, es discutible que respondiesen a esta idea que encontrará su genuina expresión en la teoría de Mancini que dominará el movimiento codificador a partir de 1865²⁶. El artículo 6 del *Codice civile* del Reino de Italia insta un canon que más de un siglo después inspirará directa y llanamente la solución acogida en España con la reforma del Título Preliminar.

76-79; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9 CC”, en , *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 176-184; ID., “La reforma del art. 9 CC español”, *RFDUCM*, 1973, núm.47, pp. 315-353; ID., “Art. 9.1 CC”, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo I, vol. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 163-181. Para una consideración interdisciplinar, vid, J. BASEDOW/ B. DIEHL-LEISTNER, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland - Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht“, en E. Jayme/ H.-P- Mansel (editores), *Nation und Staat im internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 1990, pp. 13-43; J. BASEDOW, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union“ *IPRax*, 31 (2011), pp. 109- 116.

²¹ EdM: *Tercera del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil*. Con pulsión lírica, HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN apuntaba a una aurora de la ley local, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *REDA*, 1974, pp. 59-391 fallida no tanto por su escasa entidad si no por la confusión de la residencia habitual con el domicilio vid. FERNÁNDEZ ROZAS., “Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado”, loc. cit. p. 112

²² EdM: *Cuarta*.

²³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, Madrid, EDISOFER, 2024, vol. 3, pp. 17 y ss. ; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.1 CC.”, *Comentario al CC y Compilaciones forales*, 2ª ed., 1995, pp. 163-181.

²⁴ E. RABEL, *The Conflict of Law- A Comparative Study*, vol. I, p. 121. Sobre los aspectos históricos de las nociones de origen, domicilio y nacionalidad, vid. A.- L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de derecho internacional privado*, Madrid, 2024, vol. 3, pp. 24 y ss. La dicotomía entre la nacionalidad y el domicilio, o la residencia habitual, marca el nacimiento de la Conferencia de la Haya, vid. L. MÜNSTER, *Personalstatut und gewöhnlicher Aufenthalt*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2023, pp. 58 y ss.

²⁵ De gran interés las consideraciones de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Principio de eficiencia y estatuto personal” *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 179-194

²⁶ P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, München, 1 C. H. Beck, 1988, pp. 15 y ss., pp. 29 y ss. y pp. 123 y ss.

21. En 1974, la nacionalidad como ley personal se perimetra y comprime por el entonces reconocido principio de unidad jurídica de la familia, afirmación de la *potestas maritalis*, que se tradujo en la prevalencia de la ley nacional del marido en las relaciones entre cónyuges y la del padre en las relaciones paternofiliales. A nuestro entender, los distintos apartados del artículo 9 en la redacción de 1974 son coherentes con la comprensión amplia y expresaban una concreción de la ley personal para las instituciones englobadas en la categoría de estatuto personal, siempre bajo el patrón de la conexión a la nacionalidad y la preferencia de la correspondiente al varón en aquellos casos y para aquellas instituciones en que era necesaria la puntualización.

22. Los diferentes apartados del artículo 9 en la redacción de 1974 ponían fielmente en práctica lo prescrito en su apartado 1: la nacionalidad como ley personal rectora del estado de la persona incluyendo las instituciones del Derecho de familia y de sucesiones. La ley aplicable vino determinada exclusivamente por la nacionalidad o, en su caso, la vecindad civil del marido, cuya condición jurídica se presuponía seguiría la mujer²⁷. Recuérdese que para la mujer el matrimonio implicaba una capitación que la colocaba en una situación de subordinación al marido incluso tras las reformas del Código civil en materia de nacionalidad y en materia de capacidad de la mujer casada²⁸. Esta primacía de la ley personal del marido tenía un fiel reflejo en la filiación, con la preeminencia de la ley del padre.

23. Como señalábamos antes, la palmaria contradicción con el principio de igualdad consagrada en el artículo 14 de la Constitución padeció una infausta demora de más de 10 años para encontrar respuesta legislativa, pese al empeño perseverante de la doctrina en señalar la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos que daban preferencia a la ley nacional del varón sobre la de la mujer. Y si grave fue esta diletante desconsideración del legislador en sede conflictual, no menos grave lo fue en lo que concierne a la regulación de la nacionalidad sumada a la penosa actitud del Centro Directivo que hubiese debido encontrar una interpretación de la Ley 51/1982 que diera una solución para garantizar la igualdad de los hijos ante la Ley y la igualdad entre hombre y mujer en el ámbito de la atribución de la nacionalidad²⁹, con su reflejo en la determinación de la ley aplicable.

²⁷ El art. 22 del Código civil de 1889 establecía que “la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido. La Constitución de 193 introdujo una reforma de aquel precepto en su art. 23: “la extranjera que case con español conservará la nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales”. El Decreto de 9 de noviembre de 1939, restauró el art. 22 CC de 1889 arguyendo: “El principio jurídico republicano rompe la unidad del matrimonio al autorizar una posible disparidad de Patria para los cónyuges y la unidad de la familia al permitir que los hijos del mismo puedan gozar de nacionalidad diversa, posiciones ambas que pugnan con la unidad e indisolubilidad del matrimonio y contra la cohesión familiar que constituye base y postulado de la España actual, reflejados también en el art. 22 del Código civil”. La reforma de la Ley de 15 de julio de 1954 atribuía automática y forzosamente la nacionalidad española a la extranjera casada con español; la española casada con extranjero ya no perdería automáticamente la nacionalidad española, únicamente lo haría si adquiriese la nacionalidad del marido.

²⁸ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil Español y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges.

²⁹ L. Díez-PICAZO, “El principio de la unidad jurídica de la familia y la nacionalidad”, *ADC XXXVI*, 1983, pp. 691–701; cfr. Instrucción DGRN de 16 mayo 1983 (B. O. E. de 20 mayo 1983), críticamente J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Anotaciones a la Instrucción de 16 mayo 1983 de la DGRN sobre nacionalidad española”, *ADC XXXVI*, 1983, pp. 1299-1319. En sede conflictual se razonaba con criterios estrictamente formales, entendiéndose como neutra la razón de la localización de la ley aplicable. Si ello resultaba discutiblemente inapropiado, más lo era en el ámbito de la concreción temporal del cambio introducido en 1982 para permitir la atribución originaria de la nacionalidad española a los hijos de madre española. La falta de una disposición transitoria de la Ley de 1982 que no debió resolverse por la aplicación mecánica de las reglas generales de la irretroactividad y hubiera merecido una reflexión sobre la aplicación de la Constitución a supuestos anteriores y posteriores a su entrada en vigor. La pérdida automática de la nacionalidad española de la mujer que se casaba con un extranjero y la preferencia del padre sobre la madre ha dado lugar a una reivindicación constante de los descendientes de españolas, hijos y nietos, que han visto atendida con un cúmulo de reformas. La última es la de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad española para los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española; para los hijos nacidos fuera de España de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y para los hijos mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en esta ley o en la disposición

24. Anticipemos una reflexión conclusiva: En lo que subsiste de la nacionalidad como ley personal, la vinculación con la soberanía ha perdido toda relevancia a medida que se ha perfilado un razonamiento ligado a la naturaleza jurídico-privada de las cuestiones reglamentadas y a la función regulatoria, también, de la norma de conflicto indisociable de los valores de justicia material que se conjugan con los propios de la justicia conflictual. Hoy, aunque erosionada, la aplicación de la ley nacional se justifica en función de los intereses en causa, al tratarse de una conexión estable y por lo tanto eficiente, que garantiza la aplicación de una única y siempre la misma ley donde quiera que la persona se relacione, expresión de eficacia; y que asegura el respeto a la identidad cultural³⁰.

25. La nacionalidad como ley personal también ahorma la autonomía de la voluntad, pues no contiene ningún elemento volitivo, especialmente para aquellas situaciones que como la capacidad o la mayoría de edad nacen por ministerio de ley, la ley nacional *in casu*, previniendo así cualquier fraude de ley. La nacionalidad, por lo demás, es una conexión compatible con el Derecho de la UE, al no provocar ningún efecto discriminatorio prohibido por el artículo 18 TFUE³¹.

26. Sin embargo, la nacionalidad como ley personal se ha visto consumida por diferentes motivos. Unos, de naturaleza formal, derivan de la ratificación simple y llana, en el contexto de la denominada *euforia internacionalista* de los años ochenta y a partir de esa fecha, de un número significativo de Convenios que acogen la residencia habitual como conexión que determina la ley aplicable a instituciones encuadrables en el ámbito material del estatuto personal. La residencia habitual como conexión también prevalece en los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE que establecen la ley aplicable a instituciones incluidas en el estatuto personal³².

27. Otros motivos de índole sustantiva son expresión de los cambios sociales. Si del estatuto personal se trata, no se puede ignorar que las personas orientan sus conductas al ordenamiento jurídico en que sitúan el centro de gravedad de sus vidas, con la vista puesta en el presente y, como no, en su futuro. Dicho sea, sin despreciar que la nacionalidad no solo implica una conexión legal con un Estado, sino que también puede ser entendida como una expresión de un vínculo cultural que conecta a las personas con una identidad colectiva, una historia compartida y un conjunto de valores, costumbres y tradiciones que definen a una comunidad, también en la diáspora³³.

28. A la pregunta sobre la permanencia de la nacionalidad como ley personal responderemos con la premisa de la vigencia del precepto tamizada con las derivadas de su validez y de su eficiencia a la luz de las circunstancias sociales, que imponen atender a las circunstancias de un país de emigrantes, en el que la integración exige refuerzos como lo es la consideración de la residencia habitual en tanto que expresión de una estrecha vinculación con el Derecho del país donde se vive. Por otro lado, en el ámbito de la UE la preferencia por la conexión a la residencia habitual, aunque deje espacios para la conexión a la nacionalidad, expone igualmente un principio de ordenación que refuerza la aplicación de la *lex fori*³⁴.

adicional séptima de la Ley 52/2007. Tanto la Ley de 2007 como la ley de 2022 obedecen a un propósito de reparación de las consecuencias de la Guerra civil y de la Dictadura, bajo cuyo paraguas se alberga también un propósito de satisfacción de la demanda de protección de los emigrantes. Esta política legislativa, orientada por un designio de reparación histórica para las mujeres, los exiliados y los emigrantes, conduce a la existencia de un número significativo de españoles con escasa vinculación con España, pero que se benefician de las ventajas de este estatus. Ventajas especialmente en el ámbito de la extranjería, pero que en relación con su ley personal conlleva la aplicación a los mismos de la Ley española cuando no existe vínculo sustancial con España, lo que vulnera el principio de proximidad y genera ineficiencia

³⁰ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III", *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

³¹ P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

³² Vid. L. MÜNSTER, *PERSONALSTATUT und gewöhnlicher Aufenthalt* .. cit., pp. 96 y ss,

³³ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Identidad y nacionalidad", *AFDUAM* 17 (2013), pp. 207-235

³⁴ *Ibidem*, p. 272. Con mayor detalle, vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico* ..., cit., vol 1, pp. 199 y ss.

29. Frente a esta consunción de la nacionalidad como conexión para determinar la ley aplicable a los institutos del estatuto personal se han alzado las voces críticas de la doctrina. J. CARRASCOSA se muestra categórico al afirmar *La nacionalidad ha entrado en su definitiva fase crepuscular como punto de conexión principal incluso en las materias relativas al tradicional «estatuto personal» y es justo que así sea. El reinado de la ley nacional toca a su fin y demasiado largo ha sido*³⁵. En consecuencia, ya no puede considerarse como un criterio de integración del sistema. De los cambios sociales y normativos de los últimos cincuenta años resultan un estatuto y una ley personal emaciados, pese al hiperbólico artículo 9.1 CC, aún vigente.

2. Determinación de la nacionalidad: en especial en los supuestos de plurinacionalidad, indeterminación y apatridia; la singular situación de los refugiados

30. La nacionalidad, en tanto que expresión del *status personae* (ley personal), suscita la cuestión previa de su determinación. La regulación de la nacionalidad, en su doble vertiente de condición política de ciudadanía y de estado civil básico de la persona, es una competencia exclusiva de cada Estado³⁶. El artículo 9 del Tratado de la Unión Europea determina que será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro³⁷. Se reconoce, pues, la competencia exclusiva de los Estados miembros para regular quiénes son sus nacionales. Aunque la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro que debe ejercerse con respeto al Derecho de la Unión y, en particular, el principio de proporcionalidad³⁸.

31. La Constitución de 1978, como es sabido, no define quienes son españoles, tarea que encomienda al legislador en el apartado 1 de su artículo 11. Este precepto, salvo cuestiones muy puntuales, remite a la legislación ordinaria la regulación de la nacionalidad³⁹. En nuestro país ha primado su carác-

³⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, pp. 157-182, la cita en p. 181 <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.05>

³⁶ Vid. STJUE de 7 de julio de 1992, C369/90, *Micheletti*, apartado 10: “La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión; de 11 de noviembre de 1999, *Mesbah*, C 179/98, apartado 29, así como de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C 200/02, apartado 37. Cfr. También las precedentes sentencias de 7 de febrero de 1979, *Auer* (36/78), apartado 28, y de 12 de noviembre de 1981, *Airola/Comisión* (72/80), apartados 8 y ss.

³⁷ Vid. E. PÉREZ VERA, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité et conditions des étrangers”, *Rec. des Cours*, t. 261, 1996, pp. 234-425.

³⁸ Vid. SS.TJUE sentencias de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C135/08, apartados 42 y 45; de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros*, C221/17, apartado 32, y de 18 de enero de 2022, *Wiener Landesregierung*, C118/20, apartado 51; de 5 de septiembre de 2023, X y Udlændinge- og Integrationsministeriet, C689/21, apartados 30 y 38. Aunque en el marco de la competencia judicial, resulta también de interés la STJUE de 16 mayo 2024, C-222/23, *Toplofikatsia Sofia EAD*, en la que se considera contrario al Derecho de la Unión equiparar nacionalidad y domicilio. Cfr. A. DURÁN AYAGO: “De cómo la ciudadanía europea va perfilando el Derecho de Nacionalidad de los Estados miembros de la Unión. A propósito de la STJUE de 5 de septiembre de 2023, asunto C-689/21, X”, *CDT* (Marzo 2024), Vol. 16, Nº 1, pp. 775-781; P. JUÁREZ JUÁREZ, “El «cerco» comunitario a la potestad de los Estados miembros en materia de nacionalidad: La STJUE de 18 de enero de 2022”, *CDT*, (octubre 2022), Vol. 14, Nº 2, pp. 1126-1136; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La persona física y su estatuto: nuevas perspectivas en la interacción entre el derecho internacional privado y la libre movilidad intra-UE*, Madrid, 2024, pp. 160 y ss.

³⁹ El TC afirma que sólo puede concluirse que son españoles, aquéllos que el legislador determine que lo son y a los efectos jurídicos que el legislador igualmente determine, vid. *Declaración de 1 de julio de 1992 (Requerimiento 1.236/992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la CE y el art. 8 apartado J. del Tratado de la Unión Europea)*. Desde la Constitución de 1812, la regulación básica de la nacionalidad, aunque sin utilizar dicha expresión, se ha recogido en nuestros textos constitucionales. La Constitución de 1931 fue la primera en incorporar la expresión de nacionalidad, en su artículo 13 que reserva su regulación a la competencia exclusiva del Estado, dedicándose su Título II a la regulación de la Nacionalidad. Desde la redacción originaria de 1889, los arts. 17 a 28 CC han sido objeto de numerosas reformas. En primer lugar, por los artículos 23 y 24 de la Constitución de 1931. Durante la Dictadura, por las Leyes de 15 de julio de 1954 y 14/1975 de 2 de mayo. Las reformas postconstitucionales del Código Civil en materia de nacionalidad han sido obra de las Leyes 51/1982 de 13 de julio, 18/1990 de 17 de diciembre y 36/2002 de 8 de octubre. A ellas se suman las normas especiales destinadas a regular el acceso a la nacionalidad española para los descendientes de emigrantes y nietos de

ter de estado civil, relegándose su dimensión pública y una regulación mediante ley especial que hubiera abordado la nacionalidad desde una visión integral y su reforma en profundidad. Que sigue siendo una necesidad prioritaria, en expresión de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS.

32. Para los casos cada vez más frecuentes de personas que ostentan más de una nacionalidad⁴⁰, el apartado 9 del artículo 9 del Código civil conserva plena vigencia, aunque su eficacia ha de tamizarse en atención a las características y regulación de los diferentes supuestos. Esquemáticamente se pueden resumir en dos, según se trate de una situación contemplada en las leyes españolas, con amparo o no en un Tratado internacional, o de una situación no prevista en nuestras leyes.

33. Para los supuestos previstos en las leyes españolas, la solución a los únicos efectos de determinar la ley personal se difiere a lo previsto en los tratados y *si nada estableciesen* o si se trata de una situación sin cobertura convencional prevalecerá la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. La errática praxis convencional de nuestro país en materia de tratados de doble nacionalidad se traduce en un conjunto de Convenios dispares. Todos ellos parten de que no hay ninguna objeción jurídica para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que solo una de ellas tenga plena eficacia jurídica⁴¹. El régimen de la doble nacionalidad en el ámbito de la comunidad hispánica ha quedado reducido, en la práctica, a un sistema que, junto a la supresión del trámite de la renuncia previa a la nacionalidad anterior como requisito de adquisición de la otra nacionalidad, consagra un modo favorable de recuperar la nacionalidad latente. Los diferentes Convenios adoptan soluciones dispares e imposibles de reconducir a un único criterio, prueba de la ausencia de un modelo. Prevalece la nacionalidad coincidente con el domicilio en un Estado parte en los Convenios firmados con Chile, Perú, Guatemala, Nicaragua y Honduras, si el domicilio se encuentra en un tercer Estado prevalecerá la nacionalidad que se corresponda con el último domicilio en un Estado parte la última nacionalidad adquirida prevalece en los Convenios con Colombia, Argentina, Paraguay, Ecuador, Costa Rica y República Dominicana⁴².

34. Como ya en 1995 analizaran con profundidad FERNÁNDEZ ROZAS Y RODRÍGUEZ MATEOS para los españoles las previsiones del artículo 11.3 de la Constitución y las subsiguientes modificaciones legislativas del CC en materia de nacionalidad se han traducido en la práctica inoperancia del régimen convencional, que ha perdido su sentido. También en lo referente a la regulación de la nacionalidad

exiliados españoles en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre. Así como las derivadas de la Ley 29/2011, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Y más recientemente, de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

⁴⁰ S. ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en Derecho internacional privado español*, Madrid, Reus, 2019, pp. 15 y ss.

⁴¹ La Constitución de 1931 en su artículo 24 estableció que sobre la base de una reciprocidad internacional efectiva y mediante los requisitos y trámites que fijase una ley, nunca aprobada, se concederá ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América, comprendido el Brasil, cuando así lo soliciten y residan en territorio español, sin que pierdan ni modifiquen su ciudadanía de origen. En estos mismos países, si sus leyes no lo prohíben, aun cuando no reconozcan el derecho de reciprocidad, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen. Frente a la doble nacionalidad basada en la efectiva reciprocidad legislativa que se contemplaba en la Constitución de 1931, la reforma del Código Civil de 1954 optó por la vía de los regímenes pactados, sustentando una dispersa y heterogénea praxis convencional. España ha firmado convenios de doble nacionalidad con Chile (24 mayo 1958), Perú (16 mayo 1959), Paraguay (25 junio 1959), Nicaragua (25 julio 1961, modificado por Protocolo Adicional el 12 de noviembre 1997), Guatemala (28 julio 1961), Bolivia (12 octubre 1961), Ecuador (4 marzo 1964), Costa Rica (8 junio 1964), Honduras (15 junio 1966), República Dominicana (15 marzo 1968), República Argentina (14 abril 1969) y Colombia (27 junio 1979). Con Venezuela existe Canje de notas de 4 de julio de 1974, sobre otorgamiento recíproco de nacionalidad. El único Tratado que establece una auténtica doble nacionalidad es el Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 de marzo de 2021. Instrucción de 31 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan los criterios para la aplicación del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa. <https://www.boe.es/boe/dias/2022/04/06/pdfs/BOE-A-2022-5573.pdf>. La pregunta que dejamos en el aire es porque un Convenio de doble nacionalidad con Francia y no con los demás Estados miembros de la UE.

⁴² Vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico...*, cit., vol 3, pp. 40 y ss.

prevalente. Los autores reconstruyen lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9.9 CC en aras de buscar dar preferencia a la nacionalidad (de la última residencia habitual o la última adquirida) que presente vínculos más estrechos con la situación⁴³. Encomiable construcción que, en nuestra opinión, es una adecuada corrección del principio de efectividad que, con refinamiento, lo acomoda al Derecho internacional privado de nuestros días. Pero, pese a lo bien fundado de la argumentación, no ha encontrado el eco merecido en la jurisprudencia ni en la doctrina de la DGRN, ahora DGSJyFP.

35. La ley personal de los españoles que *de facto* ostenten otra nacionalidad, por no estar prevista en las leyes ni amparada por un Convenio, será siempre la española. El párrafo segundo del artículo 9.9 CC, acorde con la mecánica del artículo 9.1 CC, no deja lugar a interpretaciones y permanece en toda su extensión sin margen para valorar la efectividad ni para buscar soluciones flexibles

36. La ley personal de los individuos con más de una nacionalidad no siendo una de ellas la española se remite al apartado 10 del artículo 9 CC, que la concreta en la de su residencia habitual. Este precepto aborda dos supuestos diferenciados, el de los apátridas y el de las personas con nacionalidad indeterminada⁴⁴.

37. Respecto de los apátridas, esta disposición pierde su vigencia en 1997 con la adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954⁴⁵. En el marco de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales, que la Convención establece que los Estados han de reconocer a los apátridas, el Artículo 12 determina que *El estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia*. No precisa la Convención qué ha de entenderse por estatuto personal, aunque mayoritariamente se identifica con su contenido esencial en cuanto a las cuestiones relativas a la capacidad, estado civil, relaciones de familia y sucesiones. La Convención tampoco define qué ha de entenderse por domicilio o residencia, pese a las múltiples referencias a la residencia legal (o regular, según el texto en francés)⁴⁶. La coincidencia entre domicilio y residencia habitual propia de nuestro Derecho no procede automáticamente; habrá que examinar en cada caso si la persona con residencia en España pudiera tener su domicilio en otro Estado, en cuyo caso sería aplicable la ley de éste⁴⁷.

38. Una preocupación particular plantea la condición de las personas refugiadas, que aumentan cada día debido a los conflictos bélicos y las crisis políticas y climáticas⁴⁸. En nuestro sistema para la determinación de su ley personal urge una respuesta adecuada. En la generalidad de los casos, los refugiados ostentan una nacionalidad, la del Estado del que han debido huir obligados por la persecución política, étnica, ideológica o religiosa. La aplicación de la ley nacional al amparo del artículo 9.1 del CC resulta cuando menos inadecuada y es absolutamente inapropiada a la vista de las circunstancias personales de los desplazados forzosos. El artículo 9.10 CC no comprende a los refugiados, se impone

⁴³ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Comentario al artículo 9. apartado 9” en *Comentarios al Código civil*, cit., 1995, cit., pp. 401 y ss. Especialmente p. 410 y pp. 417 y ss.

⁴⁴ Sobre los precedentes y el proceso de elaboración vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Comentarios al Código civil*, cit., 1995, pp. 452 y ss.

⁴⁵ Instrumento de adhesión de España de 24 de abril de 1997 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997).

⁴⁶ Vid. ACNUR, *Manual sobre la protección de las personas apátridas*, Ginebra, 2014

⁴⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Comentario al artículo 9, apartado 10” en *Comentarios al Código civil*, cit., 1995, cit., pp. 469 y ss.; “Sobre la ley rectora del estatuto personal de apátrida”, *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, N.º. 8-9, 1979-1980, pp. 27-76.

⁴⁸ ACNUR estima que, a finales de 2023, había 117,3 millones de personas desplazadas por la fuerza a causa de persecuciones, conflictos, violencia, violaciones a los derechos humanos y otros acontecimientos que alteraron gravemente el orden público y que el desplazamiento forzado ha seguido aumentando en los primeros cuatro meses de 2024; de hecho, a finales de abril de 2024 la cifra superaba los 120 millones de personas, <https://www.acnur.org/tendencias-globales>. En España, entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2024 se han presentado 100.137 solicitudes de protección internacional <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/estadisticas/ultimos-datos/Avance-Mensual-PI-julio-2024.pdf>. En 2023, se resolvieron 92.247 solicitudes de protección internacional. Las solicitudes con resolución favorable fueron 11.163, <https://www.acem.es/refugiados/informe-personas-refugiadas-datos-2023>.

por tanto la aplicación del apartado 1 del citado precepto, aunque no se sostiene hoy, en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Pese a la historia compartida de las dos Convenciones y el idéntico tenor de sus respectivos artículos 12⁴⁹, España formuló reserva al artículo 12 de la Convención de 1951⁵⁰. Una reserva de plano al apartado 1, con lo que dado que el refugiado ostentará una nacionalidad formalmente sería ésta su ley personal e interpretativa en el caso del párrafo 2 del artículo 12, limitándose el alcance de la preservación de los derechos adquiridos inherente al estatuto personal y especialmente los vinculados al matrimonio limitándolos a los derechos adquiridos por un refugiado con anterioridad al momento en que obtuvo, en cualquier país, la condición de tal.

39. No se sostiene ni se comprende que en las circunstancias actuales España mantenga la reserva, que podría retirar notificándolo al depositario del tratado, que en el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es el Secretario General de las Naciones Unidas. Al retirar la reserva, España se comprometería a cumplir plenamente con el artículo 12 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, sin las limitaciones que originalmente se establecieron en la reserva. Además de facilitar la vida de los refugiados, sería un signo de fortalecimiento del compromiso con la Convención y con la protección de los refugiados. Sujetos a dificultades y sometidos a los desafíos legales con que se enfrentan al intentar reunirse con sus familiares en el país de acogida, requieren interpretar las leyes de manera que se protejan efectivamente sus derechos fundamentales⁵¹.

40. Permanece el artículo 9.10 CC para determinar la ley personal de las personas con nacionalidad indeterminada, cualquiera que fuere la causa que provoca esta indeterminación, sea por una dificultad de prueba sea por la imposibilidad de comprobar si se ostenta una u otra nacionalidad.

III. Ámbito de la ley persona. El estatuto personal en sentido estricto

41. Pese a que el art. 9,1 CC acoge una concepción amplia, como ya hemos señalado, su ámbito de aplicación material se reduce al estatuto personal en sentido estricto. En 1974, esta reducción no operaba con la extensión e intensidad que ahora impera, pues las normas de los siguientes apartados vinieron a concretar en la ley nacional común, en algunos casos, o en su defecto en la del marido o del padre los supuestos relativos al matrimonio y la filiación. Surge así un aparente conflicto sincrónico entre normas

⁴⁹ ACNUR, *Manual cit.*, p. 45

⁵⁰ Instrumento de Adhesión de 22 de julio de 1978 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978)

⁵¹ La STJUE de 17 de noviembre de 2022, *X, actuando en nombre propio y en su condición de representante legal de sus hijos menores de edad Y y Z contra Belgische Staat*, C230/21 suscita una consideración al margen porque el caso plantea la necesidad de evitar el recurso mecánico a las herramientas del Derecho internacional privado. La hija de la demandante en el litigio principal, la Sra. X, de nacionalidad palestina, contrajo matrimonio siendo menor de edad en el Líbano con Y. B., titular de un permiso de residencia en vigor en Bélgica. Cuando llegó a Bélgica en 2017, el servicio de tutela del Servicio Público Federal de Justicia la consideró una **menor extranjera no acompañada**. En septiembre de 2017, la **Oficina de Extranjería belga se negó a reconocer el matrimonio celebrado en el Líbano con arreglo a los artículos 21 y 27 del Code de droit international privé al tratarse de un matrimonio infantil, incompatible con el orden público**. En septiembre de 2018, se reconoció a la hija de X la condición de refugiada. En diciembre de 2018, la Sra. X presentó ante la Embajada de Bélgica en el Líbano, una solicitud de visado con fines de reagrupación familiar con su hija refugiada en Bélgica y, por otra parte, solicitudes de visados por razones humanitarias para sus hijos menores de edad, Y y Z. En junio de 2019, la autoridad belga denegó las solicitudes de visado presentadas por X. Estas decisiones fueron anuladas por el tribunal belga que planteó la cuestión prejudicial. Sin embargo, tras esta anulación, en marzo de 2020, se adoptaron tres nuevas decisiones denegatorias de los visados **por considerar que la hija de X, tras haber contraído matrimonio válido en el país en el que fue celebrado, ya no pertenece a la familia nuclear de sus padres**. El TJUE subraya que *el estado civil de un refugiado menor no acompañado puede a menudo ser difícil de determinar, en particular en el caso de refugiados originarios de países que no están en condiciones de expedir documentos oficiales fiables*, obvia las cuestiones de Derecho internacional privado y en aras al interés superior de la menor sentencia que *un refugiado menor no acompañado que reside en un Estado miembro no debe no estar casado para adquirir la condición de reagrupante a efectos de la reagrupación familiar con sus ascendientes en línea directa y en primer grado*.

que se resuelve por el principio de *lex specialis*, la regla general rige y permanece, pero su ámbito de validez es residual por aplicación de ese principio básico para individualizar la norma aplicable.

42. De este modo, regirá el artículo 9.1 CC para regular las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de la persona natural y su estado civil⁵². No obstante, su verdadero alcance debe fijarse en atención a la incidencia de las normas convencionales o supranacionales. En este punto, resulta de especial relieve el impacto del Derecho de la UE que, pese a lo bien intencionado de algunos autores, difícilmente se puede decir que avanza hacia la consolidación del método del reconocimiento mutuo como solución a la diversidad de modelos y las ineficiencias de las normas de conflicto en relación con la libre circulación de personas, método que como tal no podemos considerar implantado⁵³. Si acaso y sin perfilar adecuadamente, porque tampoco es tarea de la jurisprudencia, pudiera considerarse que, para el TJUE, en relación con el nombre funciona como método alternativo a la norma de Derecho internacional privado. En otros ámbitos, como el matrimonio igualitario y la determinación de la filiación, de momento, sería más correcto hablar de un principio de reconocimiento mutuo que impone la aceptación de determinados efectos, sin incumbir directamente a la determinación de la ley aplicable⁵⁴.

43. El TJUE ha establecido que: *el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este*⁵⁵. En la reciente sentencia de 4 de octubre, As. C-4/23, *Mirin*, el TJUE subraya que el Derecho de la UE no menoscaba la competencia de los Estados miembros para regular el estado civil de las personas⁵⁶. Por más que enfatice que esa competencia se ve limitada por las disposiciones del Tratado que garantizan la libertad de circulación.

1. Nacimiento y extinción de la personalidad

44. Pocas dudas suscita la aplicación de la ley nacional al nacimiento como origen de la personalidad y, en consecuencia, el reconocimiento de su capacidad jurídica y la atribución de los derechos de la personalidad. La nueva redacción del artículo 30 CC dada por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece que: *La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*. La supresión del requisito de viabilidad, antes exigido, se incorporó en la tramitación parlamentaria siguiendo el modelo

⁵² Sobre el orden de los términos, sin más relevancia, la capacidad precede al estado civil, según la Base cuarta de la Ley 3/1973, de 17 de marzo de 1973, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, a diferencia del texto inicial y del art. 17 del *Codice civile* italiano de 1942.

⁵³ Vid., entre otros, M. MELCHER, “Recognition of a status acquired abroad in the EU. — A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *CDT*, vol. 14, n.º 1, pp. 1012 a 1043, en, p. 1041. B. CAMPUZANO DÍAZ, “La filiación en el Dipr de la UE: entre la situación actual y las perspectivas de cambio” en B. CAMPUZANO DÍAZ (directora) *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el reglamento 2019/1111*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023. pp. 52 y ss.

⁵⁴ Para una explicación exhaustiva del método del reconocimiento mutuo, vid. A.L. CALVO CARAVACA: “Mutual recognition as a methode in European private international law”, en CHR. VON BAR ET ALL. *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*; Tubinga, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-1114 (esp. pp. 103 y ss.). Cfr. también id. A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, 2023, especialmente pp. 95 y ss., destacando la interacción entre la jurisprudencia del TJUE y la del TEDH.

⁵⁵ SS. TJUE d e 5 de junio de 2018, C673/16 *Coman* y otros, apartados 36 a 38; y de e 14 de diciembre de 2021, C490/20, *Pancharevo*, apartado 52.

⁵⁶ Vid. Considerando 53.

del artículo 211-1 del *Codi Civil de Catalunya*⁵⁷. La única condición ahora exigida para la atribución de la personalidad es la del nacimiento vivo⁵⁸. Cualquier otra condición impuesta por la ley nacional debe ser considerada contraria a nuestro orden público.

45. Cuestión que cobra especial relevancia en los casos de nacimiento en España y su inscripción en el Registro Civil, si la ley nacional impusiera una condición de viabilidad, o cualquier otra. Consideramos el artículo 30 CC como norma de orden público internacional, pese a sus 122 años de vigencia⁵⁹. Por lo que, si no operase el reenvío a la ley española, como ley del lugar del nacimiento, procedería la inscripción conforme a los artículos 4 y 44 LRC sin consideración a la ley nacional.

46. La atención que en la actualidad merece el duelo perinatal y la nominación civil de los nacidos sin vida suscitan dudas sobre la permanencia del artículo 9.1 CC y la ley aplicable. En puridad se plantea como una cuestión de acceso al Registro Civil español, según se desprende de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley del Registro Civil, en relación con su artículo 67 y con remisión al artículo 30 CC⁶⁰. Ciertamente, como cuestión de acceso al Registro Civil de los nacidos sin vida, rige el Derecho español que establece sí, cómo y con qué efectos. Habida cuenta de nuestra realidad natalicia, los artículos 9 y 67 LRC difícilmente pudieran entenderse como referidos únicamente a los que hubieran sido españoles de haber nacido con vida, cuya inscripción se materializará acorde a la Instrucción DGSJYFP 31 julio 2023, sobre la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta Instrucción, con suma parquedad, exige la presentación de un certificado médico que pruebe los hechos, aunque no impone que haya sido expedido en España, por lo que caben diferentes situaciones sobre la base de las reglas generales de competencia *ex* artículo 9 LRC y que exceden de nuestro análisis⁶¹.

47. A los efectos que aquí interesan, la cuestión se centra en la posibilidad reconocida los progenitores de otorgar un nombre a la criatura, lenitivo del duelo gestacional o perinatal cuya dimensión internacional privatista no ha sido tenida en cuenta por el legislador ni por el Centro Directivo, que tan prolijamente ha atendido esta dimensión, con desigual acierto, en otras materias. A nuestro juicio, resulta claramente inaplicable el Convenio de Múnich de 5 septiembre 1980, que exclusivamente rige para la determinación del nombre de las *personas físicas*. Curiosamente, ante esta situación asistiríamos a la recuperación del artículo 9.1 CC pues, pese a su tenor literal, se aplicaría analógicamente de manera que

⁵⁷ Que dice: *La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixemen*. El proyecto de ley remitido a las Cortes por el Gobierno no contemplaba ninguna modificación del Código Civil; el nuevo art. 30 tiene su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), vid. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 90-26, Serie A, de 6/4/2011, pp. 30 y s.

⁵⁸ Vid. G. MACANÁS, "Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil. Aspectos relativos a la muerte perinatal inmediata", *IndDret* 4/2013, <https://www.raco.cat/index.php/IndDret/article/view/270130/357686>

⁵⁹ Y pese a su dudosa compatibilidad con el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en vigor en España desde el 27/7/1977, y con el art. 7.1 de

⁶⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20/11/1989, en vigor en España desde el 5/1/1991. Incompatibilidad subrayada por la doctrina, que entendía que el requisito de viabilidad se limitaba a los efectos patrimoniales del nacimiento y no al conjunto de derechos del nacido como su nombre, filiación, parentesco, nacionalidad, vecindad civil, derecho a resarcimiento por los daños causados etc. En este sentido, por todos, vid. M. ALBADALEJO GARCÍA, "Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro", *Revista de Derecho Privado* 1997, pp. 166-191.

⁶⁰ Vid. también la Orden JUS/876/2023, de 21 de julio, por la que se modifica la Orden de 26 mayo 1988 sobre ciertos modelos del Registro Civil, en BOE núm. 178 de 27 julio 2023.

⁶¹ La Instrucción de la DGSJyFP 31 de julio de 2023, regula dos modalidades de aplicación, así como las normas de procedimiento precisas, para la aplicación de la disposición adicional cuarta de la LRC que establece que constará en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, el fallecimiento ocurrido con posterioridad a los seis primeros meses de gestación y antes del nacimiento, pudiendo los progenitores otorgar un nombre; este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida. Este archivo podrá recibir las anotaciones del anterior legajo de criaturas abortivas. El cómputo del plazo de dos años al que se refiere la disposición transitoria novena de la Ley del Registro Civil, para solicitar la inclusión en el archivo de fallecimientos producidos con posterioridad a los seis meses de gestación en los términos de la disposición adicional cuarta que hubieran acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, comenzará a partir del 28 de julio de 2023, día siguiente al de publicación de la Orden JUS8762023, cit.

el nombre del nacido sin vida se registrará por su la Ley nacional hipotética, preservándose así la función del nombre como elemento de identificación y de pertenencia a una familia⁶².

48. Muy diferente es la cuestión del *nasciturus*, cuya personalidad jurídica se registraría también por la ley nacional hipotética, aunque sus derechos más allá de los inherente al estatuto personal, en particular los sucesorios, quedarían sometidos a la *lex sucessionis*.

49. En cuanto a la extinción de la personalidad, rige el artículo 9.1 CC tamizado por el orden público internacional en aquellos supuestos en que se debiera a una causa diferente al fallecimiento. Los supuestos de conmorencia no se contemplan en este precepto, con toda lógica pues no se trata determinar el fallecimiento y, por ende, la extinción de la personalidad jurídica. El problema reside en la transmisión de derechos ante la incertidumbre sobre el momento del fallecimiento. En la actualidad, carecen de entidad las dudas respecto de la aplicabilidad o no del artículo 9.1 CC a la vista de los dispuesto en el artículo 32 del Reglamento Sucesorio Europeo conforme al cual ante la disparidad de soluciones si dos o más personas cuya sucesión se rija por leyes diferentes falleciesen en circunstancias que impidan conocer el orden en que se produjo su muerte, y dichas leyes regularan tal situación mediante disposiciones diferentes o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras conmorientes.

50. Para la declaración fallecimiento y la de ausencia, institutos que preservan de la incertidumbre las relaciones jurídicas de una persona, como sujeto de derechos y deberes, para proteger sus intereses y los de sus familiares y terceros que tuvieran relaciones jurídicas con él, permanece el artículo 9.1 CC exclusivamente para determinar la ley aplicable a las causas y condiciones para la declaración de ausencia o fallecimiento y los mecanismos de representación. La ley nacional del desaparecido, declarado ausente o fallecido, no determinará los efectos sobre la patria potestad, el matrimonio o la sucesión *mortis causa*, que se registrarán por la ley aplicable determinada por las respectivas normas de conflicto

2. La identidad de la persona natural: nombre, apellidos, sexo y género

51. La identidad es la cimbra de la personalidad jurídica pues asienta el reconocimiento como individuo, titular de los derechos de la personalidad, inserto en una familia y miembro de una sociedad. Sin que exista consenso universal, se acepta ampliamente que la noción comprende, al menos, el nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo, género y nacionalidad de la persona. Pese a su indudable dimensión de Derecho público y la presencia de intereses estatales en la identificación de la persona, prevalece su consideración como derecho fundamental⁶³, ligado a los derechos de la personalidad, que individualizan y distinguen a una persona.

52. Hoy, nombre, apellidos y género adquieren un valor no solo simbólico por que, más allá de su trascendencia pública, proyectan socialmente al individuo y, sobre todo, lo singulariza en su autorepresentación⁶⁴. Del interés público en la identificación de la persona derivan principios de orden público

⁶² A nuestro juicio, se trataría de una aplicación analógica, pese al tenor literal del art. 9.1 CC, cuyo valor como principio cuestionamos por debilitado, no del Convenio de Múnich de 1980; vid. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de derecho internacional privado*. vol. 3 cit. p. 58.

⁶³ Art. 7 de la Convención de los derechos del niño: “el niño, tendrá derecho desde que nace a un nombre”, y en el mismo sentido se pronuncia el art. 24.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre 1966. Aunque centradas en el sexo, resultan de interés las reflexiones de M^a C. GETE-ALONSO Y CALERA: “Identidad e identificación de la persona” en T. TORRES GARCÍA (dir.): *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia 2017, pp. 83 - 144. Resulta de interés el trabajo de F. B. TAPIA Y F. MARCO-GRACIA, “What was in a Name? Culture, Naming Practices and Literacy in the Past”, *CEPR Discussion Paper* No. 19625. CEPR Press, Paris & London. <https://cepr.org/publications/dp19625>, para un análisis de las características sociales y culturales de las familias en función del nombre elegido para sus hijos.

⁶⁴ Así, STC 99/2019, expresivamente: *El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es, y así se resalta en el auto de planteamiento, el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona*

en la regulación que sirven ciertamente a las funciones de control administrativo, aunque debe primar su caracterización como derecho de la personalidad⁶⁵. De ahí la importancia de asegurar la continuidad de la identidad, expresión de la unicidad del individuo.

53. Frente a la dispersión anteriormente existente, los principios de regulación del nombre en Derecho español se recogen en la LRC, que los ordena y sistematiza. Estos se pueden resumir en los siguientes. En primer lugar, el reconocimiento expreso del derecho al nombre de toda persona desde su nacimiento -con la singularidad ya vista respecto de las criaturas nacidas sin vida-; en segundo, la libertad de elección del nombre propio y la simplificación del procedimiento de cambio de nombre propio; en tercero, la adaptación a los valores constitucionales con la eliminación de la hegemonía del apellido paterno; la mejora de la regulación del cambio de apellidos, contemplando la intervención del menor mayor de 16 años. Destacan a los efectos que aquí interesan la previsión de una regulación específica del cambio de apellidos de los españoles que además posean la nacionalidad de un Estado miembro de la UE.

54. La aplicación del artículo 9.1 CC decae dado el carácter *erga omnes* del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 (en vigor para España desde el 1 de enero de 1990), aunque la ley aplicable al nombre y apellidos también venga determinada por la ley nacional. Mención especial merece la consideración del reenvío de retorno que entendemos asumible ante el silencio del Convenio de Múnich. En una comprensión funcional del reenvío su admisión nos parece acorde a los intereses públicos presentes en la regulación del nombre para su eficacia respecto de las personas con residencia habitual en España, que trascienden de la aplicación del artículo 12.3 CC e idónea para reforzar la integración de las personas que residen en España⁶⁶.

55. Coincidiendo la conexión a la nacionalidad, ante el silencio del Convenio, despliegan toda su eficacia los apartados 9 y 10 del artículo 9 para los puestos de plurinacionalidad, nacionalidad indeterminada o apatridia, ya analizados, con la importante salvedad de los supuestos en que una de las nacionalidades sea la de un Estado miembro de la UE. La rica jurisprudencia del TJUE, que mencionaremos a continuación, ha venido a consagrar una suerte de libre opción entre la ley nacional, la ley de la residencia habitual o la del lugar del nacimiento que mejor convenga a los intereses de la persona o al deseo de los progenitores, dada la irrestricta virtualidad de esta elección en orden a garantizar la libre circulación y la continuidad de la identidad del individuo. Carece de incidencia sobre la permanencia de estos preceptos el Convenio núm. 4 de la CIEC relativo al cambio de nombre y apellidos que regula exclusivamente y solo entre los Estados parte una cuestión de conflicto de autoridades

(art. 10.1 CE). En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a «ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición» (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas,

⁶⁵ Vid. Preámbulo V de la Ley 20/2011, de 21 de julio: *el nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento*. Cfr. SS. TC 167/2013, de 7 de octubre y 117/1994, de 25 de abril. Nombre y apellidos de una persona son elementos constitutivos de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la CDFUE y por el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia. Vi. SS. TEDH *Burghartz c. Suiza* de 22 de febrero de 1994, ap. 24, y *Stjerna c. Finlandia* de 25 de noviembre de 1994, ap. 37.

⁶⁶ Contra la admisión del reenvío, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de derecho internacional privado*, Madrid, 2024, cit., vol. 3, p. 96. Las razones de inseguridad jurídica y de inestabilidad del nombre no se compadecen con las tendencias actuales en la materia ni con los argumentos aducidos para los supuestos de acreditación imposible del Derecho extranjero, *ibidem* p. 97.

56. El Convenio de Múnich de 1980 prevé y resuelve el conflicto móvil, esto es, los efectos derivados sobre los apellidos del cambio sobrevenido de la nacionalidad de la persona. El cambio de nacionalidad implica cambiar de apellido acorde a la nueva Ley nacional⁶⁷.

57. Permanece el artículo 9.1 CC en relación con los conflictos interregionales, ante la existencia de normas autonómicas sobre los nombres y apellidos, *rectius* sobre la lengua y la expresión de estos, habrá que estar a la vecindad civil del sujeto⁶⁸.

58. En cuanto a otros signos de identidad sin trascendencia denominativa en nuestro Ordenamiento, tales como los grados académicos o los títulos nobiliarios, excluidos del Convenio de Múnich de 1980, su incorporación al nombre se rige por la ley personal *ex* artículo 9.1 CC, aun careciendo de la cualidad de derecho de la personalidad. Cuestión diferente a la del régimen jurídico aplicable a la concesión y uso de los títulos y grados. Problemas muy diferentes se plantean en relación con la protección de los seudónimos, que nos trasladarían al ámbito de la propiedad intelectual, pese a su relación con el nombre.

59. Las cuestiones previas que afectan al nombre de una persona en relación con la filiación y con el matrimonio, no se rigen por el artículo 9.1 CC, sino por las respectivas normas de conflicto

60. El significado de la continuidad del nombre y apellidos de una persona cobra singular relevancia en la sociedad abierta y global de nuestros días. A tal fin se destinan los Convenios de la CIEC, aunque centrados en la cooperación de autoridades y que sólo podemos dejar reseñados⁶⁹. De entidad muy superior es la jurisprudencia del TJUE, y con relevante incidencia en la permanencia del artículo 9.1 CC, limitada por lo ya expuesto en relación con su desplazamiento por el Convenio de Múnich de 1980.

61. En relación con el nombre y apellidos, podemos concluir que el Derecho de la UE consagra el método del reconocimiento mutuo que desplaza a las normas de conflicto de los Estados miembros, de manera tal que cuando una persona ha adquirido un nombre y apellidos conforme al Derecho de un Estado miembro, este habrá de ser reconocido en todos los demás Estados miembros “*digan lo que digan las normas de conflicto*” del Estado miembro de destino⁷⁰. Así resulta de la consideración agregada y sistemática de las sentencias de 30 de marzo de 1993, *Konstanidinis*, de 2 de octubre de 2003, *García Avelló*, de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, de 8 de junio de 2017, *Freitag* y de 4 octubre 2024, *M.-A. A. vs. y Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civil*. No se reconocen más límites a este método que la excepción de orden público o las limitaciones fundadas en el interés general, en los del respeto las libertades fundamentales, mediante una interpretación estricta, sin que quepa una determinación unilateral por los Estados miembros de su alcance, sometida siempre a control por parte de las instituciones de la Unión Europea. *Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*⁷¹.

62. La determinación del sexo y el reconocimiento del género tienen un alcance estrechamente vinculado con el derecho a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal. Un vínculo que nos permite afirmar aquí la consideración del sexo como estado civil⁷². la

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 99 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 114 y ss.

⁶⁹ Además de los ya mencionados, cfr. Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958, relativo a los cambios de apellidos y de nombres, destacando que, para los supuestos no comprendidos en su ámbito de aplicación, siempre que se cumplan las normas de competencia de la LRC, habrá que estar a la ley nacional, con fundamento en el Convenio de Múnich. Vid. También el Convenio de la Haya de 8 de septiembre de 1982, relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos

⁷⁰ CALVO CARAVACA/CARRASCOA GONZÁLEZ, loc. últ. cit., pp. 118 y ss.

⁷¹ Vid. STJUE de 2 de junio de 2016, C438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, Considerando 67

⁷² En contra, vid. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 75 (2023-2), pp. 343-366, esp. pp 344 y ss.

cuestión es relevante para practicar una calificación adecuada a efectos del artículo 9.1CC, El sexo y el género tienen una dimensión social y cultural y no exclusivamente biológico⁷³. Cada Estado determina el sexo de sus ciudadanos sobre la base de elementos biológicos⁷⁴. Aunque que en la mayoría de los casos conduce a la asignación femenina o masculina, se ha consagrado el sexo no binario⁷⁵, que tímida e inadecuadamente se contempla en el artículo 49 LRC modificado por la Ley 4/2023⁷⁶. Ante la falta de norma específica, la permanencia del artículo 9.1 CC para regular la determinación del sexo con arreglo a la ley nacional es la única e insatisfactoria solución⁷⁷

63. En los supuestos internacionales, la reasignación de sexo y la determinación del género plantean delicados problemas ligados a la protección de los derechos humanos, como veremos más adelante. Aunque a nivel convencional los trabajos de la CIEC se centren en la fijación de la autoridad competente⁷⁸, sin detenernos aquí, hemos de señalar que, al igual que sucede, con el nombre prima el interés de la persona como derecho a la intimidad, a la vida personal y al libre desarrollo de la personalidad que exigen garantizar su continuidad, por lo que resultan cruciales las cuestiones ligadas al reconocimiento y la validez del estatuto primario y de cualquier cambio o modificación, ligadas éstas al interés público, aunque subordinado al de la persona.

64. El artículo 43 de la Ley 4/2023 no ha tenido en cuenta estos problemas y se limita a establecer que *Toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo*. La norma sobre la legitimación se afronta únicamente desde la perspectiva de la competencia del Registro civil español y oculta una norma de conflicto unilateral que determina la aplicación de la ley española a los españoles. Norma unilateral que no se acompaña de una específica limitación de la competencia del Registro civil español y que ignora las reglas generales de competencia de la LRC.

65. Respecto de los extranjeros, el artículo 72 de la Ley 4/2023 se contenta con garantizarles la titularidad y el ejercicio del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, en las mismas condiciones que a las personas de nacionalidad española, con independencia de su situación administrativa, un enfoque desde el Derecho de extranjería que relega los problemas del Derecho aplicable y del reconocimiento de resoluciones extranjeras. Cuestiones parcial y sesgadamente contempladas en el artículo 50 en relación con la *Adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras*⁷⁹. En una auténtica ceremonia de la confusión, viene a eximir la nacionalidad española como requisito de legitimación, parece con-

⁷³ American Psychological Association). *Understanding transgender people, gender identity and gender expression*, 2023, [apa.org](https://www.apa.org)- Inter alia, vid. T. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, “Sexo y género: una mirada interdisciplinar desde la psicología y la clínica”, *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 2020; 40(138): 87-114, doi: 10.4321/S0211-573520200020006.

⁷⁴ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico*, cit. vol. 3, p. 72.

⁷⁵ Vid. F. PEÑA DÍAZ, *Reconocimiento legal de identidades no binarias: estudio de Derecho comparado*, (EUFORIA. Familias Trans-Aliadas, 2024). Cfr. STSJ de Andalucía, 83/2023 de 23 de enero, que ordena la inscripción en el registro de ciudadanos de la UE como indeterminado el género de una persona de nacionalidad alemana con residencia habitual en España. Vid. también sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 10 de octubre de 2017 – 1 BvR 2019/16 –

⁷⁶ Así se establece: ... “5. En el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual del nacido, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido dicho plazo, la mención al sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores”

⁷⁷ Críticamente, vid. OREJUDO DE LOS MOZOS, loc. cit. pp. 361 y ss.

⁷⁸ Vid. Convenio n° 29 de la CIEC, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000. En vigor para España desde 2011.

⁷⁹ Que dispone: “1. Las personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho Ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes”.

gar la aplicación de la ley nacional y no establece el más mínimo elemento de vinculación con España del solicitante⁸⁰.

66. La jurisprudencia del TEDH ha sentado dos principios cruciales en relación con el derecho a la identidad de género. Un principio de garantía de la identidad sexual de la persona como elemento integrante de su vida privada, constituyendo uno de sus aspectos más íntimos, que comprende el derecho a determinar la propia identidad. Con fundamento en el artículo 8 del CEDH implica que las personas transexuales tienen derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, así como al respeto y al reconocimiento de su identidad sexual⁸¹. Y un segundo principio de protección que impone el establecimiento de procedimientos eficaces y accesibles que garanticen el respeto efectivo del derecho a la identidad sexual y de interdicción de las intervenciones las injerencias arbitrarias de los poderes públicos⁸². El margen de apreciación de los Estados es muy limitado, pues el artículo 8 CEDH les impone establecer un procedimiento claro y previsible de reconocimiento jurídico de la identidad de género que permita el cambio de sexo, y por tanto de nombre o código personal digital, en los documentos oficiales de manera rápida, transparente y accesible⁸³.

67. En el Derecho de la UE, una primera lectura, la STJUE *Mirim* pareciera conducir a los límites deducidos de las sentencias *Coman* y *Pancharevo*, antes citadas. Y que a diferencia de lo que sucede con el nombre y los apellidos, el Derecho de la UE solo impone el reconocimiento del cambio de género a los efectos de garantizar la libertad de circulación. Tras señalar las analogías con el cambio de apellido, el TJUE concluye que *la negativa, por parte de las autoridades competentes en materia de estado civil de un Estado miembro, a reconocer y anotar en el Registro Civil y, en particular, en el certificado de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido por este en otro Estado miembro, sobre la base de una normativa nacional que no permite tal reconocimiento y anotación, con la consecuencia de obligar al interesado a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en ese primer Estado miembro, que hace abstracción de este cambio ya adquirido legalmente en ese otro Estado miembro, puede restringir el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*⁸⁴.

68. Sin embargo, una aplicación sistemática y coordinada de los principios sentados por el TJUE y por el TEDH nos permite concluir que, pese a que se trate de una materia estrechamente relacionada con el estado civil que es competencia de los Estados miembros, se adopta el método del reconocimiento, que prescinde de la norma de conflicto para aceptar el cambio de género⁸⁵.

69. En España carecemos de una norma sobre la ley aplicable al sexo y al género, por lo que permanece el artículo 9.1 CC. La ley nacional de una persona determina el sexo originariamente atribuido y la posibilidad y condiciones de una posterior reasignación o modificación para permitir la coincidencia entre el sexo biológico y el psico social, o género. No obstante, intervendrá la excepción de orden público internacional *ex* artículo 12.3 CC cuando la ley nacional lo impida. La influencia de este cambio en el matrimonio o la filiación quedarán sujetas a las respectivas leyes aplicables. En términos generales, se reconocerán en España los efectos de un cambio de sexo sin más limitación que las derivadas del orden público *ex* artículo 12. 3 CC cuando se trate de un cambio arbitrario o que no se corresponda con la identidad de género de la persona, cuya voluntad es determinante. Resultará admisible el reenvío de la ley nacional a la ley española.

⁸⁰ Vid. OREJUDO DE LOS MOZOS, loc. cit. pp. 362 y ss.

⁸¹ Vid. Sentencias del TEDH, de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, §§ 77, 78 y 90; de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, §§ 69 a 75 y 82; y de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*, §§ 147 y 16.

⁸² SSTEDH de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*, §§ 146 a 148 y jurisprudencia citada; de 1 de diciembre de 2022, *A. D. y otros c. Georgia*, § 71.

⁸³ STEDH de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*, § 168.

⁸⁴ STJUE, *Mirin*, Considerando 57

⁸⁵ *Ibidem*, Considerandos 67 y 53.

70. La *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag* (SBGG), en vigor desde el 1 de noviembre de 2024, ha regulado con mayor precisión la cuestión, si bien vinculada a la regulación del Derecho aplicable al nombre, exigiendo la residencia en Alemania⁸⁶.

3. Capacidad de obrar

71. Para determinar la ley aplicable a la capacidad de obrar de la persona natural, permanece la vigencia del artículo 9.1 CC. Así, la ley nacional regirá la adquisición de la capacidad de obrar, su pérdida, las circunstancias modificativas, los efectos de la falta de capacidad de obrar o de sus limitaciones y las modalidades para suplir o completar su falta o sus limitaciones, superada la antítesis capacidad de obrar plena *vs.* incapacidad, volveremos más adelante sobre la cuestión. Como norma general, el artículo 9.1 CC cede frente a las normas especiales; así, el artículo 15.a del Reglamento Roma II; se restringe en atención al principio del interés nacional *ex* artículo. 10. 8 CC o, cuando proceda, el artículo 13 del Reglamento Roma I. Por otra parte, en cada caso habrá que estar a la aplicación de la excepción del orden público internacional para aquellas restricciones o limitaciones discriminatorias o excesivas. El reenvío de primer grado, *ex* artículo 12.1 CC, desplegará toda su virtualidad como remisión devolutiva en los supuestos en que la nacional someta la capacidad a la ley del domicilio o de la residencia habitual situados en España; para la capacidad cambiaria se admitirá el reenvío de segundo grado *ex* artículos 98 y 162 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

72. Las incapacidades especiales estarán sujetas a conexión autónomas, vendrán determinadas por la ley aplicable al instituto que las regula, cediendo la aplicación del artículo 9.1 CC frente a la *lex successionis*, por ejemplo, respecto de las limitaciones de la capacidad de heredar impuestas a ciertas personas por su condición y su posición respecto del causante en garantía de su libertad decisoria.

73. La mayoría de edad es determinante de la adquisición de la capacidad de obrar como aptitud irrestricta de una persona para ejercer los derechos y obligaciones de que son titulares. Nuestra Constitución, en su artículo 12, fija la mayoría de edad de los españoles en los 18 años. Edad que se corresponde con la establecida en los ordenamientos de nuestro entorno, aunque sin aceptación universal⁸⁷. La aplicación de la ley nacional a la mayoría de edad no plantea dudas⁸⁸. En el Derecho convencional -bi- o multilateral-, las diferencias e incertidumbres en cuanto al momento en que se alcanza la mayoría de edad se solventan con soluciones materiales que desplazan al artículo 9.1 CC en el respectivo ámbito de aplicación del instrumento que fija una edad concreta⁸⁹.

74. Para el conflicto móvil, rige el artículo 9.1 II que consagra la inmutabilidad de la mayoría de edad por cambio de nacionalidad alcanzada con arreglo a la ley nacional anterior.

⁸⁶ Artículo 1, § 1 *Ziel des Gesetzes; Anwendungsbereich*/(3) *Hat eine Person nach Artikel 7a Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche deutsches Recht gewählt, ist eine Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen nur zulässig, wenn sie als Ausländer*

1. *ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt,*

2. *eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich rechtmäßig im Inland aufhält oder*

3. *eine Blaue Karte EU besitzt.* SBGG.

Vid. A SCHULZ. *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Tubina, Mohr Siebeck, 2024, especialmente pp. 133 y ss.

⁸⁷ Es significativo el art. 1 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño que establece una norma material: *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad y una solución conflictual: salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

⁸⁸ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico*, cit., vol. 3, pp. 67 y ss., con exhaustiva consideración de la doctrina de la DGSJyFP y de la errónea aplicación cumulativa de la ley nacional y la ley española.

⁸⁹ Así, *ad ex.*, el art. 3 del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional.

75. También rigen el artículo 9.1 CC para la emancipación, sometida a la ley nacional del individuo en cuanto a sus condiciones, efectos, límites y finalización

76. Los problemas y dificultades de la aplicación del artículo 9.1 CC a la capacidad de obrar surgen con crudeza cuando hay que engarzar la regla general de sujeción a la ley nacional de la persona con las reglas especiales que determinan la ley aplicable a las instituciones y mecanismos que sirven para suplir y completar las limitaciones a la misma.

77. En el caso de los menores, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, su interés superior se instaura como nuevo canon que erige el beneficio e interés del menor como principio básico y prioritario que se traduce en la articulación de la protección de los menores bajo un modelo que imbrica a la familia y a los poderes públicos. El legislador español, en las profundas reformas del Derecho de familia exigidas por la proyección del artículo 39 de la Constitución, ha sabido atenderlos en el plano material, pero ha desconocido importantes aspectos conflictuales en el ensamblaje de soluciones dispares. Cuestiones que trataremos más adelante cuando analicemos el artículo 9.4 CC.

78. Esa carencia de nuestro sistema se acentúa respecto de los adultos. Por un lado, tenemos que su capacidad de obrar se rige por su ley nacional *ex* artículo 9.1 CC. Por otro, hallamos una respuesta incoherente e incompleta para la determinación de la ley aplicable en los supuestos en que un adulto viera su capacidad mermada por la discapacidad y se necesitase la adopción de medidas de apoyo. Mientras se resuelva la aprobación del proyectado Reglamento europeo sobre la protección de adultos⁹⁰, cuyo artículo 8 remite al Convenio de la Haya de 2000 fundado en la estricta correlación *fórum ius*, nos encontramos ante un arquetipo de la confusión debido a la imprevisión del legislador.

79. Como en tantas otras ocasiones, la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, suprime la incapacitación, pero se olvida de los problemas de tráfico externo, pese a la importante presencia de adultos extranjeros que viven en España, obligando al operador jurídico a una compleja tarea de adaptación⁹¹. La falta de norma para determinar la ley aplicable a la existencia de una persona con discapacidad que precisa medidas de apoyo no puede quedar sometida al artículo 9.1 CC. Los objetivos de política legislativa de la Ley 8/2021 unidos a la previsión del artículo 9.6.I CC, sometiendo las medidas de apoyo, incluidas las predisuestas por el adulto antes de incurrir en discapacidad, a la ley de su residencia habitual, con previsión de la solución del conflicto móvil en favor de la ley de la nueva residencia habitual, hacen impracticable la existencia de la situación de discapacidad, sus causas y efectos se regulen por la ley nacional, conforme al artículo t. 9.1 CC. Entendemos que ha de primar la residencia habitual. Con esta solución, respecto de los adultos extranjeros discapacitados residentes en España nacionales de países en los que pervive la incapacitación se desactiva la necesidad de recurrir a la excepción de orden público.

80. De nuevo asistimos a la erosión de la nacionalidad como ley personal, la conexión a la residencia habitual se impone como consecuencia de la responsabilidad pública inherente a la protección

⁹⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM(2023) 280 final, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:28ff9588-007b-11ee-87ec-01aa75ed71a1.0016.02/DOC_1&format=PDF. Que se complementarán con la Decisión del Consejo de la UE autorizando a los Estados miembros a convertirse en partes o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, de la Convención de La Haya 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos, COM (2023) 281 final. Vid. N. FEBLES POZO, “La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos” <https://www.millenniumdipr.com/ba-113-la-proteccion-transfronteriza-de-adultos-en-la-union-europea-la-propuesta-de-reglamento-en-materia-de-proteccion-de-adultos>, especialmente pp. 16 y s. ;

⁹¹ Vid. P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, Nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 4-22; S. ADROHER BIOSCA, Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8413/6486>.

de los discapacitados, traducándose en la unidad *forum-ius*. La competencia primaria de las autoridades del Estado de la residencia habitual se justifica debido a la proximidad. Reconocer en paralelo la competencia de las autoridades del Estado de la nacionalidad del adulto resulta problemática incluso en los términos de la solución de compromiso que recoge el artículo 7 del Convenio de la Haya sobre Protección internacional de adultos de 13 de enero de 2000

IV. Los efectos del matrimonio

81. La determinación de ley aplicable al matrimonio se nos presenta como un engalaberno. El artículo 9.1 permanece CC para determinar la Ley aplicable a la capacidad y el consentimiento de los contrayentes mientras que los artículos 49-50 CC precisan la Ley reguladora de la forma del matrimonio. Por efectos personales del matrimonio se entienden todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges que derivan del matrimonio que no presentan contenido económico, regidos por la Ley determinada con arreglo al artículo 9.2 CC. Y las relaciones patrimoniales, por el artículo 9.3 CC, sin perjuicio de los casos regulados por el Reglamento 2016/1103 aplicable a los matrimonios celebrados tras el 29 enero 2019.

82. En 2005, la gran reforma del CC para instaurar el matrimonio igualitario fue una gran ocasión perdida para afrontar una regulación conflictual acorde al nuevo modelo. La gran tensión social provocada y la actitud beligerante contra la reforma de algunos sectores, llevó a descartar los trabajos prelegislativos que abordaban soluciones idóneas para los supuestos internacionales. La Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, vino a integrar el vacío con respuestas plausibles y bien fundadas⁹².

83. El artículo 9.2 CC obedece a una clara directriz de unidad del régimen jurídico de todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges. La ley que regula los efectos personales y patrimoniales del matrimonio ha sido objeto de varias reformas en los últimos cincuenta años que posibilitan que un mismo matrimonio haya transcurrido bajo la vigencia de todas ellas. Antes de la reforma de 1974, la redacción unilateral del artículo 9 CC junto a la vigencia del principio de la unidad jurídica de la familia condujo a la aplicación del Derecho correspondiente a la nacionalidad o a la vecindad civil del marido. Con la reforma de 1974, aún bajo un modelo patriarcal de familia, escasamente mitigado por los cambios sociales, la nacionalidad común de los cónyuges se instaura como conexión principal. Las conexiones subsidiarias a falta de nacionalidad común priman la ley nacional o, para los conflictos interregionales, la de la vecindad civil del marido en el momento de celebración del matrimonio, para regular los efectos del matrimonio y las relaciones patrimoniales entre cónyuges en defecto de capitulaciones matrimoniales. Tras la reforma de 1974, el art. 9.3 dispuso que el cambio de nacionalidad o, en su caso, de vecindad civil -por la remisión del artículo 16.1 CC-, no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordasen los cónyuges.

84. Con la entrada en vigor de la Constitución, la doctrina internacional privatista advirtió de la inconstitucionalidad sobrevenida de estos preceptos⁹³. Esfuerzos inanes pese a lo bien fundados y a las

⁹² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, 2006, pp. 671- 717 Críticamente, sobre todo con los planteamientos doctrinales y teniendo que reconocer la utilidad de la resolución-Circular, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *Diario La Ley*, Nº 6629, Sección Doctrina, 15 Ene. 2007, Año XXVIII-

⁹³ M. A. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, pp. 39-72; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desarrollo y normalización constitucional del DIPr. español”, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1139-1163; R. ARROYO MONTERO, “Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la Jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, 1988, vol., pp. 89-103; J. A. CARRILLO SALCEDO, “L’evolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *TCFDIP*, 1991-1993, pp. 121-134; J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1986, vol. XXXVIII, pp. 109-134. Una doctrina que sigue los postuladores de los autores que

tendencias de Derecho comparado, pues no obtuvieron el eco que merecía en la jurisprudencia ni en la doctrina de la DGRN. Como un baldón oprobioso se lee la STS de 6 de octubre de 1986, que antepuso a la igualdad la seguridad y la continuidad de las relaciones⁹⁴. Tarde y mal, el legislador atendió a las exigencias de los arts. 14 y 32 CE con la reforma de 1990, si bien ni supo ni quiso abordar los problemas de Derecho transitorio, que aún hoy perviven⁹⁵. La Ley 11/1990 contaba con una única disposición transitoria, relativa a la posible recuperación de la nacionalidad de la esposa que por seguir la nacionalidad de su marido la hubiere perdido, otorgándole para ello el plazo de 1 año. De esta parca regulación erróneamente se infiere que el legislador no tuvo dudas en cuanto a la vigencia disposición transitoria primera del Código Civil, por lo que los matrimonios celebrados antes de su entrada en vigor se regularían por los arts. 9.2 y 9.3 CC en la redacción de 1974, consagrando un reducto de discriminación.

85. Fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero, la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9.2 del Código Civil según la redacción de 1974⁹⁶. El TC fue receptivo a los argumentos doctrinales, aunque en aras de la protección los derechos adquiridos y la seguridad jurídica limita su alcance temporal a los matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, excluyendo a las relaciones entre los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad. Ante la imprevisión del legislador, esta doctrina del Tribunal Constitucional implica la irretroactividad de las conexiones establecidas por la Ley de 15 de octubre de 1990. No nos parece una solución plausible.

86. De admitirse esa irretroactividad, la fecha de celebración del matrimonio modularía la plena vigencia del principio de igualdad en sede de determinación de la ley aplicable a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges dando lugar a un complejo cuadro de normas aplicables que esquematizamos a continuación.

se plantearon la cuestión en relación con la Constitución de 1931; cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, "La Constitución española y el Derecho internacional privado", *RDP*, 1932, vol. XIX, pp. 74-78; J. R. DE ORÚE, "Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española", *RGLJ*, 1932, vol. 160, pp. 385-465; J. PENTE EGIDO, "Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto, examen de la jurisprudencia Ley aplicable al régimen económico matrimonial civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges", *REDI*, 1972, vol. XXV, pp. 327-348.

⁹⁴ *Sobrevenida la Constitución de 1978 ... /., Nace así el problema de si, a la luz de esa eficacia directa del principio de no discriminación por razón de sexo debe prevalecer, para determinar el régimen económico del matrimonio, en el supuesto de los números dos y tres del artículo noveno extensible al Derecho interregional por la regla primera del artículo trece, la Ley personal del varón. Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo 107 introducido por la Ley treinta/ mil novecientos ochenta y uno, de siete de julio. Sería éste un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos y que se aplicaría, en defecto de Capitulaciones, en aquellos casos en que los contrayentes fueran de diferente legislación civil. La falta de Vecindad civil común atraería la aplicación de ese otro punto de conexión por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y, de algún modo, en el número uno del tercero del Código Civil, precediendo a dicho punto de conexión y abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número tres de la disposición de esa clase de la Constitución. Sin embargo, no puede aplicarse al caso esa doctrina... // El régimen económico del matrimonio de que aquí se trata no puede juzgarse, pues, sino según la legislación vigente ininterrumpidamente a lo largo de todo el tiempo en que hubo relaciones personales y consiguientemente económicas entre los cónyuges o sea de mil novecientos cincuenta y uno a mil novecientos sesenta y cinco; lo que reconduce el recurso al tema de la vecindad civil del marido al tiempo de contraer matrimonio en el año mil novecientos cincuenta y uno. En coincidente sentido, STS de 11 de febrero de 2005.*

⁹⁵ Vid. Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, *BIMJ* n° 1405, de 25 de diciembre de 1985.

⁹⁶ Afirma el TC, tras un largo razonamiento, que: *... no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica ... // Como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad.*

87. Los efectos de los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del Código Civil, en la redacción de 1974 y los celebrados tras la entrada en vigor de ésta, pero con anterioridad a la promulgación de la Constitución, se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de su celebración.

88. Los matrimonios contraídos entre la entrada en vigor de la Constitución y la de la Ley de 15 de octubre de 1990, conforme a la STC 39/2002 antes citada, seguirían sometidos al Ordenamiento determinado por el artículo 9.2 CC, versión de 1974⁹⁷. Nada impide la aplicación retroactiva del nuevo precepto como solución conflictual no discriminatoria⁹⁸. Resulta difícilmente asumible que los matrimonios celebrados entre el 29 de diciembre de 1978 y el 6 de noviembre de 1990 con la entrada en vigor de la *Ley 11/1990 sobre reforma del Código Civil*, **en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo** se regulen por las normas de conflicto de 1974, obstinadas en la prevalencia de la ley nacional del marido. Como hemos señalado la única disposición transitoria de la Ley 11/1990 se refería a la recuperación de la nacionalidad española de la mujer que la perdió por razón de matrimonio. Una sana hermenéutica no puede conducir a la sacralización de la Disposición transitoria primera del CC. Es una *contradictio in adjectio* afirmar la validez de una norma inconstitucional⁹⁹. En la reforma de 1990 se da cabida a la autonomía de la voluntad, como primera conexión subsidiaria¹⁰⁰. A falta de nacionalidad común, se permite a los cónyuges elegir antes de la celebración del matrimonio y en documento auténtico la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo de celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifiquen o sustituya el régimen económico del matrimonio, se someterán bien a la ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. Si para las relaciones patrimoniales, que son las que en mayor medida comprometen los derechos adquiridos y la seguridad del tráfico, se opta por una solución flexible no se justifica la rígida irretroactividad de la Constitución postulada¹⁰¹. J. CARRASCOSA ha estudiado con profundidad el tema, con abundantes consideraciones pragmáticas que apelan a un pronunciamiento explícito que hacen preferible la aplicación retroactiva de las soluciones de la Ley 11/1990, que ciertamente conducirán a la residencia habitual común¹⁰². Participamos plenamente de su impecable argumentación que permitiría sugerir la necesidad de avanzar en la investigación sobre el sesgo de determinadas conexiones. Sentada la incuestionable primacía del principio de igualdad que lleva a descartar las conexiones discriminatorias, se trataría de repensar en futuro del estatuto personal en clave feminista para comprobar si las conexiones neutras -formalmente igualitarias- contribuyen a mantener las desigualdades -fácticas- inherentes a las clásicas estructuras familiares y de relaciones entre cónyuges. Una investigación con perspectiva de género fundada en el análisis de las desigualdades sociales, basada en los datos de nuestra realidad migratoria¹⁰³.

89. Los matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la de la Ley 11/ 1990 se rigen por los apartados 2 y 3 del artículo CC, si bien teniendo en cuenta el artículo 107 del Código Civil. Decae el apartado 3 del artículo 9 CC para los matrimonios celebrados con posterioridad al 29 de enero 2019 regulados por *el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y*

⁹⁷ Exhaustivamente, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable al régimen económico matrimonial, Algunas cuestiones de Derecho transitorio", *CDT*, (marzo 2020), Vol. 12, N.º 1, pp. 456-472, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5198/3667>, especialmente pp. 459 y ss.

⁹⁸ Vid. RDGRN de 9 de julio de 2014.

⁹⁹ En este sentido, vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico*, cit., vol. I, pp. 220 y ss.

¹⁰⁰ AMORES CONRADI, "Artículo 9, apartados 2 y 3". *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. cit., p. 201

¹⁰¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable al régimen económico matrimonial, Algunas cuestiones de Derecho transitorio", *CDT*, (marzo 2020), Vol. 12, pp. 464 y s. Con amplias referencias jurisprudenciales.

¹⁰² *Ibidem*, p. 468.

¹⁰³ Vid. S. L. GÖSSL, "Zur Zukunft des Personalstatus", en *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, cit. Pp. 193-206.

la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹⁰⁴. Su artículo 22 reconoce la autonomía conflictual limitada, pudiendo los cónyuges o futuros cónyuges designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo¹⁰⁵.

90. En defecto de elección, el artículo 26 del Reglamento Reglamento 2016/1103 establece como primera conexión subsidiaria la residencia habitual común después del matrimonio, en su defecto, la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, con la que ambos cónyuges tengan la vinculación más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, no se aplicará la conexión a la nacionalidad común¹⁰⁶. El sistema se completa con una cláusula de cierre que permite la aplicación de la ley de la última residencia habitual común siempre que los solicite uno de los cónyuges, haya sido de duración superior a la residencia habitual común tras el matrimonio y si los cónyuges han planificado sus relaciones acordes a esa ley.

91. El artículo 33.1 del Reglamento Reglamento 2016/1103 establece que en el caso de que la ley aplicable según sus disposiciones fuese la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación. Esta remisión a las normas de conflicto autónomas hace resurgir al artículo 9.2 CC¹⁰⁷.

92. La coexistencia de los Derechos civiles especiales incide especialmente sobre los efectos del matrimonio. El matrimonio entre españoles se rige por la ley española, como ley de la nacionalidad común *ex* artículo 9.2 CC. El artículo 16 CC en sus apartados 1 y 3 resuelve los conflictos internos mediante las siguientes reglas. En primer lugar, la vecindad civil sustituye a la nacionalidad para determinar la ley personal. En segundo, el art. 16.3 CC indica que los *efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9*. Si los cónyuges españoles ostentan la misma vecindad civil, el Derecho civil especial correspondiente a la misma será aplicable a los efectos de su matrimonio. A falta de vecindad civil común, se descartan las conexiones del artículo 9. 2 que remitan a una ley extranjera para dar preferencia al Código civil. A nuestro juicio como manifestación, una más, de la desestructuración de nuestro sistema, es más que cuestionable solución que se contiene en la última disposición del artículo 16. 3 CC al establecer que *se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los con-*

¹⁰⁴ Vid. con profundidad, A.L. CALVO CARAVA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión”, *CDT (octubre 2023)*, Vol. 15, N.º 2, pp. 10-109. Cfr. También A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50; M.P. JIMÉNEZ BLANCO, “Igualdad entre cónyuges y regímenes económico-matrimoniales transfronterizos”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, P. DIAGO DIAGO Y M. Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ (Dirs.): *De los Retos a las Oportunidades en el Derecho de Familia y Sucesiones internacional*, Valencia 2023, pp. 111-138.

¹⁰⁵ Sorprendentemente, la Resolución de 23 de abril de 2024, de la DGSJyFP, <https://www.boe.es/boe/dias/2024/05/15/pdfs/BOE-A-2024-9788.pdf> impide el otorgamiento de capitulaciones en junio de 2019! por impedirlo la ley rectora del régimen económico, con absoluto desconocimiento del Reglamento 2016/110, que ni se menciona.

¹⁰⁶ Sobre las cuestiones que suscita la determinación de la nacionalidad vid. *Supra* el análisis de los apartados 9 y 10 del art. 9. En particular, respecto del Reglamento, vid. A.L. CALVO CARAVA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 ...” loc. Cit. pp. 99 y ss.

¹⁰⁷ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional y régimen económico del matrimonial. O sobre cómo no entender nada de nada (a propósito de la Sentencia de la A.P. de Cádiz de 10 de abril de 2019)”, *REEI*, 39, 2220; P. QUINZÁ REDONDO, “El reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general”. *LA LEY*. Derecho de familia número 17, primer trimestre 2018, 1722/2018.

*trayentes hubiera de regir un sistema de separación*¹⁰⁸. La proclamada superioridad y prevalencia del Derecho común sobre los Derechos civiles especiales, tan españoles como el Código civil, ni se sostiene ni se justifica¹⁰⁹. Ni siquiera la relectura de la remisión a las normas del Derecho internacional privado del artículo 16 CC como una interpretación dinámica, puede servir en este caso de explicación.

93. Para las materias incluidas en el Reglamento, su artículo 32 excluye el reenvío. Para las reguladas por el artículo 9.2 CC, la admisión del reenvío de retorno conforme al artículo 12.2 CC sólo sería admisible en ausencia de elección de ley aplicable por los cónyuges, no nos plantea dudas si esa remisión devolutiva se inscribe en criterios funcionales y respeta los principios de unidad del régimen jurídico de los efectos del matrimonio y de estrecha vinculación con España, lo que se verificaría en relación con la residencia habitual común en España posterior al matrimonio, no así con la celebración del matrimonio en España.

94. La excepción de orden público internacional *ex* artículo 12. 3 CC o, en su caso, *ex* artículo 31 del Reglamento¹¹⁰, desplegará su virtualidad en los supuestos en que el ordenamiento aplicable a los efectos del matrimonio o las relaciones económicas entre cónyuges implique cualquier discriminación por razón de sexo, raza o religión.

V. La Ley aplicable a la filiación La representación legal y las medidas de protección de los menores

95. Como hemos señalado, con datos definitivos de 2022, más del 23% de los niños nacidos en España tiene al menos un progenitor extranjero. Este dato es suficientemente elocuente de la importancia de una adecuada regulación de la filiación en Derecho internacional privado que sirva a sustentar los valores constitucionales, garantizar los derechos de los menores y asegurar el respeto a los distintos modelos de familias. Las sucesivas regulaciones de la ley aplicable en materia de filiación han venido reflejando los valores y principios que han inspirado al legislador en cada momento en este ámbito¹¹¹. Mientras se aprueba el proyectado *de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*¹¹², el artículo 9.4 CC permanece vigente, en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

96. La redacción originaria, el Código civil carecía de norma específica sobre la ley aplicable a la filiación englobada en la amplitud de su artículo 9. En la redacción de 1974, acorde a la estricta observancia del principio de la unidad jurídica de la familia, el artículo 9.4 sometía a la ley nacional del padre las relaciones paternofiliales; en su defecto o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, se regirían por la ley nacional de la madre.

97. Entre 1987 y 2015, las dos reformas del apartado 4 del artículo 9 CC instauran la nacionalidad del hijo como conexión para determinar la ley aplicable a la filiación y a las relaciones paternofiliales. En 2015 la residencia habitual del hijo prevalece como conexión primaria sobre la nacionalidad.

¹⁰⁸ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos y derecho interregional español”, en *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 443-463.

¹⁰⁹ Vid., exhaustivamente F. de B. IRIARTE ÁNGEL: *La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes*, Madrid, Dykinson, 2023. Y las consideraciones de R. ARENAS GARCÍA, en este mismo estudio.

¹¹⁰ Vid. A. MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, “Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103”, *CDT* (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 259-285, pp. 276 y ss. f

¹¹¹ De impecable factura y obligada consideración, *cid* la STS de 17 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1282

¹¹² COM (2022) 695. Vid. A. DURÁN AYAGO, “La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido”, con un análisis más allá de lo que sugiere el título, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 1400-1409

De nuevo el legislador ha desatendido los problemas de la sucesión en el tiempo de normas de conflicto, especialmente relevante para relaciones duraderas como lo son las paterno- filiales ¹¹³.

98. El Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, consideró complemento obligado la modificación del apartado correspondiente del artículo 9 del Código Civil sobre Derecho Internacional Privado, buscando además *de eliminar discriminaciones hirientes contra la mujer, establecer una regulación más clara y de fácil aplicación práctica. Con esta finalidad se ha distinguido entre los efectos de toda filiación, incluida la adoptiva, que deben regirse por la ley personal del hijo, como persona más necesitada de protección, y la constitución de la filiación adoptiva.*

99. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dio al artículo 9. 4 CC la siguiente redacción: *El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.* La residencia habitual del hijo rompe la hegemonía de la ley nacional, si bien como conexión subsidiaria.

100. Finalmente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, da una nueva redacción al artículo 9.4 CC. Que permanecerá hasta la aprobación del proyectado Reglamento europeo sobre filiación. El modelo acogido en el artículo 9.4. I CC se ordena en torno a un sistema de conexiones subsidiarias estructuradas jerárquicamente: *La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.* Con esta norma, el legislador opta por un criterio que no solo no privilegia a ninguno de los progenitores, sino que también atiende a la vinculación más estrecha del hijo con el ordenamiento en el que está integrado cuando se haya de determinar la filiación. La nacionalidad del hijo pasa a tener un papel subsidiario. Resultará de aplicación cuando el hijo carece de residencia habitual o cuando la ley del país de su residencia habitual no permite determinar la filiación. Como cláusula de cierre se insta la aplicación de la ley material española en dos supuestos diferentes. El primero, cuando estemos ante la imposibilidad de concretar la residencia habitual o la nacionalidad del hijo. El segundo, cuando la determinación de la filiación no resultase posible en aplicación de la ley de la residencia habitual ni de la nacionalidad del hijo. El objetivo está claro, facilitar el establecimiento de la filiación con un evidente designio de protección. Sin embargo, se trata de una solución técnicamente defectuosa, pues no queda claro si se trata de una aplicación apriorística de la excepción de orden público o de la consideración de las normas españolas como normas internacionalmente imperativas¹¹⁴. También es desacertada la solución del conflicto móvil, al fijarse la conexión en el momento del establecimiento de la fijación se acoge un criterio que requiere de ulterior precisión y que normalmente se concretará en el momento de plantear la acción¹¹⁵. En cuanto al reenvío de retorno ex artículo 12.2CC su admisibilidad no plantea dudas. Sí ha de precisarse que la conexión residencia habitual conducirá, en todo caso, a la aplicación del Derecho civil común o especial donde la misma se concrete¹¹⁶.

101. Establecida la filiación, el artículo 9.4. II CC se ocupa del núcleo de las cuestiones de las relaciones jurídicas entre padres e hijos al determinar la ley reguladora del contenido de la filiación, por

¹¹³ Vi. M. GUZMÁN ZAPATER, "La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. a propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018", *CDT*, (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 624-635, esp. pp. 627 y ss.

¹¹⁴ Exhaustiva y críticamente, vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico*, cit. vol. 4, pp. 72 y ss.

¹¹⁵ Vid. M. GUZMÁN ZAPATER, loc. cit., pp. 629 y ss.

¹¹⁶ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico*, cit. vol. 4, pp. 40 y s.

naturaleza o por adopción, sus efectos y , en particular, al ejercicio de la responsabilidad parental mediante una norma de remisión al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Remisión que se completa y refuerza en el artículo 9.6.1 respecto a la protección de menores. En ambos casos, la ley de la residencia habitual del hijo.

VI. Personas jurídicas

102. La permanencia del artículo 9.11 CC, por su propio tenor, se limita a los postulados que establece. Su eficacia es meramente simbólica, limitada a la enunciación de unos principios generales de escasa eficacia y de valor limitado. En primer término, su ámbito subjetivo cubre a cualquier persona jurídica. En segundo, extiende a las personas jurídicas el concepto jurídico político de la nacionalidad tal y como se utiliza para las personas naturales. Sus bases ideológicas son coincidentes con el objetivo de afirmar la soberanía nacional¹¹⁷. Mantener que *La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad* implica mucho y no dice nada. Implica un criterio único y unitario de sujeción a la soberanía del Estado. No dice nada porque, al margen del debate acerca de si las personas jurídicas ostentan o no una nacionalidad, su consecuencia es baladí ya que, en definitiva, no concreta el criterio de atribución de la nacionalidad. Y de lo que se trata es de aclarar cuál es el criterio en virtud del cual se atribuye la nacionalidad a las personas jurídicas¹¹⁸. Es insignificante porque lo que está en causa es fijar la *lex societatis*, el ordenamiento jurídico *que regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*. Con lo que se formula un tercer principio, el de la unidad del régimen jurídico societario¹¹⁹. Este principio garantiza que todos los aspectos orgánicos de las personas jurídicas quedarán regidos por una única ley. Las condiciones y requisitos para su constitución, la incorporación, separación o exclusión de miembros, partícipes o socios, la transmisibilidad de esta cualidad, las normas relativas a la adopción de acuerdos de los órganos de la entidad, las causas de disolución, reglas de liquidación y la responsabilidad de sus integrantes, partícipes o socios y, en su caso, de los administradores se rigen por la *lex societatis*.

103. Los postulados del artículo 9.11 CC requieren una concreción posterior que para las personas jurídicas *españolas* realizan el artículo 28 CC, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación., el artículo 6 de la Ley 50/2002 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; el artículo 3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. y los artículo. 8 y 9 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹²⁰.

104. En cualquier caso, la cuestión se nos presenta modulada por el principio de reconocimiento mutuo de las personas jurídicas, especialmente de las sociedades, admitido por el TJUE desde la sentencia dictada en el asunto *Überseering*¹²¹. En su virtud, los Estados miembros están obligados a reconocer a las sociedades válidamente constituidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro -que decide sobre su existencia, organización y posición jurídica- incluso cuando estas no tengan un vínculo material con ese otro Estado.

105. La cartografía de los criterios para la determinación de la *lex societatis* supera los límites de este análisis. El arduo debate sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de la teoría de la sede real y la derivada de la existencia de una norma de conflicto oculta que consagraría la teoría de la constitución, a nuestro juicio, ha sido definitivamente resuelto por la STJUE de 25 de abril de 2024, en el asunto

¹¹⁷ Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *La banca extranjera en España: el acceso al ejercicio de la actividad bancaria por los extranjeros en el Derecho español*. Oviedo, Universidad de Oviedo, 191, pp. 12 y ss.

¹¹⁸ A. L. CALVO CARAVACA, "Comentario al art. 9.11" en *Comentarios al Código civil cit.*, , Edersa, pp. 482 y ss

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 292 y ss.

¹²⁰ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico*, cit. vol. V, pp. 284 y ss.

¹²¹ STJUE de 5 de noviembre de 2002, C208/00

C276/22, *Edil Work 2 Srl*. Para el TJUE ni la protección en abstracto de los intereses de los acreedores, de los accionistas minoritarios o de los trabajadores, la prevención del fraude o la lucha contra la evasión fiscal o contra prácticas abusivas son motivos suficientes para imponer a la sociedad la sujeción a la ley de su sede real¹²². Recuerda la sentencia que, *no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa*. Circunstancia que no constituye por sí misma un fraude ni una conducta abusiva.

106. El inciso II del artículo 9.11 CC tiene el mismo sentido que la disposición del inciso precedente. Para las fusiones de sociedades de distinta nacionalidad impone tener en cuenta las respectivas leyes personales. La dicción del precepto se limita a las sociedades. *Tener en cuenta* se traduce en la necesidad de aplicar las leyes personales de las sociedades implicadas para regular la posibilidad y los presupuestos de la fusión transfronteriza¹²³. Para las sociedades de capital, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio¹²⁴, dedica su libro primero a aprobar un nuevo régimen completo de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, tanto las internas como las transfronterizas. La incorporación a nuestro Ordenamiento de la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (Directiva de Movilidad) se ha traducido en un nuevo régimen jurídico de las modificaciones estructurales, es decir la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo, y ello tanto en su dimensión interna, como internacional, sea intracomunitaria o en relación a terceros Estados (artículos 80 a 126). Al incorporar la Directiva de Movilidad, el legislador español ha optado por regular las operaciones de modificación en las que intervengan sociedades de Estados no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, con sujeción al régimen que el previsto para las operaciones intracomunitarias con las adaptaciones necesarias. Una opción del legislador español no exigida por la Directiva de Movilidad y carente de disciplina comunitaria.

Conclusiones

Primera. La reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, en el ocaso de la Dictadura, fue un intento poco exitoso de modernizar nuestro sistema. Sin embargo, desde entonces, el avance ha sido escaso en relación con los cambios sociales y jurídicos, creando un marco normativo que resulta fragmentario, confuso y obsoleto.

Segunda. Las disposiciones del Título Preliminar que regulan la ley aplicable a la persona y la familia son una manifestación de la amalgama, no siempre fácilmente descifrable, en que han devenido las soluciones del artículo 9 CC al combinarse con otras de origen, esencia y características diferentes y, en ocasiones, discordantes. Tanto, que uno de los tópicos del Derecho internacional privado de nuestros días reside en la identificación de cuál sea el instrumento -europeo, convencional o nacional- aplicable para encontrar la ley aplicable -vale la redundancia- en un estado de superposición normativa de inusitada complejidad.

Tercera. Cincuenta años después, lo que de ellas subsiste requiere de un balance de largo plazo, permeado de los cambios sociales y económicos impuestos por la integración europea, las tecnologías digitales y la globalización, cruciales para entender los procesos históricos y evolutivos que moldean en la actualidad la permanencia de las disposiciones del TP en el ámbito de la persona y la familia. Aunque España en el pasado fue un país de emigración, desde finales del siglo XX, la inmigración predomina sobre la emigración.

¹²² Considerandos 42, a 49

¹²³ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico ... cit.*, vol. V, pp. 310 y ss.

¹²⁴ BOE de 29 de junio de 2023

Cuarta. En 1974, la nacionalidad como ley personal se perimetra y comprime por el entonces reconocido principio de unidad jurídica de la familia, afirmación de la *potestas maritalis*, que se tradujo en la prevalencia de la ley nacional del marido en las relaciones entre cónyuges y la del padre en las relaciones paternofiliales. Los distintos apartados del artículo 9 en la redacción de 1974 son coherentes con la comprensión amplia del estatuto personal y expresaban una concreción de la ley personal siempre bajo el patrón de la conexión a la nacionalidad y la preferencia de la correspondiente al varón en aquellos casos y para aquellas instituciones en que era necesaria la precisión.

Quinta. La preferencia de la ley nacional del varón (marido o padre) suponía una ostensible y palmaria contradicción con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Padeciendo una infausta demora de más de 10 años para encontrar respuesta legislativa, pese al empeño perseverante de la doctrina en señalar la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos que daban preferencia a la ley nacional, o de la vecindad civil, del varón sobre la de la mujer. Y si grave fue esta desconsideración del legislador en sede conflictual, no menos grave lo fue en lo que concierne a la regulación de la nacionalidad sumada a la penosa actitud del Centro Directivo que hubiese debido encontrar una interpretación de la Ley 51/1982 que diera una solución para garantizar la igualdad de los hijos ante la Ley y la igualdad entre hombre y mujer en el ámbito de la atribución de la nacionalidad, con su reflejo en la determinación de la ley aplicable.

Sexta. En lo que subsiste de la nacionalidad como ley personal, la vinculación con la soberanía ha perdido toda relevancia a medida que se ha perfilado un razonamiento ligado a la naturaleza jurídico-privada de las cuestiones reguladas y a la función regulatoria, también, de la norma de conflicto, indisoluble de los valores de justicia material que se conjugan con los propios de la justicia conflictual. Hoy, aunque erosionada, la aplicación de la ley nacional se justifica en función de los intereses en causa, al tratarse de una conexión estable y por lo tanto eficiente, que garantiza la aplicación de una única y siempre la misma ley donde quiera que la persona se relacione, expresión de eficacia; y que asegura el respeto a la identidad cultural. La nacionalidad no solo implica una conexión legal con un Estado, sino que también puede ser entendida como una expresión de un vínculo cultural que conecta a las personas con una identidad colectiva, una historia compartida y un conjunto de valores, costumbres y tradiciones que definen a una comunidad, también en la diáspora. La nacionalidad como ley personal también ahorra la autonomía de la voluntad, previniendo así cualquier fraude de ley. La nacionalidad, por lo demás, es una conexión compatible con el Derecho de la UE, al no provocar ningún efecto discriminatorio prohibido por el artículo 18 TFUE.

Séptima. Sin embargo, la nacionalidad como ley personal se ha visto consumida por diferentes motivos. Unos, de naturaleza formal, derivan de la ratificación simple y llana, en el contexto de la denominada euforia internacionalista de los años ochenta y a partir de esa fecha, de un número significativo de Convenios que acogen la residencia habitual como conexión que determina la ley aplicable a instituciones encuadrables en el ámbito material del estatuto personal, especialmente los Convenios concluidos en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. La residencia habitual como conexión también prevalece en los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE que establecen la ley aplicable a instituciones incluidas en el estatuto personal. Otros motivos de índole sustantiva son expresión de los cambios sociales.

Octava. A la pregunta sobre la permanencia de la nacionalidad como ley personal responderemos con la premisa de la vigencia del precepto tamizada con las derivadas de su validez y de su eficiencia a la luz de las circunstancias sociales, que imponen atender a las circunstancias de un país de inmigrantes, en el que la integración exige refuerzos como lo es la consideración de la residencia habitual en tanto que expresión de una estrecha vinculación con el Derecho del país donde se vive. Por otro lado, en el ámbito de la UE la preferencia por la conexión a la residencia habitual, aunque deje espacios para la conexión a la nacionalidad, expone igualmente un principio de ordenación que refuerza la aplicación de la *lex fori*. Preferencia modulada por la afirmación de la posibilidad de elegir entre la ley

de la residencia habitual y la ley nacional, en los términos y condiciones establecidas en los diferentes Reglamentos. Y afinada respecto de aquellas instituciones del estatuto personal, *amplio sensu*, carentes de regulación comunitaria por el principio de reconocimiento, circunscrito por la libertad de circulación. En el Derecho internacional privado de la UE, todavía dista mucho para la consolidación del método del reconocimiento mutuo como solución a la diversidad de modelos y las ineficiencias de las normas de conflicto en relación con la libre circulación de personas. Si acaso y sin perfilar adecuadamente, porque tampoco es tarea de la jurisprudencia, pudiera considerarse que, para el TJUE, en relación con el nombre funciona como método alternativo a la norma de Derecho internacional privado. En otros ámbitos, como el matrimonio igualitario y la determinación de la filiación de momento, sería más correcto hablar de un principio de reconocimiento mutuo que impone el de determinados efectos, sin incumbir directamente a la determinación de la ley aplicable.

Novena. La nacionalidad como ley personal ya no puede considerarse como un principio general de ordenación y, en consecuencia, como un criterio de integración del sistema. En el ámbito del estatuto personal, tal y como se concibe en el artículo 9 del Título Preliminar del Código Civil, la nacionalidad concurre con la residencia habitual. Una concurrencia integrada en las disposiciones del propio articulado del TP fruto de las sucesivas reformas y otras de la superposición normativa en las diferentes reformas acometidas en estos cincuenta años, ha primado una visión fragmentada y asistemática, carente de perspectiva y de calidad dogmática. Epígono de esta forma de proceder es la falta de atención a los problemas de Derecho transitorio y a la solución de las cuestiones que plantea de la sucesión de leyes en el tiempo. Carencia agravada por la sacralización de la Disposición Transitoria Primera del CC, tótem de una jurisprudencia mecanicista poco comprometida con los valores del Derecho internacional privado de nuestro tiempo.

Décima. La residencia habitual se impone como conexión para determinar la ley aplicable a las cuestiones que afectan al Derecho de la persona y la familia, íntimamente relacionados con el entorno social y jurídico en el que se desarrollan sus relaciones personales y familiares. No obstante, no debería procederse a una conexión esquemática y de aplicación automática. Debería, por el contrario, abrirse y subordinarse a una autonomía conflictual, condicionada y limitada, que permitiese la elección entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual, con los debidos correctivos funcionales para evitar problemas de aplicación. Este cambio de paradigma supone un enfoque más inclusivo y adaptado a las realidades migratorias y globalizadas de la sociedad actual, sin perder de vista los vínculos nacionales y las responsabilidades que conlleva la nacionalidad.

A modo de colofón, en sede de conclusiones pudiera resultar obligado un pronunciamiento sobre la necesidad y oportunidad de una Ley especial de Derecho internacional privado. Mi opinión, enfocada *hic et nunc* en el Derecho de la persona y la familia, es abiertamente contraria a un ensayo legislativo de esa entidad. En primer lugar, porque el esfuerzo debería acompañarse de manera muy precisa a los trabajos normativos en curso tanto en la Unión Europea como en la Conferencia de La Haya. En segundo, porque exigiría una previa y depurada coordinación entre las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos; las competencias de las Comunidades Autónomas en estos ámbitos exceden y superan el perímetro del Derecho civil y los títulos competenciales adjetivos ejercen una *vis atractiva* sobre la regulación sustantiva que requerirían un fino ajuste incluso bajo el presupuesto de la competencia exclusiva del Estado para regular los conflictos de leyes. A mi juicio, sería preferible exigir con mayor celo la previsión de las soluciones a los problemas que plantea las situaciones internacionales en los diferentes proyectos normativos, cuyos trabajos prelegislativos y su aprobación parlamentaria se realizan de espaldas a la realidad de una sociedad global y abierta y con cierto desdén hacia una doctrina fecunda, innovadora y actualizada. Por el contrario, entendemos de imperiosa necesidad una Ley de la nacionalidad, que regule todos sus aspectos y dote de coherencia al sistema. Un sistema tejido a partir de la regulación en el Código Civil desarrollado en un entramado de resoluciones, consultas e instrucciones de la Dirección General (ahora) de Seguridad Jurídica y Fe Pública que, sin restarles mérito, es preciso consolidar, clarificar y sistematiza. Para que sea viable, sería clave un debate amplio y participativo.

Las reglas del Título Preliminar del Código Civil en materia patrimonial

The rules of the Preliminary Title of the Civil Code on patrimonial matters

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

Recibido:27.09.2024/Aceptado:14.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2025.9359

Resumen: El artículo 10 del Título Preliminar del Código civil ha sobrevivido tras cincuenta años de vigencia con pocas modificaciones. Pese a la europeización del Derecho internacional privado, muchas de sus reglas siguen siendo aplicables total o parcialmente a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones y derechos reales, tanto en los conflictos de leyes internacionales como, en especial, en los conflictos de leyes internos. La presente contribución pretende dar fe de los ámbitos de pervivencia de sus normas, de sus problemas de aplicación en la actualidad y de su compatibilidad con otras fuentes convencionales y europeas.

Palabras clave: Conflictos de leyes, derechos reales, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales.

Abstract: Article 10 of the Preliminary Title of the Civil Code has survived after fifty years being in force with few modifications. Despite the Europeanization of private international law, many of its rules continue to be totally or partially applicable to the determination of the law applicable to obligations and rights in rem, both in international conflicts of laws and, especially, in domestic conflicts of laws. The present contribution aims to attest to the areas of survival of its rules, their problems of application today and their compatibility with other conventional and European sources.

Keywords: Conflicts of laws, contracts, property and rights in rem, torts

Sumario: I. Introducción. II. Derechos reales. 1. Bienes corporales: A) Regla general. B) Reglas especiales. 2. Bienes incorporales: A) Derechos de propiedad industrial e intelectual. B) Participaciones, acciones, créditos y títulos-valor. III. Obligaciones contractuales. Aplicación de las reglas de los artículos 10.5º y 10.10º a los conflictos de leyes internos. 2 Aplicación de las reglas del artículo 10.5º a los conflictos de leyes internacionales. 3. Reglas especiales: A) Contratos de trabajo. B) Donaciones. C) Interés nacional. D) Representación. IV. Obligaciones no contractuales. 1. Regla general. 2. Cuasicontratos. V. Conclusiones.

1. Introducción

1. Conforme a la clasificación de reminiscencias estatutarias que se observa en el Título Preliminar del Código civil, el artículo 10 se reserva a las cuestiones patrimoniales, indudablemente vinculadas asimismo a la forma de los actos (artículo 11) y a las leyes que rigen los bienes considerados *uti patri-monii* que se contienen en el artículo 9, en particular las referidas al régimen económico del matrimonio, las sucesiones y el estatuto societario.

En un análisis puntual, la pervivencia del artículo 10 del Código civil no sale mal parada, tal vez porque, a diferencia de las muchas reformas que han afectado al estatuto personal, nuestro artículo ha sufrido muy pocas, y en ningún caso el legislador ha caído en la tentación de establecer un diálogo o remisión expresa a textos convencionales y europeos que han venido a recortar en especial el sector de las obligaciones.

Como quiera que desde 1974 no solo muchos convenios y disposiciones europeas han torpedeado el artículo 10 del Código civil, sino que el propio Derecho internacional privado autónomo lo ha erosionado en algunas leyes especiales, procede hacer el diagnóstico de cuánto queda del precepto y, también, de cuánto de lo que queda se adapta a las necesidades de las relaciones privadas de tráfico externo y debe ser reformado, de una manera u otra.

II. Derechos reales

I. Bienes corporales

A) Regla general

2. El artículo 10.1.º del Código civil sigue siendo la regla de base de nuestro sistema para determinar la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes corporales, ya se trate de bienes muebles o inmuebles¹. Su extensión, tanto al régimen de los derechos reales entre las partes como frente a terceros,

¹ Como normas que han matizado o limitado su aplicación, al margen de las que veremos en las reglas especiales, cabe señalar la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales establece para los Estados miembros un contenido determinado de las reservas de dominio pactadas entre vendedor y comprador, que permite al vendedor un auténtico derecho de conservación de la propiedad. Como ha explicitado la STJCE de 26 de octubre de 2006 (As. C-302/05: “Comisión/Italia”) esta Directiva no afecta a la reglamentación de la oponibilidad de las reservas de dominio frente a terceros que sigue siendo exclusivamente nacional. Es, por otra parte, el sentido de la transposición española contenida en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011, que sustituye a la anterior, mantiene el mismo criterio (art. 9). La oponibilidad de los derechos reales en los procedimientos concursales cuenta asimismo con un régimen ajeno al artículo 10.1.º del Código civil: Si resulta de aplicación el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, al igual que ocurría en su predecesor, el Reglamento (CE) 1346/2000, al tratarse de un procedimiento de insolvencia abierto en España o en cualquier otro Estado miembro sobre un deudor cuyo centro principal de intereses se encuentre en la Unión Europea, se sigue una regla material de intangibilidad de los derechos reales sobre bienes del deudor situados en otros Estados miembros distintos al de apertura del concurso. La declaración del concurso universal, sin embargo, provoca la sujeción del destino de los bienes al foro concursal, y previsiblemente implicará la paralización de acciones reales en otros Estados miembros, por lo que las pretensiones que hagan valer derechos reales sobre bienes integrados en la masa deberán resolverse ante el tribunal en que se haya declarado el concurso [STJUE (Sala Primera) de 21 de enero de 2010 (As. C-444/07: “MG Probud Gdynia sp.”)]. El artículo 8 del Reglamento, así como el artículo 10 específicamente para las reservas de dominio, introducen una regla de “inmunidad relativa”, ya que no impiden que se abra un procedimiento territorial de insolvencia en el Estado de situación del bien, siempre que el deudor disponga allí de un establecimiento. Si el deudor no dispone de establecimiento, la inmunidad resulta absoluta, independientemente de las acciones de impugnación de los actos realizados en perjuicio de los acreedores (M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 94-112). Por tanto, la *lex rei sitae* debe determinar la existencia de un derecho real sobre el bien, como condición previa para beneficiarse de dicha inmunidad [STJUE (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016 (As. C-195/15: “SCI Senior Home/Gemeinde Wedemark, Hannoversche Volksbank eG”)]. El Reglamento solo exige que se cumplan determinadas condiciones materiales (art. 8.2.º y 3.º) para que se considere que existe un auténtico derecho real. Cuando no resulte aplicable el Reglamento europeo, singularmente cuando el derecho real recaiga sobre un bien situado en un tercer Estado, la oponibilidad de los derechos reales en los procedimientos de insolvencia habrá de resolverse de conformidad

merece una reflexión crítica. En el Derecho comparado se ha defendido una delimitación diversa entre la *lex contractus* y la *lex rei sitae*, partiendo de la distinción entre las relaciones reales *inter partes* e *inter tertios*. Sin duda, la naturaleza propia de un derecho real es su oponibilidad *erga omnes*; la *lex rei sitae*, como solución ordenadora del mercado, se orientaría básicamente a garantizar la seguridad jurídica de los derechos reales frente a terceros. En consecuencia, si la situación litigiosa enfrenta a las partes contratantes, que discuten acerca de la validez de un derecho de hipoteca, o sobre el momento de la transferencia de la propiedad, o sobre el alcance de una reserva de dominio en caso de impago de uno de los plazos de la compraventa, la ley que mejor garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad de las partes es, sin duda, la *lex contractus*, que se extendería al conjunto de relaciones personales y reales entre partes contratantes. Esta solución, amén de funcional, garantizaría la unidad de la ley aplicable a las relaciones entre las partes, evitaría la sujeción a leyes distintas de aspectos contractuales y reales muy vinculados (transmisión de la propiedad y transmisión de los riesgos), eliminaría los problemas de delimitación con la propia *lex contractus* y, coincidiría, además, con la propia tendencia del sector de la competencia judicial internacional orientado a considerar como “personales” las acciones reales y reivindicatorias ejercidas entre partes vinculadas por un contrato o un *trust* sobre bienes muebles o inmuebles². Así se ha entendido, por ejemplo, en el artículo 99 del Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés.

Sin embargo, el sistema español no deja lugar a dudas: tanto las relaciones reales frente a terceros, como entre las partes, quedan regidas por la *lex rei sitae* [SAP de Burgos (sección 3.ª) núm. 47/2011, de 8 de febrero]. Esta conclusión se infiere de una interpretación sistemática del artículo 10.1.º, concretamente de la regla especial contenida en el último párrafo, acerca del régimen de los bienes en tránsito. Dicha regla especial introduce una modificación a la ley aplicable a las relaciones reales entre las partes que contratan sobre un bien en tránsito, sin referencia alguna a las relaciones frente a terceros. Dicha modificación consiste en entender que la *lex rei sitae* será en tal caso la ley de expedición o de destino, dependiendo de una serie de circunstancias. En sentido contrario, no cabe más que una conclusión: cuando las partes contraten sobre un bien que no esté en tránsito, sus relaciones reales han de regirse por la *lex rei sitae*, sin que la *lex contractus* tenga la mínima virtualidad sobre la adquisición o transmisión de derechos reales por vía contractual.

Más prudencia es aconsejable a la hora de barajar una reforma del precepto que ayude a resolver las cuestiones que plantea el conflicto móvil, en especial en el caso de los bienes muebles. Aunque quepa establecer algunas reglas generales que suelen funcionar con bastante eficacia, y que el Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés ha optado por recoger en parte (artículos 100 y 101), la variedad de supuestos tal vez aconseja dejar la solución en una vía interpretativa. Por el contrario, acaso convendría introducir una regla de adaptación de derechos reales similar a la contemplada en el propio artículo 61 de la LCJMC en los Reglamentos (UE) 650/2012 (artículo 31), 2016/1103 y 2016/1104 (artículo 29).

B) Reglas especiales

a) Bienes en tránsito

3. La regla contenida en el párrafo tercero del artículo 10.1.º del Código civil sigue igualmente plenamente vigente. Como es sabido, la regla no rige los efectos de tales derechos reales frente a terceros, pero resulta más problemático determinar si abarca cualesquiera actos de constitución de derechos

con los criterios previstos en el artículo 723 del Texto Refundido de la Ley Concursal, según el cual “[l]os efectos de la declaración de concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase de la masa activa, comprendidos los conjuntos de bienes y derechos cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de este. La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio”, en el caso de bienes inmuebles o bienes sometidos a registro la oponibilidad se regirá en todo caso por la ley del lugar de su situación o registro (art. 725). En consecuencia, corresponde a la *lex rei sitae* precisada en el momento de declararse el concurso determinar el alcance, condiciones y grado de oponibilidad de los derechos reales en los procedimientos de insolvencia.

² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Cívitas, 1993, pp. 96-100.

reales sobre bienes en tránsito entre partes contratantes (por ejemplo, la constitución de una hipoteca), o únicamente los actos de carácter traslativo, además del transporte (compraventa, prenda con desplazamiento, venta en garantía...). La interpretación más razonable apunta a la aplicación de la regla especial a cualquier constitución de un derecho real entre dos partes contratantes, al margen que una de ellas sea o no “destinatario” o “adquirente”, sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, esta dificultad añada argumentos a favor de una sujeción genérica de las relaciones reales *inter partes* a la *lex contractus* que evitaría asimismo las dudas sobre el juego, en la práctica, de la ley de expedición y de la ley de destino y facilitaría la transparencia en los supuestos de cadenas de transmisiones o disposiciones múltiples durante el tránsito.

b) Medios de transporte y equipos móviles

4. También el artículo 10.2º. del Código civil mantiene su vigencia casi intacta³. Dicho precepto tiene presente la existencia de los “bienes supermuebles” o medios de transporte, cuya razón de ser implica su constante movimiento. Por su finalidad, la ley del lugar de situación física deviene una conexión ficticia, que traiciona su propio objetivo de garantizar la seguridad del tráfico. La ley más previsible, tanto para las partes como para los terceros, es, indudablemente, la ley del país de abanderamiento, matrícula o registro, ya se trate de buques, aeronaves, ferrocarriles o medios de transporte por carretera.

El legislador español, sin embargo, ha optado por excluir de la regla especial a los automóviles y otros medios de transporte por carretera, que quedan sometidos a la regla general de la *lex rei sitae* física. Las razones de esta escisión radican no tanto en la inestabilidad o manipulabilidad de la matriculación de los medios de transporte por carretera, como en una razón práctica puesta de manifiesto por el dictamen del Consejo de Estado a este precepto: la configuración de España como una potencia turística que implica la entrada masiva en nuestro territorio de vehículos automóviles, y la consiguiente conveniencia, algo espuria, de controlar su régimen real a través de la aplicación de la ley española como *lex rei sitae*. La peregrina justificación aconsejaría plantearse, *de lege ferenda*, la extensión de la ley de la matriculación a los vehículos automóviles.

c) Bienes destinados a la exportación

5. El mismo principio que justifica la regla especial sobre bienes en tránsito se ha esgrimido para justificar la aplicación de la ley de destino, como *lex rei sitae*, a la constitución de derechos reales sobre bienes destinados a ser exportados. El supuesto es diferente, en la medida en que en el momento de dis-

³ Por lo que se refiere a los derechos reales de garantía constituidos sobre buques, España ha denunciado el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a privilegios e hipotecas marítimas hecho en Bruselas el 10 de abril de 1926 por nota verbal de 25 de mayo de 2004, por lo que este Convenio dejó de aplicarse en España a partir del 27 de mayo de 2005. En su lugar, España ratificó el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, que establece un sistema de reconocimiento internacional de estas garantías, al que se remite el artículo 122 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en cuyo artículo 143 se establecen condiciones específicas para la ejecución de hipotecas constituidas sobre buques extranjeros. La aplicación de la ley de abanderamiento del buque no elimina, además, los conflictos de nacionalidades relativas al abanderamiento del buque, que trata de evitar el artículo 91 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. También trata de evitar el art. 96 de la Ley los supuestos de conflicto móvil en caso de cambio temporal de abanderamiento o pabellón, que queda condicionado para los buques abanderados en España a la previa cancelación de garantías y cargas reales que recaigan sobre el buque. Debe tenerse en cuenta, además, que España es parte del Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, en vigor desde el 1 de octubre de 2013, y en el que participan más de cincuenta Estados. El Convenio regula la constitución y los efectos de garantías internacionales sobre células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial, que se extiende al producto por su indemnización. El Convenio es aplicable cuando en el momento de celebrar el contrato de garantía internacional el deudor se encuentra en un Estado parte (establecimiento, residencia, sede social, sede real...). El convenio regula el mecanismo de constitución y registro de garantías internacionales sobre dichos bienes, así como sus efectos tanto *inter partes* como frente a terceros. En los aspectos no contemplados por el Convenio serán de aplicación la ley designada por las reglas de Derecho internacional privado del foro, aunque el Convenio contiene disposiciones sobre remisión a un sistema plurilegislativo (art. 5).

poner de dichos bienes no se hallan en tránsito, sino en el país del expedidor u origen. En las operaciones de exportación-importación, el acto dispositivo tiene como consecuencia inmediata el traslado de dicho bien a otro Estado. En el momento de contratar, los bienes se encuentran estáticos en el país de origen, por lo que la regla general llevaría a la aplicación de dicha ley donde se encuentran los bienes en el momento de perfeccionarse el título o celebrarse el acto de disposición sobre los mismos. Dicha ley, sin embargo, conduce a una localización efímera, por cuanto los bienes están destinados a ser inmediatamente trasladados al país del adquirente o importador. La aplicación de la ley de destino como *lex rei sitae* se acomoda mucho mejor a la función ordenadora del mercado y de seguridad del tráfico que caracteriza dicha conexión: la ley de destino es la ley de la situación previsible para ambas partes, designa el mercado afectado o donde se va a integrar dicho bien, permite al titular de un derecho real su adaptación a las exigencias de la ley de situación posterior que van a determinar sus efectos frente a terceros y las condiciones de oponibilidad, y unifica el régimen de la ley aplicable a las relaciones entre las partes y frente a terceros.

La solución referida goza de un amplio refrendo comparado. En España no existe una norma expresa que especialice el régimen de los bienes destinados a la exportación, ni la jurisprudencia ha tenido ocasión de construir tal solución por vía interpretativa. Sin embargo, como algún autor ha propuesto⁴, nuestro sistema jurídico permite dicha construcción, merced a una aplicación analógica de la regla especial sobre bienes en tránsito del artículo 10.1 III del Cc. del Cc. En efecto, la *ratio* de la norma señalada es eludir la aplicación de la *lex rei sitae* efímera en la regulación de la constitución y cesión de derechos reales entre las partes, que no refleje una vinculación suficiente entre las partes y el bien. Idéntica *ratio* encontramos en el supuesto de bienes destinados *ab initio* a la exportación, en que el lugar de situación inicial puede considerarse como una conexión real insustancial. Tal vez el único escollo radique, precisamente, en el propio contenido del artículo 10.1.III del C.c. del Cc. No hay que olvidar que en dicho precepto la ley de destino (*lex futuris situs*) es solo una alternativa a la ley del lugar de expedición (ley de origen) y que, de hecho, esta última es aún más previsible en el caso de los bienes destinados a ser exportados, que en el caso de los bienes en tránsito. En suma, la interpretación referida llevará en todo caso a la aplicación de la ley de destino, si cabe inferir claramente de las circunstancias del caso o de la propia voluntad de las partes que estas han entendido ubicado el bien en dicho lugar. No ocurrirá así, por ejemplo, cuando el tipo de derecho real adoptado se corresponda con una figura típica de la ley del lugar de expedición, desconocida por la ley del lugar de destino.

d) Bienes destinados a ser explotados en varios Estados

6. En el comercio internacional de bienes de equipo, particularmente en el sector agrícola y de la construcción, es relativamente frecuente la existencia de derechos reales, especialmente de garantía, sobre bienes destinados a ser explotados en varios Estados. Se ha defendido la necesidad de introducir una regla especial a favor de la ley del domicilio del deudor, al resultar la ley en la que se manifiesta el crédito aparente del deudor⁵. La asunción de esta regla espacial en el sistema español plantea serios problemas. De un lado, las reglas especiales analizadas sobre bienes en tránsito o destinados a ser exportados reducen su eficacia a las relaciones entre las partes, en tanto que la solución que ahora analizamos se extendería al terreno más sensible de las relaciones frente a terceros. Es cierto que en los medios de transporte la regla especial abarca asimismo las relaciones frente a terceros, pero en este caso se ampara en unas condiciones de publicidad que vienen determinadas por la propia matrícula, pabellón o registro. Por otra parte, en las relaciones entre las partes, la ley del domicilio del deudor tampoco encuentra una especial razón de ser, por cuanto es igualmente previsible la ley del lugar donde el bien se halla en el momento de contratar (lugar de expedición), ni puede defenderse, por analogía, una regla basada en la ley de un destino incierto. En consecuencia, cabe predecir la pervivencia del artículo 10.1º. del Código civil en la regulación de la ley aplicable a este tipo de bienes.

⁴ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, "Cosas y Derechos reales", *Derecho internacional privado (parte especial)*, 5ª ed. revisada, Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1993, p. 354.

⁵ Vid. N. BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, pp. 167-168.

e) Bienes culturales

7. La aplicación del artículo 10.1º del Código civil se ve asimismo limitado, e incluso exceptuada, en el tráfico internacional de bienes culturales. De un lado, deben considerarse como normas materiales imperativas, aplicables cualquiera que sea la *lex rei sitae* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2015), los artículos 5 y 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, así como el artículo 5 de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que remite al artículo 5 de la Ley 16/1985. Debe tenerse en cuenta, además, que la Directiva 93/7, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, adaptada por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre establece un procedimiento específico para la restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro de la Unión Europea, y se encuentren en otro Estado miembro, legitimando al Estado de origen para el ejercicio de la acción de restitución contra el poseedor del bien. Dicho régimen se encuentra actualmente refundido en la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012, incorporado en España mediante la Ley 1/2017 de 18 de abril sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea. Conforme al artículo 12 de la Ley, tras su restitución, la propiedad del bien se rige por la ley del Estado requirente. En cierto modo, dicha disposición choca con lo establecido en la norma imperativa del artículo 29 de la Ley 16/1985, que atribuye la propiedad al Estado español por el mero hecho de la exportación ilegal y, en consecuencia, pretende producir sus efectos y resultar aplicada desde el momento en que el bien sale del territorio español y, en consecuencia, antes de su restitución. El régimen europeo se ve reforzado, en todo caso, por las reglas tuitivas establecidas en el Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales.

Por otra parte, España se adhirió al Convenio de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, sobre medidas para prohibir o impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, cuyo régimen de cooperación es perfectamente congruente con nuestra legislación interna. Asimismo, el 1 de noviembre de 2002 entró en vigor para España el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995. El objeto de este Convenio es la restitución y devolución de los bienes culturales que hayan sido robados (capítulo II) o bien exportados ilegalmente (capítulo III), sobre la base de un procedimiento que garantiza la correspondiente indemnización al tercer adquirente de buena fe. El Convenio no prejuzga la aplicación entre Estados parte de cualquier régimen más favorable a la restitución o devolución (art. 9). En el caso de España, su interés se centra específicamente en las relaciones con los Estados parte del Convenio UNIDROIT que no son miembros de la Unión Europea, como pueden ser China, Perú o Brasil, entre otros. Finalmente, el 2 de enero de 2009 entró en vigor en España y una veintena de Estados el Convenio de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001, de gran relevancia para la recuperación, y en su caso incautación, del patrimonio cultural subacuático.

Los valores que subyacente en la normativa especial indicada justifican las propuestas de una corrección interpretativa del artículo 10.1.º que permitiera la aplicación, a dichos bienes, de la *lex originis*, o ley del Estado a cuyo patrimonio artístico o histórico pertenece dicho bien y de donde ha sido trasladado ilegalmente, suponiendo, en suma, una corrección a la regla general y a las soluciones típicas del conflicto móvil

f) Trusts

8. El “*trust*” no puede ser considerado como un simple derecho real, aunque afecte a las facultades características de los titulares de un derecho real: poder de disposición, de uso, eficacia *erga omnes*, etc. El régimen de los bienes es un aspecto central en esta institución de perfiles autónomos, pero tam-

bién el título negocial, familiar, sucesorio, concursal o judicial en que se gesta. Su régimen de Derecho aplicable resulta extremadamente complejo, desde la perspectiva del sistema español, más que por la ausencia de normas específicas, en razón de su carácter desconocido en nuestro Derecho, que, en ocasiones, ha supuesto la negación de plano de efectos al *trust* regido por el Derecho español, aun cuando fuera por falta de prueba suficiente del Derecho extranjero aplicable [STS (sala de lo Civil, sección 1.ª) núm. 338/2008 de 30 de abril]. Por otra parte, la determinación de la ley aplicable no cuenta, como ocurría en la determinación de la competencia judicial internacional, con la ayuda de un régimen convencional específico. España no es parte en el Convenio de La Haya de 20 de noviembre de 1984 sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Por su parte, el artículo 1.h) del Reglamento “Roma I” excluye de su ámbito de aplicación material la constitución del *trust* y las relaciones internas del *trust*. Ciertamente, sí se rigen por las disposiciones del Reglamento las obligaciones que pueda suscribir el *trustee* con terceros, pero el régimen específico de la institución del *trust* se encuentra ayuno de un régimen convencional de Derecho aplicable en el sistema español.

En el *trust inter vivos*, el desconocimiento de la figura en nuestro Derecho obliga a tener en cuenta los diversos aspectos obligacionales, reales, e incluso sucesorios, que presenta la institución y, en consecuencia, una adaptación entre la ley aplicable a los derechos reales, obligaciones contractuales o sucesiones. La dificultad intrínseca de la tarea, así como el anacronismo de ciertas normas que no son más que muertos vivientes (art. 10.5.º del Código civil), han llevado con buen criterio a algunos autores a combinar la delimitación de ciertos aspectos de la institución con soluciones interpretativas de desarrollo judicial.⁶ Conforme a este planteamiento, a todas luces realista, las relaciones internas del *trust* quedarían regidas por la propia ley designada y, en su defecto, a través de una solución basada en la agrupación de contactos relevantes: lugar de administración de los bienes, lugar de residencia o establecimiento del *trustee*, lugar de situación de los bienes objeto del *trust*, etc. La ley determinada conforme a este criterio regulará la validez sustancial de la creación del *trust*, su contenido y efectos respecto del constituyente, *trustee* y beneficiario, la administración y responsabilidad del *trustee*, etcétera. La posición del beneficiario frente a los terceros adquirentes, y la oponibilidad de su propiedad equitativa constituye, sin duda, un aspecto real que debe regirse por la *lex rei sitae*. Al hallarse involucrados terceros, actúan, como ya se analizó, los límites impuestos por el principio de tipicidad, que hacen difícil la transposición del *trust* y sus efectos frente a terceros: así ocurrirá cuando el bien se encuentre situado en España. En segundo lugar, puede estar justificada una intervención de la ley sucesoria cuando en el *trust inter vivos* haya una designación de beneficiarios para el momento de la muerte del constituyente del *trust*, pero no cuando el patrimonio separado se constituye con normalidad en vida del constituyente y no queda acreditado el fraude a los derechos sucesorios.⁷ Incluso, con alcance general, un *trust* puede requerir la aplicación de los límites impuestos por la ley sucesoria a las donaciones, procurando su reducción cuando excedan de la cuota disponible determinada en el momento de la apertura de la sucesión⁸. Ni qué decir tiene que la acción de la ley sucesoria es todavía más limitativa si se trata de un *trust mortis causae* o testamentario, como acreditan la STS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) núm. 338/2008 de 30 de abril y la SAP Jaén núm. 72/2010 de 25 de marzo. En tercer lugar, en los *trust* por razón de matrimonio, la ley aplicable se determinará de conformidad con la ley rectora del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de una eventual intervención de la ley aplicable a las donaciones.

⁶ Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998. Vid. asimismo sobre el particular, M. A. ASÍN CABRERA: “La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1990, pp. 2089-2120; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997. *Id.*, «Cuestiones actuales sobre los trusts testamentarios y el Derecho internacional privado», *AEDIPr.*, t. XIV-XIV, 2014-2015, pp. 523-561. N. UBERTAZZI, “El *trust* en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr.*, t. V, 2005, pp. 199-219; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Madrid, Civitas, 2006.

⁷ SAP de Madrid (sección 25.ª) núm. 226/2015 de 8 de junio de 2015; Auto TS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) núm. de 28 de febrero de 2018.

⁸ No obstante, la SAP Granada (sección 3) núm. 158/2015, de 30 de junio tiene en cuenta el foro de competencia del art. 5.6.º del Reglamento “Bruselas I” para reconocer la liquidación de un *trust* entre los beneficiarios realizada ante los tribunales de Jersey (aun cuando el *trust* tenía por finalidad evitar el coste fiscal de los derechos sucesorios sobre bienes en España) y rechaza una demanda modificativa o preventiva para evitar dicha liquidación basada en la igualdad de los derechos legítimos ante la ley de hijos del causante de dos matrimonios, conforme al Derecho italiano rector de la sucesión.

Siguiendo el modelo del Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés (artículos 107 a 114) una reforma del viejo modelo del Título Preliminar exigiría, desde luego, reservas algunas disposiciones al tratamiento del *trust*.

2. Bienes Incorporales

A) Derechos de propiedad industrial e intelectual

9. El artículo 10.4.º del Código civil pervive asimismo, sobre la base de la *lex loci protectionis* formulada unilateralmente, pero susceptible de bilateralización, por otra parte necesaria, en la medida en que los tribunales españoles pueden ser competentes (*ad ex.* por el foro del domicilio del demandado) para conocer de una acción relativa a la titularidad o a determinados actos atentatorios contra un derecho de propiedad industrial o intelectual, cuya protección se pretende en relación con un determinado país o territorio extranjero. La “protección” abarca el régimen de los aspectos “reales” referidos a la titularidad del derecho de explotación, y el contenido y alcance del derecho. La responsabilidad por daños derivados de su usurpación se regirá, sin embargo, por las disposiciones del Reglamento “Roma II”. Distinta es la cuestión del régimen contractual de cesión de tales derechos o su utilización, que queda sujeto a las normas sobre Derecho aplicable a los contratos en su dimensión estrictamente obligacional (Reglamento “Roma I”), mientras que el art. 10.4.º mantiene su aplicación a cuestiones como la transmisibilidad del derecho y sus condiciones. Las reglas relativas a la competencia desleal o al Derecho de sociedades, junto a la propia *lex contractus*, determinan también la protección de ciertos derechos de propiedad industrial no patentables ni sometidos a un régimen de protección registral, como el *know how* o los *trade secrets*.

10. La territorialidad de las soluciones de Derecho aplicable entraña el riesgo de una desprotección internacional (eficacia meramente estatal) de los derechos de propiedad industrial e intelectual. De ahí el alcance de la cooperación internacional, iniciada a finales del siglo XIX con la creación del Derecho Unionista, que ha dado lugar a un importante número de textos convencionales que tratan de garantizar, de un lado, la eficacia extraterritorial de estos derechos y, de otro, su extensión tanto a titulares nacionales como extranjeros. La inclusión en el Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994 que constituye la Organización Mundial del Comercio, de un Anexo que incorpora el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad industrial e intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo TRIP’s), es un dato concluyente de dicha necesidad. Por su parte, la Unión Europea ha procedido a resolver las exigencias de armonización que imponía el Mercado Único a través de la creación de derechos europeos o comunitarios de propiedad industrial, que tienen la virtud de extender sus efectos a todo el territorio comunitario, a partir de instrumentos registrales con la misma eficacia territorial. Del mismo modo, existe una progresiva armonización de los derechos de propiedad industrial e intelectual a través de directivas. Finalmente, la aplicación territorial de la ley española a la protección de los derechos sobre bienes corporales dentro del territorio español, aumenta el interés por determinar el ámbito de aplicación personal de las disposiciones legales vigentes en nuestro país, así como la integración de estas normas en las exigencias impuestas por el régimen convencional suscrito por España⁹.

⁹ Por lo que se refiere a la propiedad intelectual, el ámbito de aplicación espacial del Real Decreto Legislativo 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por el Real Decreto-Ley 2/2018, de 13 de abril, y por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se regula exhaustivamente en sus artículos 199 a 203. En todo caso, los extranjeros gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte (Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 y el Convenio sobre derechos de autor de Ginebra de 5 de septiembre de 1952), y, en su defecto, lo estén a los nacionales en el país respectivo (art. 199.3.º). Los derechos reconocidos a artistas, intérpretes o ejecutantes españoles y comunitarios, se protegerán cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución. La misma protección amparará a los extranjeros no comunitarios en cualquiera de los siguientes casos: a) cuando tengan su residencia habitual en España; b) cuando la interpretación o ejecución se efectúe en territorio español; c) cuando la interpretación o ejecución sea gravada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a la Ley;

B) Participaciones, acciones, créditos y títulos-valor

11. El artículo 10.1º del Cc contempla la *lex rei sitae* como ley reguladora de los derechos reales sobre bienes corporales, pero no está prevista –o al menos precisada– la conexión cuando se trata de determinar el régimen de los derechos reales sobre bienes incorporeales, tales como derechos de crédito, acciones o participaciones sociales. Con carácter general, la aplicación analógica de la *lex rei sitae* a los derechos reales sobre créditos u otros bienes incorporeales no parece sencilla.

d) cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en la Ley. Igual que en el supuesto anterior, los extranjeros no comunitarios gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte (Convenio de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión) y, en su defecto, serán equiparados a los artistas, intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo (art. 200). Igualmente, existe la reserva referida a la protección concedida por convenios internacionales de los que sea parte España (Convenio de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, y Convenio de Ginebra de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas), y, en su defecto, los extranjeros estarán equiparados a los españoles, cuando éstos lo estén a los nacionales del país en cuestión (art. 201 de la Ley). Finalmente, las entidades de radiodifusión domiciliadas en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea se benefician de la protección establecida en la Ley para sus emisiones y transmisiones, en tanto que las entidades de radiodifusión establecidas en terceros Estados serán protegidas conforme a lo previsto en los Tratados internacionales en los que España sea parte (Acuerdo Europeo contra las emisiones de radiodifusión efectuadas por estaciones situadas fuera de los territorios nacionales, hecho en Estrasburgo el 22 de enero de 1965) (art. 202 de la Ley). Por su parte, la Ley 3/2008 de 23 de diciembre relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original reconoce tal derecho, además de a los españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o de terceros países con residencia habitual en España. Para el resto, el derecho de participación se concede bajo condición de reciprocidad, si en el Estado en cuestión se reconoce a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes (art. 2.2). Debe tenerse en cuenta, además, algunas Directivas comunitarias que afectan al régimen de los derechos de autor (93/82/CEE, 96/9/CE, 2001/29/CE, 2001/84/CE, 2004/48/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2011/77/CE, 2006/116/CE, 2014/26/UE, (UE) 2017/1564, 2019/789, 2019/790), así como el Reglamento (UE) núm. 608/2013. En materia de propiedad industrial, deben retenerse numerosos textos convencionales: Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, que mantiene su compatibilidad con el Tratado sobre derecho de patentes, hecho en Ginebra el 1 de junio de 2000 (PLT); Tratado de Washington de cooperación en materia de patentes de 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 (PCT), modificado el 3 de febrero de 1984 y el 9 de octubre de 2012; Convenio de Múnich sobre concesión de patentes europeas de 5 de octubre de 1973; Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas de 14 de abril de 1891, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. El Convenio de Luxemburgo de 1989 sobre patente comunitaria no está en vigor. Debe tenerse en cuenta, además, los reglamentos europeos 2017/1001, 207/2009, 6/2022 y 1257/2012, 1260/2012, así como las directivas 87/54/CEE, 98/44/CE, 98/71 CE, 2008/95/CE, (UE) 2015/2436. En relación con las patentes, diversos preceptos de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, así como de su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 316/2017 de 31 de marzo, contienen disposiciones referidas a las cuestiones de tráfico externo derivadas de las patentes y de otros derechos de propiedad industrial. Sin duda, lo más relevante de la Ley, desde el punto de vista del tráfico externo, son las disposiciones contenidas en el Título XIV, para la aplicación en particular del régimen de las patentes europeas y del Convenio PCT. Para las marcas internacionales, conviene tener en cuentas los arts. 79 a 86 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, transposición de directivas en materia de marcas, con el fin de transponer las disposiciones de Directiva (UE) 2015/2436. Se establece que siempre que el titular lo solicite expresamente, el registro internacional de una marca efectuado al amparo del Acta vigente en España del Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891, relativo al registro internacional de marcas, extenderá sus efectos en España (art. 79 de la Ley). El nombre comercial será protegido en las condiciones establecidas en el artículo 8 del Acta vigente en España del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 10 de marzo de 1883, siempre que el titular demuestre que lo ha usado en España [STS (Sala de lo Civil) núm. 528/2009, de 16 de julio]. Finalmente, el artículo 4 de la Ley 20/2003, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, legitima para el registro de diseños a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y a las extranjeras que residan habitualmente o tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en territorio español o que gocen de los beneficios del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, así como los nacionales de los Estados miembros de la OMC. Se extiende asimismo a todos los demás extranjeros bajo condición de reciprocidad. El Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) adoptado en el marco de la Ronda Uruguay del GATT de 15 de diciembre de 1993 presenta incidencia tanto en el ámbito de la propiedad intelectual como industrial. Sin afectar al carácter territorial de los derechos, el Acuerdo ADPIC recoge el principio de trato nacional y de nación más favorecida, conteniendo unas normas de protección mínimas, tanto sustanciales como procedimentales. Como texto general presenta un relevante alcance interpretativo tanto del Derecho español como del Derecho europeo [STJCE de 14 de diciembre de 2000 (Ass. C-300/98 y C-302/98: “Dior”) y de 13 de septiembre de 2001 (As. C-89/99: “Schieving-Nijstad”); SAP Barcelona (sección 15.ª) de 17 de enero de 2008].

12. En el caso de las participaciones sociales y acciones no anotadas, se defiende el criterio de aplicación de la *lex societatis*. Respecto de los créditos, el único criterio positivo existente era el establecido en el art. 2 g) del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, partidario de situar los créditos en el centro principal de intereses del deudor cedido, que se circunscribe a la oponibilidad de la garantía frente a la masa del concurso, no a su constitución u otros efectos. El art. 2.9.º viii) del Reglamento 2015/848, que sustituye al anterior, reproduce este criterio, si bien contempla en el apartado iii) una regla especial para créditos relativos a efectivos en cuentas corrientes bancarias, que se entienden ubicados en el país indicado en el IBAN y, en su defecto, en el lugar de establecimiento (administración central) de la entidad de crédito o de la agencia o sucursal en cuestión. También se ha incluido en el artículo 14 del Reglamento “Roma I” una regulación conjunta de la ley aplicable a la cesión de créditos y a la constitución de prendas u otros derechos reales sobre créditos. De esta forma, la constitución y efectos entre las partes de un derecho real de prenda sobre créditos se regirán por la misma ley aplicable al contrato de prenda celebrado entre deudor pignoraticio (cedente) y acreedor pignoraticio (cesionario). Los efectos reales u oponibilidad del derecho de prenda frente al deudor cedido (relaciones entre acreedor pignoraticio y deudor cedido) se regirán por la misma ley que rija el crédito cedido en cada caso¹⁰. No existe, sin embargo, un criterio establecido sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros, acreedores del cedente o cualesquiera otros, distintos al deudor cedido, con la excepción de las reglas puntuales contenidas en los reglamentos europeos en materia de procedimientos de insolvencia y en el artículo 17.3.º del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo.¹¹

¹⁰ Con carácter especial, el capítulo segundo del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública tiene por objeto esencial la transposición de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, cuyo régimen sustantivo está, pues, armonizado en el ámbito de la Unión Europea. El art. 17 contemplaba únicamente la ley aplicable a las garantías financieras sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta. Partiendo del criterio general de la *lex rei sitae* (art. 10.1.º del Código civil), la fórmula consistía en establecer como *situs* de tales valores, tanto a efectos *inter partes* como frente a terceros, la ley del Estado en que se encuentra la cuenta principal. Se trata de un criterio de determinación del *situs* paralelo al del establecimiento de la sociedad cuando el objeto del derecho de garantía es una acción o participación social. Evidentemente, esta regla no resulta aplicable cuando el objeto de la garantía es un crédito sin posibilidad de localización física. La Ley 7/2011, de 11 de abril, modifica el sistema conflictual del Real Decreto-Ley 2/2005 (artículo 2.14), añadiendo un artículo 17.3.º: “Cuando el objeto de la garantía sean los derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado” (*vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. HEREDIA CERVANTES, “La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas”, *Diario La Ley*, núm. 7629, 13-15 mayo 2011). Este precepto, aplicable en el ámbito de las garantías financieras reguladas por el Real Decreto 2/2005, se limita a reproducir la regla del art. 14.2.º del Reglamento “Roma I”, por lo que se refiere a la oponibilidad de la prenda sobre créditos frente al deudor cedido, estableciendo la aplicación de la ley rectora del crédito cedido. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la primacía formal del art. 14.2.º del Reglamento “Roma I”, que es una regla, además, de alcance general a cualquier prenda sobre créditos dentro de su ámbito de aplicación, independiente de su calificación como “garantía financiera”. En este aspecto, pues, el nuevo art. 17.3.º no añade nada a lo ya previsto por una regla de superior jerarquía. Por lo demás, la regla señalada no afecta ni puede aplicarse analógicamente a la ley aplicable a la constitución y relaciones reales entre las partes en el caso de una prenda de créditos, que sigue siendo la establecida conforme al art. 14.1.º del Reglamento “Roma I”. En consecuencia, no cabe utilizar esta norma para proceder a la constitución de una prenda de créditos conforme a la ley rectora de los créditos cedidos, que en todo caso rige únicamente los efectos del derecho de prenda (incluidas las garantías financieras) frente a los deudores cedidos. Todo ello es independiente de que, por razones de conveniencia, las partes decidan someter el acuerdo y la constitución de la prenda de créditos a la misma ley que rija los créditos cedidos, para, de esta forma, facilitar su eventual oponibilidad, unificando el régimen de la ley aplicable

¹¹ En el art. 27 del Reglamento “Roma I” se prevé la futura modificación para incorporar esta cuestión una vez se haya madurado por parte de las instituciones comunitarias, pero en la actualidad permanece la incertidumbre al respecto a pesar de los proyectos presentados, debido a las posiciones encontradas en torno a aplicar, bien la ley del país de residencia habitual del cedente –regla inspirada en el art. 22 del Convenio UNCITRAL de 2001 sobre la cesión de créditos en el comercio internacional–, que es la barajada en los proyectos actuales como regla general, bien la ley que rige el crédito cedido. Tampoco el derecho interno español arroja luz sobre este particular (*vid.* sobre el particular AA.VV., *Cesiones internacionales de créditos (retos presentes y futuros)*, *Dir. Iván Heredia Cervantes y María Jesús Elvira Benayas*, València, Tirant lo blanch, 2023). En el ámbito de las garantías financieras, el nuevo artículo 17.3.º del Real Decreto-Ley 2/2005 transcrito más arriba se decanta, sin embargo, por aplicar la ley rectora del crédito cedido a la oponibilidad de las garantías financieras sobre créditos frente a terceros distintos al deudor. Es posible una extensión analógica, más allá de las garantías financieras reguladas por el Real Decreto-Ley, de este criterio, a falta de ningún otro en el Derecho positivo ni en la jurisprudencia, pero debe contemplarse con prudencia. De un lado, porque la regla general será impuesta tras la reforma del art. 14 del Reglamento prevista en el art. 27, y es posible que el criterio seguido sea la ley del domicilio o residencia del deudor pignoraticio o cedente, en cuyo caso será

13. Por otra parte, la aplicación del artículo 10.3.º del Código civil, circunscrito a la emisión de títulos-valor, seguirá presentando un valor muy residual. De un lado, los títulos cambiarios cuentan con una reglamentación específica en la Ley 19/85, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, a pesar de que en alguna decisión no se haya tenido en cuenta esta especialidad¹². De otro, los títulos-valor emitidos por sociedades mercantiles españolas o extranjeras se someten al régimen derivado de la legislación en materia societaria y de la regulación del mercado de valores.

14. La aplicación del artículo 10.1.º del Código civil sigue, sin embargo, siendo aplicable a una cuestión muy concreta vinculada con la transmisión de títulos-valor, cuestión excluida del artículo 10.3.º, como señala la SAP Barcelona (sección 15ª) núms 40/20, de 24 de abril de 2020 y SAP Barcelona (sección 15ª) 98/2020 de 29 de mayo de 2020. En ocasiones, la entrega material del título-valor es una condición para que las obligaciones a las que sirve se perfeccionen o produzcan efectos. Así, en el Derecho inglés, la entrega material de una letra de cambio es un requisito para que se perfeccione la emisión o nacimiento de la obligación cambiaria. Ciertamente, la validez de la obligación cambiaria tiene su propia ley reguladora, que es la que determina las condiciones de creación, el contenido y efectos de dicha obligación. Si, como ocurre en el Derecho inglés o español, dicha ley exige la entrega material del título. Lo que se trata de determinar, en suma, es si ha habido y cuándo transmisión de la posesión del papel. Pues bien, esta cuestión viene referida a un aspecto real: la posesión de un documento, y no procede la aplicación de regla especial alguna al respecto: la transmisión de la posesión de un documento se rige por la *lex rei sitae* (*lex situs cartae*). El papel de la *lex situs cartae* es particularmente relevante en el caso de los títulos representativos de mercancías, como, por ejemplo, los conocimientos de embarque o las cartas de porte. La *lex situs cartae*, es decir, la ley del lugar donde se encuentra físicamente el título representativo de la mercancía debe determinar en qué momento se entiende producida la entrega del documento del transmitente al receptor, cuestión que rara vez se discute. Ahora bien, una cuestión muy distinta es la que se refiere a los efectos de la transmisión del documento. Acreditada la entrega del documento, de conformidad con la *lex situs cartae*, se suscita la cuestión de determinar si dicha entrega implica transmisión del derecho de propiedad de las mercancías incorporadas al título. Esta cuestión no viene referida a la propiedad o posesión del título, sino de las mercancías representadas, por lo que se registrará, necesariamente, por la ley del lugar de situación de dichas mercancías.

III. Obligaciones contractuales

1. Aplicación de las reglas de los artículos 10.5º y 10.10º a los conflictos de leyes internos

15. El Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) ha venido a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, constituyendo ambos el régimen general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en el sistema español.¹³

contradictoria con la norma del Real Decreto-Ley. En segundo lugar, porque esta cuestión está sometida a las reglas especiales ya previstas en materia de oponibilidad en caso de procedimientos concursales de conformidad con los reglamentos europeos, que pueden alterar la solución prevista con carácter general en el nuevo art. 17.3.º del Real Decreto-Ley. En materia concursal, en efecto, los reglamentos sobre procedimientos de insolvencia sí contiene reglas aplicables a la oponibilidad frente a la masa de derechos reales de garantía aplicables a las prendas de créditos, y una regla general que localiza los créditos en el centro de intereses principales del deudor (art. 2), que puede conllevar, en caso de concurso del deudor pignoraticio, la intangibilidad de los créditos pignorados cuando el deudor cedido tenga su centro principal de intereses en un Estado distinto al de apertura del concurso (artículo 5 del del Reglamento 1346/2000; art. 8 del Reglamento 2015/848).

¹² STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 13 de abril de 1992.

¹³ El Reglamento se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28), por lo que el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, su antecedente, tendrá una aplicación transitoria prolongada respecto en los litigios referidos a contratos celebrados antes de dicha fecha. El Reglamento se aplicará, no obstante, si el contrato celebrado antes del 17 de diciembre de 2009 es objeto de una novación después de esa fecha. La STJUE (Gran Sala) de 18 de octubre de 2016 (As. C-135/15: “*Nikiforidis*”), que sienta esta doctrina, abarca no solo la novación extintiva, sino también la novación impropia o

El Reglamento, sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación a los conflictos de leyes internos (art. 22.2), lo que provoca la aplicación de los artículos 10.5º y 10.10º del Código civil (este último aplicable asimismo a las obligaciones extracontractuales) a los eventuales conflictos de leyes internos que puedan suscitar los diferentes derechos civiles que coexisten en España, cuya posibilidad se incrementa a medida en que se desarrollan estos derechos en materia de obligaciones (*ad ex.* Ley 3/2017 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos]. En contrapartida, para los conflictos de leyes internacionales, el Reglamento “Roma I” tiene un ámbito de aplicación universal, resultando aplicable con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualesquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2). Establece, pues, un sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria. De ahí que la STJUE (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023 (As. C-632/21: “*JF y NS/Diamond Resorts Europe Limited Sucursal en España y otros*”) recuerde que la perentoria aplicación de las disposiciones del Reglamento “Roma I” a contratos en los que ambas partes son nacionales de un mismo tercer Estado, siempre que comporten un elemento de extranjería, advertencia que omite la SAP Málaga (Sala 6.ª) núm. 854/2023 de 15/11/2023.

En consecuencia, *a priori* el artículo 10.5º del Código civil, con sus obsoletas reglas, debería ser tenido en cuenta para regir la ley aplicable a los conflictos de leyes internos en materia contractual, por mandato de lo dispuesto en el artículo 16 del Código civil. Se trata de un sector del ordenamiento en que dichos conflictos existen, aunque en materia contractual la competencia de las Comunidades Autónomas no es absoluta, pues, como puede leerse en el artículo 149.1º.8ª de la Constitución española, el Estado se ha reservado la competencia exclusiva sobre las “bases de las obligaciones contractuales”. El objetivo de esta limitación es garantizar el principio de unidad de mercado, pero la delimitación de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en este ámbito no es clara, debido a la indefinición legal del concepto de “bases de las obligaciones contractuales”.¹⁴

Cataluña es una de las Comunidades Autónomas con mayor desarrollo del Derecho civil propio y ha ido configurando y codificando progresivamente los distintos Libros de su Código civil (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña), dedicando su Libro Sexto al régimen de obligaciones. Por otra parte, como Derecho foral, el Derecho catalán tiene vocación de completitud y autointegración en materia de Derecho civil, tal y como establecen los arts. 111.1 y 111.2 del Código Civil de Cataluña. A título de ejemplo, la prescripción se halla ya contemplada en el Libro I, (artículo 121-20 a 121-24) para obligaciones contractuales y extracontractuales¹⁵, o en Navarra en la Ley 28 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, donde se contemplan asimismo plazos de prescripción que varían respecto del Derecho civil común.

16. La pervivencia del artículo 10.5º del Código civil para los conflictos de leyes internos condena, pues, al Derecho interregional a la aplicación de unas reglas claramente desfasadas y escasamente justificadas. Nótese que ni siquiera existe en el artículo 10 del Código civil una regla específica sobre la ley aplicable a los contratos de consumo. Sin lugar a dudas, una remisión a las normas del Reglamento “Roma I” hubiera sido preferible, de forma similar a la contemplada en el artículo 89 del Proyecto de Ley de Derecho internacional privado en Francia. Se suscita, pues, en qué medida cabe interpretar la remisión del artículo 16.1º del Código civil, no literalmente al artículo 10.5º del Código civil, sino al

modificativa por la que las partes acuerdan una modificación esencial en el contrato anterior: “una modificación de tal envergadura que deba considerarse que se ha celebrado un nuevo contrato después de esa fecha”.

¹⁴ Los perfiles de dicha competencia se han ido construyendo a través de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 71/1982 de 30 de noviembre; 62/1991 de 22 de marzo; 264/1993, de 22 de julio; 14/1998, de 22 de enero), a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes promulgadas en las distintas Comunidades Autónomas con repercusión en el régimen general de los contratos.

¹⁵ El Auto interlocutorio 349/2003 del Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 2003 apuntó la constitucionalidad de las normas sobre prescripción contenidas en el Libro I del Código Civil de Cataluña, cuyo recurso de inconstitucionalidad fue retirado en su momento, por lo que son normas regularmente aplicadas por los Tribunales españoles cuando resulta de aplicación el Derecho catalán.

reglamento “Roma I” en la medida en que contiene las normas vigentes en España para resolver los conflictos de leyes internacionales. La cuestión ha sido planteada asimismo en relación con los convenios de la Conferencia de La Haya que han fagocitado algunas de las reglas contenidas en el Título Preliminar del Código civil¹⁶.

La escasa, pero autorizada, doctrina española que se planteó originalmente la cuestión creyó inviable extender esta remisión a las normas de conflicto convencionales, hecho que precisaría una reforma del artículo 16 que se considera, asimismo, rechazable¹⁷. Desde el punto de vista del Derecho vigente, sigo estimando razonable una interpretación más flexible del artículo 16, conforme tanto a su *ratio original*, como a su finalidad. Conforme al número 3 de la Base 7ª de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, “respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran”. Parece claro que la reforma pretendía una solución analógica entre la solución de conflictos de leyes internos e internacionales, más allá de la referencia concreta a las normas contenidas en el capítulo IV¹⁸. Cerrando el círculo de esta interpretación flexible, y en atención fundamentalmente al espíritu del propio artículo 16, debe entenderse la remisión efectuada por dicho precepto a cualesquiera normas de conflicto que, en el sistema español, regulen los conflictos de leyes internacionales, con independencia de su ubicación sistemática.

Si se admite la inclusión de las normas de conflicto convencionales en la remisión analógica efectuada por el artículo 16 del Código Civil, su aplicación a los conflictos de leyes internos dependería todavía, en primer término, de las propias relaciones existentes entre el tratado y la ley interna, a la luz del artículo 96 de la CE. La relación entre el tratado posterior respecto de la ley anterior se explica en términos de validez, toda vez que se trata de disposiciones con el mismo rango de ley, por lo que el tratado posterior deroga a la ley anterior. En el caso del tratado anterior a la ley, las relaciones no son de validez o jerarquía, de forma que la ley posterior no queda derogada, mientras que el tratado prevalece en virtud de la resistencia pasiva con que le dota el artículo 96 de la Constitución.¹⁹ En el caso del Título Preliminar, los convenios de la Conferencia de La Haya son posteriores a su promulgación, por lo cabría amparar la derogación del artículo 10 del Código civil en lo que se refiere a los conflictos de leyes internacionales y su mero desplazamiento en caso de hipotéticos convenios posteriores. No obstante, esta derogación o desplazamiento como normas de conflictos de leyes internacionales tiene que ser completo para se pueda sustituir a los efectos de la regulación de los conflictos de leyes internos la norma interna por la norma convencional. Y ello depende, de un lado, de la coincidencia de su ámbito de aplicación material. Si la norma autónoma sigue regiendo algunos conflictos de leyes internacionales, resulta difícil

¹⁶ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10, apartado 5”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1995, pp. 625-628. A. SÁNCHEZ LORENZO, “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos”, *REDI*, vol. 45, 1993, pp. 131-148. Una postura más funcional y contraria a la interpretación favorable a la aplicación a los conflictos internos de convenios internacionales y reglamentos puede encontrarse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional», *AEDIPr.*, t. XVIII, 2018, pp. 127-161.

¹⁷ Este es el sentido en que se pronuncia O. CASANOVAS Y LA ROSA, aludiendo a un automatismo indiscriminado y a la falta de reciprocidad en el empeño (*vid.* “El Derecho interregional desde una nueva perspectiva”, *REDI*, vol. 39, 1987-2, p. 484).

¹⁸ Es de señalar que, sobre todo posteriormente a la reforma, las normas de conflicto del DIPr. autónomo han sufrido una cierta dispersión, tanto en otros textos como en el propio Código civil. Llevar a la práctica una interpretación literal del artículo 16 significaría la inaplicabilidad al Derecho interregional, entre otras disposiciones, del artículo 107 del Código Civil, convirtiendo una simple cuestión de ubicación sistemática en una auténtica laguna de reglamentación, consecuencia sin duda absurda y condenada al fracaso. Por otra parte, el artículo 16 del Código Civil ha sufrido asimismo una interpretación flexibilizadora, contraria a su tenor literal. Al igual que la STC 72/1983, de 24 de julio, ha interpretado que la competencia exclusiva del Estado sobre normas de DIPr. no se ceñía exclusivamente al Derecho civil, se ha afirmado por los magistrados L. Díez-Picazo y F. Rubio Llorente, en su voto particular, que la referencia del artículo 16 a los conflictos de leyes internos en el orden civil debe extenderse a la existencia de conflictos de legislaciones en otros órdenes. *Vid.* en este mismo sentido A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 194-196, y J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Art. 16”, *Comentario del Código Civil*, t. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 168.

¹⁹ *Vid.* I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 122-127; J. L. REQUEJO PAGES, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *REDC*, núm. 34, 1992, pp. 41-66, esp. 56-66.

entender que la remisión efectuada por el artículo 16 lo es a una norma convencional que excluye de su aplicación los conflictos de leyes internos y no incluye más que parcialmente los conflictos de leyes internacionales, incluso cuando sí incluye el supuesto concreto al que se refiere el conflicto de leyes interno de que se trate. Por otro lado, en íntima relación con la exigencia anterior la aplicabilidad de los convenios de la Conferencia de La Haya a los conflictos de leyes internos depende, asimismo, de su ámbito de aplicación espacial y, más concretamente, de su carácter universal y eficacia *erga omnes*. Solo en estos casos puede afirmarse que el convenio regula el conjunto de conflictos de leyes internacionales referidos a la materia tratada y, en consecuencia, sólo entonces puede producirse un desplazamiento o derogación global de la norma de conflicto de leyes internacional que implique el desvío de la remisión efectuada por el artículo 16 a la norma de conflicto convencional.

A diferencia de las relaciones entre el Derecho interno y los convenios internacionales, dotados a nivel interno de fuerza de ley, las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho interno son siempre de prevalencia. El principio de primacía del Derecho europeo, tanto en su vertiente normativa como aplicativa, no se explica en términos de jerarquía ni pone en cuestión la validez de las disposiciones del Derecho nacional sobre las que prevalece o a las que desplaza²⁰. Pero al igual que ocurre con los convenios internacionales, puede resultar de interés determinar si el artículo 10.5º del Código civil queda efectivamente vaciado de su alcance en los conflictos de leyes internacionales. El Reglamento se aplica a las obligaciones contractuales o contratos, excluyendo las obligaciones nacidas de una fuente distinta (extracontractuales). El hecho de que se trate de un régimen general justifica la amplia compatibilidad del Reglamento, orientada a facilitar la especialización de las soluciones y su eventual sectorialización. De un lado, el art. 25 contempla dicha compatibilidad con otros textos convencionales multilaterales anteriores que contengan una regulación atinente al Derecho rector de los contratos internacionales. Por su parte, el artículo 23 se apresura a establecer la primacía de las normas de conflicto especiales contenidas en el Derecho derivado, con excepción del sector de los contratos de seguros.

Junto a las cláusulas de compatibilidad propiamente dichas, la delimitación del ámbito de aplicación material del Reglamento contenida en su artículo 1 responde en muchos casos, de forma implícita, a razones de compatibilidad. De hecho, los descartes que se contienen en los apartados 2.º a 3.º de dicho precepto pueden clasificarse en dos grupos: en primer término, aquellas materias cuya exclusión responde a razones de compatibilidad con otros textos; en segundo lugar, aquellas otras que no se incluyen por razones de calificación contractual o de vinculación con sectores del ordenamiento jurídico alejados de los intercambios patrimoniales. Dicha clasificación no es pura, ya que en algunos casos se acumulan ambos motivos. No obstante, si se analizan tales exclusiones con detenimiento, se llega a la conclusión que ninguna de ellas permite amparar la aplicación del artículo 10.5º del Código civil a una obligación contractual con elemento internacional²¹. De esta forma, crecen las posibilidades de invocar una remisión

²⁰ Vid. por todos D. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, 4ª. Ed., Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 357-402; *Id.*, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 263-287.

²¹ La compatibilidad está presente en las exclusiones relativas a las obligaciones cambiarias [art. 1.2 apartado d)], y a los convenios de arbitraje y de elección del foro [art. 1.2 apartado e)]. La exclusión facilita la convivencia del Reglamento con el Derecho uniforme ginebrino en materia cambiaria, que rige en una parte considerable de Estados miembros de la Unión Europea, si bien la propia especificidad del régimen de circulación de los títulos-valor aconsejaba igualmente tal exclusión. El régimen de Derecho aplicable a estas obligaciones se contiene, en España, en la propia Ley 19/85, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (artículos 98 a 105 y 162 a 167). Lo mismo cabe señalar de los acuerdos de elección de fuero y de sumisión a arbitraje. Los primeros cuentan con una reglamentación en los propios Reglamentos “Bruselas I” y “Bruselas I bis” y en el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de fuero, y en cuanto al arbitraje, los Estados parte ya participaban prácticamente en bloque de los Convenios de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras y de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, que se completan en España con lo dispuesto en el artículo 9.6º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En cualquier caso, este mismo hecho también demuestra una tendencia clara en el Derecho europeo hacia una calificación procesal de tales acuerdos, que por sí misma haría aconsejable su exclusión. Idéntica combinación de razones avala el régimen de la constitución de los *trusts* y sus relaciones jurídicas derivadas [art. 1.2 apartado h)], que no encaja fácilmente en un régimen simple de obligaciones contractuales, y cuenta con un texto convencional específico elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. El resto de exclusiones obedece más estrictamente a problemas calificadorios, que provocan asimismo la exclusión del artículo 10.5º del Código civil. Se excluyen los negocios jurídicos y obligaciones vinculados al Derecho de la persona, familia o sucesiones [art. 1.2

funcional del artículo 16 al Reglamento “Roma I”, como cuerpo normativo que incorpora el régimen general de normas de conflictos de leyes internacionales, descartando de esta forma la pervivencia del artículo 10.5º para los conflictos de leyes internos, en suma, certificando su completa defunción

2. Aplicación de las reglas del artículo 10.5º a los conflictos de leyes internacionales

17. La aplicación del artículo 10.5º del Código civil a los conflictos de leyes internacionales es otra lamentable posibilidad que se abre si se admite su vigencia para regir los conflictos de leyes internos. Las normas de Derecho interregional resultan asimismo aplicables a los contratos internacionales en los que resulte aplicable, genéricamente, el Derecho español, a menos que la conexión, por ser territorial, permitiera identificar directamente la ley aplicable entre las que coexisten en España (artículo 22.1º del Reglamento “Roma I”). La designación directa de la ley aplicable no es posible, sin embargo, cuando la ley española resulta aplicable en virtud de una elección genérica al Derecho español, a las leyes españolas o a los Derechos existentes en España conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento. En un caso así, puede parecer justificado que la determinación dentro del Derecho español de la ley aplicable a las obligaciones contractuales controvertidas deba venir determinada por lo dispuesto en el artículo 10.5º del Código civil²². Ciertamente, las partes pueden precisar su elección y establecer su sumisión a las normas del Derecho común español o del Código civil español o a un determinado derecho foral o especial. Estas cláusulas, sin embargo, no son tan frecuentes como en relación con otros sistemas plurilegislativos, como puede ser el británico, donde la elección directa del Derecho inglés es una cláusula frecuente²³.

En consecuencia, una sumisión genérica al Derecho español exigiría, como primera alternativa, la aplicación del artículo 10.5º del Código civil, que es la norma encargada de decidir la aplicabilidad concreta de esos Derechos, que nos llevaría en primer término al Derecho elegido expresamente por las

apartados a) b) y c)]. Se trata de no deslocalizar de su propio ámbito aquellas relaciones jurídicas obligacionales que derivan o traen causa de un vínculo personal, familiar o sucesorio. Quedan fuera, pues, la sucesión contractual, los pactos sucesorios, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, los alimentos entre parientes, etcétera. Sin embargo, es importante determinar la causa concreta del negocio u obligación. El Reglamento no excluye las donaciones entre cónyuges, ni la obligación alimenticia en general, sino solo en cuanto vienen determinadas por razón del matrimonio o parentesco. En otro caso, son consideradas obligaciones contractuales sujetas al propio Reglamento, circunstancia que no está exenta de problemas, pues suscita cuestiones previas de difícil solución, como puede ser la propia licitud de las donaciones y pactos entre cónyuges desligados del vínculo matrimonial. También resulta compartida la tradicional exclusión de las cuestiones de estado civil y de capacidad que realiza el artículo 1.2 en su apartado a) y la exclusión genérica del Derecho de sociedades del artículo 1.2 apartado f). Fuera del artículo 10.5º del Código civil quedan asimismo el régimen de la ley aplicable a la representación y sus efectos [art. 1.2 apartado g)] y los aspectos procesales y probatorios, secularmente sujetos a la *lex fori* [art. 1.3]. En este último caso, conviene recordar que las presunciones legales (art. 18.1.º), la validez formal y la forma *ad probationem* (arts. 11 y 18.2.º), la prescripción y la caducidad [art. 12.1.º apartado d)] tienen una calificación sustantiva que implica su sujeción a las reglas previstas en el Reglamento. El Reglamento añade una referencia novedosa a la exclusión de la responsabilidad precontractual [art. 1.2 i)], motivada más bien por su regulación en el Reglamento “Roma II” que por una cuestión estrictamente calificatoria; y la misma conclusión respecto de la inaplicación del artículo 10.5º del Código civil se extrae de la exclusión de determinados contratos de seguros cercanos al ámbito de la protección y seguridad social [art. 1.2 letra j)].

²² Así se desprende, por ejemplo, de la SAP Navarra de 16 de junio de 1993, de la SAP Álava (sección 1ª) núm. 60/2009 de 13 de febrero, de la SAP Murcia (sección 1ª) núm. 233/2013 de 7 de mayo, de la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) núm. 22/2011 de 26 de mayo, o de la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) núm. 39/2011 de 12 de septiembre. Todas estas decisiones judiciales aplican el artículo 10.5º y 10º del Código civil para resolver sendos conflictos de leyes internas acerca de la ley aplicable a la prescripción contractual.

²³ Las razones de que estas cláusulas precisas no sean habituales en referencia con el Derecho español son varias: En primer lugar, es un lugar común que la elección de la ley aplicable, a tenor del sistema español, únicamente es admisible si se trata de la elección genérica a la ley de un Estado. En caso contrario, la referencia a un cuerpo legal concreto (como podría ser el Código civil español o el catalán) podría interpretarse como una mera incorporación por referencia, y no impediría la sujeción del contrato y del propio cuerpo legal elegido a la ley de un Estado que sería aplicable en defecto de elección. En segundo lugar, dado que la legislación autonómica en materia contractual es limitada, al resultar competencia exclusiva del Estado las “bases” de las obligaciones contractuales, una remisión al Derecho contractual catalán o a cualquier otro derecho foral sería por definición incompleta, debiendo añadirse una sumisión al Derecho común en lo relacionado con esas “bases de las obligaciones contractuales”. Por lo demás, semejante elección sería asimismo equívoca, pues el Derecho común se integra asimismo en el Derecho catalán o de otros territorios como Derecho supletorio.

partes, “siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. En el ámbito interregional español, en efecto, no existe la libertad de elección absoluta que existe en los conflictos de leyes internacionales, en que las partes pueden elegir cualquier Derecho, aunque no presente vinculación con el contrato internacional²⁴. Tampoco cabe en el Derecho interregional español la posibilidad de una elección tácita. En consecuencia, en un contrato interno entre una empresa establecida en Cataluña y otra establecida en Madrid, cuyo contrato debe ejecutarse en Madrid, las partes no podrían elegir el Derecho vigente en Navarra. Ante la imposibilidad de aplicar esta primera regla, paradójicamente se debería acudir a las conexiones subsidiarias. La aplicación de la ley nacional común de las partes contratantes es la primera conexión subsidiaria. En los conflictos internos en España dicha conexión se reconduce a la vecindad civil común (artículo 16.1º del Código civil). En el caso de las personas jurídicas (artículo 9.11º del Código civil) el criterio de nacionalidad se mantiene, por lo que habrá que estar a su sede o domicilio social común. En defecto de vecindad civil común, el artículo 10.5º del Código civil prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual común de las partes contratantes, conexión que resulta igualmente inoperante en muchos supuestos internacionales. De esta forma, como conexión de cierre, el artículo 10.5º del Código civil prevé la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato. Esta es la conexión, por ejemplo, que utiliza la SAP Murcia (sección 1ª) núm. 233/2013 de 7 de mayo para determinar la aplicación de la legislación navarra en materia de prescripción contractual, considerando que el contrato se había celebrado en Navarra. La conexión “lugar de celebración”, además de que puede llevar a una ley extranjera, plantea algunos problemas de interpretación en la contratación entre personas distantes²⁵. Por ejemplo, la SAP Navarra núm. 297/2001 (sección 3ª) de 16 de noviembre utiliza el criterio del lugar de aceptación a los efectos de determinar el lugar de celebración de un contrato interno, en el sentido del artículo 10.5º del Código civil. En otros casos se ha defendido el lugar de la oferta, y si esta no estuviera en España se estaría a la ley del lugar de la aceptación en España.

Una segunda opción para cubrir la laguna del artículo 22.1º del Reglamento “Roma I” sería acudir al principio de proximidad o vinculación más estrecha, descartando cualquier posibilidad de remisión indirecta para resolver los problemas derivados de la remisión a un sistema plurilegislativo²⁶, lo que no sería más que un mal menor. La complejidad y aleatoriedad de estas soluciones constituyen un argumento más en favor de resolver los conflictos de leyes internos directamente a través del Reglamento “Roma I” conforme a las propuestas interpretativas realizadas más arriba o, aún mejor, a través de una reforma legislativa que incorpore una norma de remisión similar a la contenida en el artículo 89 del Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés.

3. Reglas especiales

A) Contratos de trabajo

18. La sustitución del artículo 10.6º. del Civil en materia de contratos laborales por lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento “Roma I” es completa, y se extiende, salvo excepción²⁷, a lo dispuesto

²⁴ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.5º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, p. 638; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978, pp. 295-297. La necesidad de que la ley elegida tenga alguna conexión con el negocio de que se trate no es desconocida en otros sistemas jurídicos. Una parte de la jurisprudencia del *common law* (Privy Council, Canadá) lo mantuvo en ocasiones para evitar que la elección de la ley aplicable no fuera *bona fide and legal* [*Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* (1939, AC, 277, 290)].

²⁵ Vid. *ad ex.* M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 106; M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.5º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 652-653; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978, p. 304; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Sobre la perfección de los contratos y el Código civil”, *Libro homenaje al profesor Juan Roca*, Murcia, 1989, p. 420.

²⁶ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 99.

²⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10, apartado 6º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1995, pp. 694-695.

en el artículo 1.4º del Estatuto de los Trabajadores, a pesar de lo cual muchos de nuestros tribunales siguen empeñados en aplicar el último de ellos a los contratos de trabajadores españoles al servicio del Ministerio de Asuntos Exteriores en las delegaciones diplomáticas en el extranjero²⁸.

La protección del trabajador frente a las cláusulas de elección de la ley aplicable que se desprende del artículo 8 del Reglamento no está presente en el artículo 10.6º del Código civil, aunque podría hipotéticamente existir una interpretación paralela por lo que se refiere al lugar de prestación laboral como conexión subsidiaria. Por otra parte, la competencia exclusiva del Estado contemplada en el 149.1º.7ª de la Constitución reduce a la nada la aplicabilidad de dicho precepto a los conflictos de leyes internos, por lo que puede certificarse su defunción

B) Donaciones

19. Las donaciones, como obligaciones contractuales unilaterales, se someten asimismo al Reglamento “Roma I”, “cuando proceden de un contrato”, tal y como señala el informe explicativo del Convenio de Roma²⁹. Quedarían excluidas, en principio, las donaciones en las que no se requiere para su validez la aceptación por parte del donatario, pues no casarían con el concepto autónomo de “obligación contractual” que podría atribuirse al Reglamento “Roma I”, partiendo de la propia jurisprudencia del TJCE relativa al Convenio de Bruselas. Esta calificación plantea, sin embargo, un círculo vicioso, en la medida en que es preciso determinar la aplicación de una determinada ley para saber si se requiere o no consentimiento del donatario, y si la ausencia de este provoca o no la nulidad de la donación, circunstancias de las que depende, en suma, su calificación contractual y la propia sujeción de la donación a las reglas del Reglamento “Roma I”. La solución más apropiada, siguiendo a P. Jiménez Blanco³⁰, parece ser la aplicación, por la vía del artículo 10 del Reglamento “Roma I”, de la ley rectora de la donación si esta fuera válida. Una vez determinada, dicha ley puede establecer la aceptación del donatario como una condición necesaria, en cuyo caso se aplicará el propio Reglamento y la ley hipotética que determinará su validez, de conformidad con el artículo 10. Si dicha ley mantiene la eficacia de la donación por la simple voluntad del donante, se excluye una calificación contractual y la aplicación del propio Convenio de Roma, procediéndose a determinar la ley aplicable de conformidad con el artículo 10.7º. del Código civil.

20. La pervivencia del artículo 10.7º. del Código civil resulta asimismo dependiente de las exclusiones del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”, en virtud del artículo 1.2.º. La exclusión afecta en primer lugar a las donaciones que traen causa en una relación jurídica de De-

²⁸ El artículo 1.4º del Estatuto de los Trabajadores prevé que “la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo...”. Dicho precepto puede mantener una pervivencia virtual mínima, dependiendo de la interpretación más o menos amplia que se dé al artículo 8 del Reglamento “Roma I”, aunque en ningún caso cabe excluir del Reglamento los contratos celebrados en España entre trabajadores españoles y el Estado español, cuando deben ejecutarse en el extranjero. Además, la norma es en sí misma contraria al Derecho europeo, en cuanto sean aplicables las reglas generales de la libre circulación de trabajadores, independientemente de que el lugar de prestación de servicios sea otro Estado miembro. El principio de igualdad de trato recogido en el TFUE impide la licitud de una norma de extensión que establece la aplicación de una ley distinta a determinados contratos de trabajo, basada exclusivamente en la nacionalidad común española de las partes contratantes, por cuanto que, en idénticas circunstancias, un trabajador extranjero al servicio de una empresa española en el mismo país extranjero vería sujeto su contrato a una ley distinta a la aplicable al trabajador español. Así lo ha establecido el TJCE, precisamente en relación con un contrato laboral entre un trabajador y los servicios exteriores de un Estado miembro de la Unión Europea [STJCE de 30 de abril de 1996 (As. C-214/1996: “*Boukhalfa*”).]

²⁹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones antes y después del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 320-327; N. GOÑI URRIZA, “Ley aplicable a las donaciones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11/2, 2019, pp. 100-116; *Id.*, *Las donaciones en Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, vol. XLIX, 1997-1, pp. 63-89; J. J. PÉREZ MILLA, “Cánones de aplicación de los Reglamentos europeos en la Sentencia de 18 de marzo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 73, Sep. 2019.

³⁰ Vid. “El Derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, vol. XLIX, 1997-1, pp. 63-89.

recho de familia, relativa al régimen matrimonial o a las sucesiones, lo que puede plantear problemas de calificación [SAP Las Palmas (sección 4.^a) núm. 6/2013 de 15 de enero]. Ahora bien, no por ello se excluyen las donaciones entre cónyuges o entre personas vinculadas por parentesco, pues en muchos ordenamientos los contratos y donaciones entre cónyuges son posibles fuera del marco de las relaciones jurídicas familiares³¹. Solo deberán excluirse de su ámbito de aplicación las donaciones entre cónyuges que, de conformidad con la ley rectora de las relaciones entre los cónyuges, se reglamenten y sujeten a disposiciones específicas de las relaciones económicas entre cónyuges.

21. Del mismo modo, las donaciones *mortis causa*, como disposiciones sucesorias, deben quedar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento “Roma I”, y se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012. En principio, las donaciones y liberalidades quedan asimismo excluidas de este Reglamento [art. 1.2 g)], sin perjuicio de que corresponderá a la ley sucesoria determinar el cómputo o reintegro de dichas liberalidades a fin de determinar los derechos sucesorios y las cuotas de los beneficiarios [art. 23.2.º i)], como bien entendió la SAP Las Palmas de Gran Canaria (sección 3.^a) núm. 329/2020 de 15 de julio de 2020. No obstante, la STJUE (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2021 (As. C277/20: “UM y HW, como administrador de la herencia de ZL, Marktgemeinde Kötschach-Mauthen, Finanzamt Spittal Villach”) ha aclarado que los actos y disposiciones que pudieran ser considerados “donaciones”, pero que solo surten efectos con el fallecimiento del causante, se estiman sucesorias e incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Una interpretación similar se lleva a cabo para definir el concepto de pacto sucesorio. Se confirma, pues, la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de las donaciones *mortis causa*, avanzada por M. Fontanellas Morell³², en la medida en que podían entenderse implícitas en el concepto de disposiciones *mortis causa*³³.

El Reglamento “Roma I” conduce a una ley aplicable a las sucesiones bien distinta a la prevista en el artículo 10.7º del Código Civil. En lugar de la ley nacional del donante, el Reglamento “Roma I” permite la sujeción de la donación a la ley elegida por el donante y el donatario (art. 3), y, en su defecto, se regirá por la ley de la residencia habitual del donante, como prestador característico (art. 4.2.º), a menos que la donación recaiga sobre un bien inmueble, en cuyo caso la presunción llevará a la aplicación de la *lex rei sitae* [art. 4.1.º c)]. La especial naturaleza de la figura, y sobre todo la ausencia de carácter oneroso, hace además factible la utilización de la cláusula de excepción (art. 4.3.º) para aplicar la ley de la nacionalidad común de donante y donatario cuando coincide con la residencia habitual del donatario, si bien esta solución es más dudosa en las donaciones de inmuebles.

En todo caso, la pervivencia del artículo 10.7º del Código civil será testimonial más allá de los conflictos de leyes internos, desde el momento en que dicha ley debe conjugarse con los límites y condiciones que impongan, eventualmente, la ley rectora de las relaciones entre los cónyuges y de la sucesión, que como se ha visto pueden ejercer su vis atractiva. De esta forma, la capacidad de donante y donatario son cuestiones de fondo, de limitación subjetiva o condición de las partes, más que de capacidad, que deben quedar determinadas por la ley rectora de la relación jurídica familiar o sucesoria en la que se incluye la donación: la prohibición a los cónyuges de realizar donaciones entre sí no es una cuestión regida por la ley nacional del donante, sino por la ley rectora de las relaciones entre cónyuges. Igualmente, la posibilidad de que el tutor o el padre realice donaciones de los bienes del hijo o persona tutelada depende de lo establecido por la ley rectora de la tutela o de las relaciones paternofiliales, que

³¹ Así, el artículo 1323 del Código civil establece que “el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”, por lo que, desde la perspectiva del sistema español, dichas donaciones son encuadrables en el ámbito obligacional, y en el propio Reglamento “Roma I” y no en el Reglamento (UE) 2016/1102 sobre regímenes económicos matrimoniales [STSJ Catalunya (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a) núm. 23/2019 de 18 de marzo de 2019].

³² Vid. “Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 465-484.

³³ La Res. DGSJyFP de 20 de enero de 2022 se plantea la calificación, en este contexto, de un pacto sucesorio de mejora con entrega de presente, de conformidad con lo previsto en los artículos 214 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Es preciso determinar, pues, en primer lugar, si un determinado pacto o una donación entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012. Si al ser un pacto de mejora con entrega de presente se considera que no encaja en el concepto de pacto sucesorio o donación *mortis causa*, quedaría fuera del Reglamento, como sugiere con alguna cautela esta Resolución a la luz de la jurisprudencia citada del TJUE.

se extiende a las facultades y a la representación legal de tales sujetos. La ley rectora de las donaciones, por su parte determina el contenido de la donación, la posibilidad y condiciones de revocación –con los límites que pueda establecer la ley rectora de las relaciones entre cónyuges–, y el objeto de la donación (bienes susceptibles de donación, posibilidad de donación universal, etcétera), pero queda fuera de su ámbito de aplicación el régimen de transmisión de la propiedad (artículo 10.1º del Código civil) y los supuestos de reducción y colación de las donaciones establecidos por la ley rectora de la sucesión.

C) Interés nacional

22. El artículo 10.8º del Código civil es una de las pocas reglas que ha sido objeto de una reforma legislativa, por lo demás relativamente reciente³⁴. La nueva reglamentación aborda la llamada “doctrina del interés nacional” desde la misma perspectiva unilateral de la redacción original, pero sin restringir la regla a contratos onerosos ni excluirla en caso de referirse el contrato a inmuebles situados en el extranjero. Incorpora expresamente, además, la condición de que el contratante no hubiera conocido la causa de la discapacidad o la hubiera ignorado negligentemente. La influencia del artículo 13 del Reglamento “Roma I” en esta reforma es evidente, y se produce una afortunada coincidencia que minimiza los problemas de delimitación. En la práctica, el alcance universal del Reglamento “Roma I” deja poco espacio para una eventual aplicación del artículo 10.8º., que podría una aplicación más bien teórica en los conflictos de leyes internos.

La concordancia actual, lograda no por remisión, sino a través de lo que podríamos llamar el *Kopiermethode*, plantea en realidad inconvenientes que no habría suscitado una pura remisión al Reglamento “Roma I”, pues obliga a plantearse en qué medida la interpretación del artículo 13 del Reglamento por el TJUE podrá ser trasladada sin más a la interpretación de una norma que sigue siendo autónoma. Debe tenerse presente que el artículo 13 del Reglamento, al igual que la redacción actual del artículo 10.8º del Código civil, deja abierta la cuestión de cómo juega la presunción de buena fe o diligencia razonable del otro contratante. En principio, parece lógico pensar que incumbe al supuesto sujeto sometido a discapacidad alegar y probar que su cocontratante conocía tal discapacidad. No está tan claro, sin embargo, que el juez pueda apreciar libremente la negligencia de la otra parte contratante. Si el contratante conocía o no la causa de la discapacidad es un hecho que debe ser probado, y la presunción general de buena fe ampara la necesidad de prueba por la presunta persona sujeta a una discapacidad. La ignorancia culpable, sin embargo, no depende de la buena o mala fe, sino de una exigencia de diligencia razonable que no se ampara en el principio general de presunción de buena fe. Dicha diligencia se determina a partir de indicios de hecho relacionados con la propia entidad del contratante, las circunstancias de su actividad comercial, las relaciones previas con contratantes de la misma nacionalidad, su actividad comercial exterior, y otras circunstancias que pueden ser valoradas por el propio intérprete.

D) Representación

23. El Reglamento “Roma I” excluye asimismo de su ámbito de aplicación “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica” [art. 1.2. g)]. Tanto el contrato de agencia, como el contrato celebrado por el agente con un tercero, se sujetan a las reglas de Derecho aplicable del Reglamento, que solo excluye de su reglamentación el fenómeno representativo, esto es, la relación entre el tercero y el principal y, en definitiva, si es el principal o el agente quien se obliga frente al tercero y en qué condiciones.

³⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica. Sobre la propia pervivencia de la institución, *vid.* M. J. URREA SALAZAR, “La excepción del interés nacional en el Derecho internacional privado: ¿una realidad extemporánea?”, *Diario La Ley*, N.º 9691, 8 de septiembre de 2020.

En consecuencia, pervive y sigue siendo de plena aplicación el artículo 10.11º del Código civil. En primer término, es posible que el tercero y el principal designen expresamente la ley aplicable, pero no es admisible una elección unilateral por el poderdante, como parece sugerir el AAP de Madrid (sección 10ª) núm. 24/2024 de 24 de enero de 2024. La opción más evidente es permitir una elección de la ley aplicable que conste en el poder de representación suficientemente expresa, de forma que el tercero tenga acceso a su conocimiento y pueda asentir. Dicha posibilidad, sin embargo, no se muestra muy eficiente en términos económicos, como ha puesto de relieve R. Rueda Valdivia³⁵, pues limita las posibilidades negociales y puede provocar fácilmente el desistimiento del tercero, suponiendo un obstáculo a la cristalización de los intercambios. De ahí que siempre resulte más conveniente un pacto de elección de ley aplicable negociado entre representado y agente, bien directamente, bien a través de las instrucciones cursadas por el representado al agente. Ahora bien, ambas soluciones omiten el interés específico que el agente o representante tiene en la solución de esta cuestión, habida cuenta que su propia responsabilidad y obligaciones dependen directamente del régimen de representación elegido. En suma, cualquier sistema de elección debe incorporar asimismo la voluntad del representante, hecho que admite múltiples posibilidades de articulación.

En defecto de elección, el artículo 10.11.º opta por la aplicación de la ley del lugar donde se ejerciten las facultades conferidas, esto es, donde actúa el representante. Dicha conexión está pensada, fundamentalmente, para garantizar la seguridad jurídica del tráfico y la previsibilidad por los terceros, pero suscita numerosos problemas: autorización jurídica del poder, carácter fortuito de la conexión en muchos casos, imprevisibilidad para el representado cuando no coincide con el lugar fijado en el poder, difícil determinación en la contratación entre ausentes... que permiten justificar una orientación de nuestra legislación, *de lege ferenda*, pero también *de lege lata* en la medida de la posible, hacia un criterio general tendente a la ley del establecimiento profesional del agente, sujeto a eventuales correcciones³⁶.

4. Obligaciones no contractuales

1. Regla general

24. Al igual que el Reglamento “Roma I” para las obligaciones contractuales, el Reglamento (CE) núm. 864 del Parlamento Europeo y del de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las

³⁵ Vid. *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998, pp. 132-160.

³⁶ En los últimos tiempos, la aplicación del artículo 10.11º del Código civil viene produciendo importantes quebraderos de cabeza en relación con la eficacia de los poderes de representación otorgados en escritura pública, que pretenden ejercitarse en España, en cuyo caso deben constar en un documento público. La reciente práctica de la DGRN ha obviado esta necesidad en su doctrina laxa sobre la suficiencia y equivalencia de los poderes otorgados en el extranjero, sujetos, de conformidad con el artículo 10.11º del Código civil, a la ley española correspondiente al lugar donde se ejercitan las facultades conferidas [Resoluciones DGRN de 17 de abril de 2017, 6 de noviembre de 2017, 7 de septiembre de 2018 y de 18 de diciembre de 2018; Ress. DGSJyFP de 4 de junio de 2020, 19 de noviembre de 2020, 24 de mayo de 2021, 6 de julio de 2022, 7 de septiembre de 2023 y 21 de febrero de 2024; SAP Málaga (sección 10.ª) núm. 24/2024 de 24 de enero de 2024]. Se trata de una exigencia requerida por el art. 1280.5.º Cc, por lo que debe determinarse con rigor la estricta equivalencia del documento de apoderamiento otorgado en el extranjero con la forma de documento público requerida por la Ley española, so pena de nulidad o ineficacia del acto jurídico celebrado por el representante. Vid. F. J. ARANGUREN URRIZA, “Juicio de equivalencia de poderes otorgados ante notario extranjero”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, n.º 44, 2017, pp. 237-250; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 8-65; J. N. FUGARDO ESTIVILL, “Los poderes extranjeros en la contratación notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 72, 2009, pp. 117-184. A. GARCÍA GARCÍA, “Eficacia de los poderes especiales otorgados ante Notario extranjero: una respuesta al Profesor Sánchez Lorenzo”, *Diario La Ley*, N.º 9427, Sección Tribuna, 3 de junio de 2019; J. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, “Poderes extranjeros y juicios de equivalencia”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, n.º 67, 2017, pp. 303-322; M. P. PASCUA PONCE, “Eficacia en España de un poder de representación otorgado al amparo de un ordenamiento extranjero en la actual legislación y en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 75/1, 2023, pp. 247-271; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley* N.º 9376, de 13 de marzo de 2019; E. TORRALBA MENDIOLA: “Eficacia en España de poderes de representación otorgados ante notario extranjero”, *Bitácora Millenium*, núm. 5/2017.

obligaciones extracontractuales (“Roma II”) constituye el régimen general sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, aplicable a partir de su fecha de aplicación el 11 de enero de 2009 (art. 32) a los daños originados desde esa fecha (art. 31). Se trata asimismo de un Reglamento de aplicación universal (art. 3)³⁷.

El Reglamento prevé, por otra parte, su eventual compatibilidad con disposiciones de Derecho europeo que puedan establecer soluciones conflictuales en sectores específicos de responsabilidad por daños³⁸, y cede frente a la aplicación de convenios internacionales de semejante carácter, a no ser que vinculen exclusivamente a Estados miembros (art. 28). En consecuencia, siguen siendo de aplicación de las reglas especiales contenidas en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, en vigor para España desde noviembre de 1987, y en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor en España desde febrero de 1989.

25. En consecuencia, al igual que ocurre con el artículo 10.5.º del Código civil, el art 10.9.º I (*lex loci delicti commissi*) mantiene una aplicación residual en supuestos de responsabilidad por daños derivados de conflictos de leyes internos –excluidos por el art. 25.2 del Reglamento– y en los conflictos de leyes internacionales excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento. Mientras que la divergencia interregional en materia de daños es más limitada³⁹, las exclusiones del ámbito de aplicación del Reglamento “Roma I” sí pueden presentar cierto interés de cara a la aplicación del artículo 10.9º del Código civil en supuestos transfronterizos.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la mayoría de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento en su art. 1.2.º responden a razones de compatibilidad con otros textos internacionales o de calificación. Son exclusiones “calificatorias” las referidas a las obligaciones extracontractuales que traen causa en las relaciones familiares, matrimoniales o de pareja (uniones de hecho), incluyendo los alimentos, o en el Derecho sucesorio [art. 1.2 a) y b) del Reglamento]. Estas exclusiones no significan en todo caso que sea procedente la aplicación de las normas de conflicto internas en materia de familia o sucesiones del Código civil, pues esta circunstancia dependerá del Derecho interno y del alcance de los textos internacionales y europeos susceptibles de aplicarse. Así, una indemnización o prestación compensatoria en caso de ruptura de una pareja de hecho no registrada puede merecer en España una calificación extracontractual y regirse a través de la ley aplicable según el artículo 10.9º del Código civil.

A su vez, la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas del carácter negociable de los títulos-valor [art. 1.2. c)] o de las relaciones derivadas de un *trust* [art. 1.2. e)] atienden, como en el Reglamento “Roma I”, a una doble razón de especialidad y de compatibilidad con regímenes convencionales existentes en las materias señaladas. La *vis atractiva* de la *lex societatis*, también como en el Reglamento “Roma I”, ampara la exclusión de las obligaciones no contractuales derivadas del Derecho de sociedades [art. 1.2 d)], que pueden suscitar problemas de calificación, como los que afrontó la STJUE (Sala Octava) de 10 de marzo de 2022 (As. C-498/20: “ZK/BMA”): el TJUE debía resolver la

³⁷ Dado que el Reglamento no fija propiamente una fecha de entrada en vigor, sino de aplicación, la STJUE (Sala 4.ª) de 17 de noviembre de 2011 (As. C-412/10: “*Deo Antoine Homawoo/GMF Assurances SA*”) recurre a la regla general del art. 297.1. TFUE para fijar dicha entrada en vigor el 20 de agosto de 2007, veinte días después de su publicación. A renglón seguido, interpreta el artículo 31 por referencia al artículo 32, estimando que el Reglamento se aplica a los hechos generadores del daño producidos a partir del 11 de enero de 2009, esto es, a partir de su fecha de aplicación y no de entrada en vigor, como literalmente reza el artículo 31 y el propio encabezamiento del artículo 32.

³⁸ La caracterización del alcance conflictual del Derecho europeo en materia de daños contenido en las directivas merece, sin embargo, una aproximación muy restrictiva, como demuestra la STJUE (Sala Sexta) de 31 de enero de 2019 (As. C-149/18: “*Da Silva Martins*”). Así, el mero hecho de que una Directiva de armonización contenga una regla de “mínimos” que habilite a los Estados miembros a una extensión de determinadas reglas, en favor de la víctima, no tiene alcance conflictual ni supone una excepción a la aplicación de la ley aplicable determina conforme al Reglamento “Roma I”.

³⁹ Los conflictos de leyes internos en materia de daños son, no obstante, posibles. Así se aprecia, por ejemplo, en la SAP (sección 13ª) núm. 212/2012 de 11 de abril de 2012, en que la determinación de la aplicación de la ley catalana a la responsabilidad por daños de naturaleza extracontractual se fundamenta en la norma de conflicto contenida en el artículo 10.9º del Código civil, aplicada como norma de Derecho interregional. En el mismo sentido puede verse la SAP Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) núm. 330/2012, de 9 de mayo.

responsabilidad extracontractual de una sociedad alemana por vulneración de los deberes de diligencia en el sostenimiento financiero de una sociedad filial neerlandesa, por lo que debía distinguirse “según se trate del deber específico de diligencia derivado de la relación entre el organismo y la sociedad, que no está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II, o del deber general de diligencia *erga omnes*, que sí lo está”, distinción que atañe a la jurisdicción nacional implicada.

Finalmente, se excluyen las obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear, con la excusa de cierto régimen convencional internacional que preside esta materia (Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad en materia de energía nuclear y sus Protocolos modificativos), que con sus normas materiales no agota ni mucho menos los problemas suscitados en este ámbito.

26. No obstante, la pervivencia del artículo 10.9º. del Código civil se produce en uno de los sectores excluidos más relevantes, en que no concurren razones de compatibilidad con otros textos convencionales. Se trata del referido a las obligaciones extracontractuales que se derivan de la violación del honor, la intimidad personal u otros derechos de la personalidad, como la difamación. La explicación es particular, pues en este caso la exclusión no obedece a razones de compatibilidad con otros textos internacionales ni a una cuestión de calificación, sino más bien a las divergencias de modelos y principios en los distintos Estados miembros.

En efecto, durante la tramitación del Reglamento se enfrentaron la aplicación de la regla general del *locus damni* y la posibilidad de incorporar la solución especial propia del Derecho inglés consistente en la *double actionability rule*, consistente en someter la responsabilidad, de forma cumulativa, a la *lex loci delicti commissi* y a la *lex fori*, de forma que basta con que una de ellas exonere de responsabilidad al autor del daño para que no se le impute la responsabilidad. Se trata de un criterio actualmente en desuso en otros ámbitos, salvo precisamente en el de la responsabilidad por daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen) a través de medios de comunicación y prensa. La regla se explica en Inglaterra por el alcance que en dicho país tiene la libertad de prensa. La exclusión, pues, obedeció a la necesidad de incorporar al Reino Unido al Reglamento, por lo que tras el Brexit hay cierta convicción acerca de que la materia podría regresar al Reglamento⁴⁰.

Por el momento, sin embargo, este tipo de daños, tan frecuentes en las relaciones transfronterizas y en el espacio digital, deberá ser resuelto a partir de la norma de conflicto contenida en el art. 10.9º del Código civil, que se refiere lacónicamente a la “ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven” las obligaciones no contractuales. La *lex loci delicti commissi* presenta los mismos problemas de precisión que el *forum delicti commissi*, cuando lugar de acontecimiento causal y lugar de manifestación del daño no coinciden. El Reglamento “Roma I”, alineándose con una concepción más moderna del Derecho de daños sobre la base de la responsabilidad objetiva, ha optado por la aplicación de la ley del país donde se produce el daño (*lex loci damni*), independientemente del país donde se haya producido el hecho generador. Se trata, además, del daño “directo”, del país donde se haya producido la lesión personal o el menoscabo de un bien o propiedad, pues se prescinde de los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho ilícito (art. 4.1.º), tales como los daños morales que padecen las víctimas indirectas o familiares de la víctima de un accidente de circulación [STJUE (Sala Cuarta) de 10 de diciembre de 2015 (As. C-350/14: “*Florin Lazar/Allianz Spa*”). La exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de los daños producidos al honor, la intimidad u otros derechos de la personalidad minimiza, por otra parte, el problema de interpretación que se suscita en aquellos supuestos en que el daño se produce o disemina por varios Estados. Literalmente, la norma plantearía una concurrencia de

⁴⁰ Vid. sobre el particular J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “Jurisdicción competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 89-118; J. J. ÁLVAREZ RUBIO, C. AGUÉS MENDIZÁBAL, I. IRURETAGOYIENA AGIRREZABALAGA Y N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009; M. AMORES CONRADI Y E. TORRALBA MENDIOLA, “Difamación y Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251-265; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa: la reforma del Reglamento Roma II”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 1, febrero 2013, pp. 21-38; *id.* *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 2015; E. TORRALBA MENDIOLA: “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *InDret*, 2012.

distintas leyes aplicables aunque el hecho generador fuera uno, y, de hecho, la doctrina más autorizada⁴¹ da por sentado que procederá la aplicación distributiva de las leyes de todos los países afectados (*Mosaikbetrachtung*).

Establecida la delimitación entre el Reglamento “Roma I” y el artículo 10.9º. del Código civil, la cuestión estriba en determinar en qué medida la interpretación del primero va a condicionar la forma en que se entiende el segundo, de forma que se propenda a leer el artículo 10.9º. del Código civil de forma compatible con los criterios que presiden la aplicación del Reglamento “Roma II”. En nuestro sistema, ni la doctrina ni la jurisprudencia aportan un criterio claro y determinante acerca de la precisión de la conexión contenida en el artículo 10.9º. del Código civil. A favor de la aplicación de la ley del lugar donde se produce el acontecimiento causal apuntan argumentos como la relevancia del acontecimiento causal en la determinación de la culpa, el alcance de la adecuación del autor del daño a las normas de conducta y de seguridad del país donde se produjo el hecho causal, la conveniencia de unificar la responsabilidad de los operadores en torno a una única ley, o el respeto a la previsibilidad del Derecho del responsable. En contrapartida, la ley de manifestación del daño incide en la relevancia del daño como desencadenante de la responsabilidad, la importancia de la ubicación del objeto del daño, la previsibilidad de la víctima, la unidad de la ley aplicable cuando concurren diversos responsables o su mayor adecuación a una concepción más moderna del Derecho de daños en torno a la responsabilidad objetiva. Es fácil que la inercia de la regla general del art. 4 del Reglamento “Roma II” lleve a interpretar de forma consonante el sistema interno, pero no debe olvidarse que su aplicación residual se producirá, precisamente, en el ámbito de los derechos de la personalidad, donde con frecuencia aparecerá un daño diseminado en varios Estados.

Antes de la promulgación del Reglamento “Roma II”, a falta de jurisprudencia ni de criterios claros para optar por uno u otro criterio, la doctrina mantenía la posibilidad de recurrir a la regla de la ubicación que el TJUE ya había sustentado en 1976 en su Sentencia TJCE de 30 de noviembre de 1976 (As. C-21/76: “*Mines de Potasse d’Alsace*”), de forma que la ley aplicable fuera bien la ley del lugar del acontecimiento causal, bien la ley del lugar de producción del daño, a elección del demandante⁴². En opinión de C. I. Cordero Álvarez, este sigue siendo el criterio más razonable en materia de daños derivados de la difamación⁴³. Pero tras la entrada en vigor del Reglamento “Roma II” la precisión contenida en el artículo 4.1º del Reglamento puede ser retenida, por analogía, para interpretar el alcance del artículo 10.9º del Código civil, entendiendo que la *lex loci delicti commissi* en materia de obligaciones

⁴¹ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II””, *Diario La Ley*, núm. 6798 de 11 de octubre de 2007. *Id.*: “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 241-250.

⁴² Vid. M. AMORES CONRADÍ, “Artículo 10.9º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 754-755: “no existiendo argumentos decisivos para preferir uno u otro lugar..., en principio, la regla debe ser la alternatividad: tanto uno como otro lugar puede entenderse, a favor de la víctima, como el ‘lugar del hecho’ del que deriva la obligación”.

⁴³ “1. La regla general contenida en el art. 10.9 Cc debe considerarse como un principio básico de reglamentación que debe concretarse para cada sector extracontractual ante el que se encuentre el tribunal. Esto significa que la tesis de la opción del Derecho aplicable por el perjudicado no debiera ser admisible para todos los sectores de responsabilidad extracontractual sino únicamente en aquellos supuestos en los que la víctima requiera de una especial protección, como es el caso de los derechos fundamentales de la personalidad. 2. La propia Constitución española reconoce el carácter esencial de estos derechos y la protección especial de sus titulares ante su vulneración. En consecuencia, la postura que ofrezca una mayor protección a la víctima parecería la más adecuada y, en este sentido, la norma contenida en el art. 10.9 I Cc puede considerarse como una norma de conflicto materialmente orientada a la protección de los derechos de la personalidad. 3. Cuando la lesión de los derechos de la personalidad se lleva a cabo a través de una cadena de ilícitos, esto es, cuando tanto el acto causal como el resultado dañoso constituyen en sí mismos ilícitos, algunos sostienen que parece que no sería adecuado que operara la *optio legis* para la víctima. Traducido esto a los supuestos de lesión de los derechos en Internet, sería aquel caso en que la propia introducción del material en la red constituyera un ilícito en sí –por ejemplo, la introducción de ciertas fotos comprometidas en Internet, con los que sus consecuencias deberían reglamentarse por la ley del país donde se colgaron las imágenes. Si el resultado dañoso constituye en sí mismo otro ilícito, se regularían por la ley del país donde se difundió el contenido. Esta tesis aunque parece sencilla no es lo tanto en la práctica, pues presenta un claro inconveniente para que opere. Para poder saber si el acto causal constituye o no un ilícito en sí mismo es necesario aplicar un Derecho nacional concreto para calificar, y en virtud del principio de *calificatio ex lege fori*, será el Derecho del foro el aplicable en este sentido. Esto conduciría a distintas soluciones –potencialmente encontradas– dependiendo del foro donde se litigue. No obstante, por lo general, la doctrina mayoritaria concibe la responsabilidad extracontractual como un daño o ilícito único y, en consecuencia, su ley aplicable regula todos y cada uno de los actos que los componen”. Vid. C. I. Cordero Álvarez, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 299-300.

no contractuales se refiere estrictamente a la ley del lugar del producción o manifestación del daño, que se ha utilizado asimismo para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de los daños reputacionales. Así se ha defendido con carácter general en la doctrina y la jurisprudencia españolas⁴⁴.

La cuestión que se plantea, en caso de daños a la personalidad diseminados en varios Estados, es si se mantiene la regla del mosaico contenida con carácter general en el Reglamento “Roma II”, por analogía, de forma que se apliquen tantas leyes distintas como Estados donde se hayan producido daños. El TJUE no se ha pronunciado sobre la aplicación de la regla del mosaico en caso de ley aplicable a los daños a los derechos de la personalidad, precisamente por hallarse excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento “Roma II”, al menos en los supuestos más habituales, que son los referidos a difamación. No obstante, la solución que se barajó en el primer Anteproyecto de propuesta de Reglamento “Roma II”, antes de excluir la materia de su ámbito de aplicación, consistía efectivamente en exceptuar también la regla del mosaico a favor de la aplicación, a todos los daños, de la de la residencia habitual de la persona perjudicada en el momento que se produce el daño⁴⁵. La iniciativa del Parlamento Europeo de 2011 apuntaba en la misma dirección, a favor de la aplicación de la ley del Estado donde los intereses de la víctima se vieran principalmente afectados⁴⁶.

La determinación de la ley aplicable a dichos daños conforme al artículo 10.9º del Código civil exige, pues, interpretar si, *mutatis mutandis*, se aplica la misma excepción a la regla del mosaico que la existente en materia de competencia judicial internacional⁴⁷, de forma que sea aplicable, para todos

⁴⁴ Vid. en este sentido C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 292. Señala a este respecto la autora citada la SAP Las Palmas (sección 3ª) núm. 23/2004, de 20 de enero de 2004, en un supuesto de publicación *online* de documentos referentes a supuestas agresiones sexuales cometidas por el actor contra su hijo. Tanto la competencia judicial internacional como la concreción del Derecho aplicable se determinó mediante la interpretación del criterio lugar del daño como lugar de resultado, localizado en España como domicilio del perjudicado. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ afirman: “el artículo 10.9 Cc. debe interpretarse en sintonía con el Reglamento Roma II y debe aplicarse, exclusivamente, la Ley del país donde se verifica el daño (Lex Damni). No debe darse opción a la aplicación de la Ley del país donde se haya verificado el acto inicial o causal” y citan asimismo la misma sentencia como ilustración: *vid. Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado (El Reglamento “Roma II”)*, Granada, Comares, p. 189.

⁴⁵ Vid. J. ÁLVAREZ RUBIO, “Jurisdicción competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, p. 111. Esta solución viene asimismo avalada por otros autores: M.A. AMORES CONRADI Y E. TORRALBA MENDIOLA, “XI Tesis sobre el Estatuto delictual”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, nº 8; *id.*: “Difamación y Roma II”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, pp. 251-265; C. I. CORDERO ÁLVAREZ: “La Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa: la reforma del Reglamento Roma II”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 1, febrero 2013, pp. 21-38; E. TORRALBA MENDIOLA, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, 2012, nº. 1.

⁴⁶ “Article 5a - Privacy and rights relating to personality: (1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected.”

⁴⁷ STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011 (As. C-509/09 y C-161/10: “*e-Date Advertising/X y Oliver Martínez y Robert Martínez/MGN Limited*”). Dadas las particularidades de los daños a los derechos de la personalidad producidos por la por la difusión de contenidos por Internet, la decisión habilita la posibilidad de que la víctima, siempre que sea identificable directa o indirectamente en tales contenidos [STJUE (Sala Primera) de 17 de junio de 2021 (As. C-800/19: “*Mittelbayerischer Verlag*”)], demande por todos los daños en el lugar donde radique su centro de intereses, que generalmente podrá conducir a su residencia habitual, pero también puede llevar a otro Estado miembro, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro. En el caso de las personas jurídicas, el centro de intereses se determinará igualmente donde su reputación sufra el mayor daño, que será en principio el Estado de su domicilio, salvo que se acredite que la sociedad desarrolla la mayor parte de sus actividades en otro Estado [STJUE (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (Asunto C-194/16: “*Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan/Svensk Handel AB*”)]. El considerando 16.º del Reglamento “Bruselas I bis” parece confirmar esta tendencia, al referirse al principio de proximidad o conexión más estrecha del Reglamento como garantía de seguridad jurídica y resaltar que este aspecto “reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación”. Sin embargo, la STJUE (Sala 1.ª) de 19 de abril de 2012 (As. C-523/10: “*Wintersteiger AG/Sondermaschinenbau GmbH*”) lleva a la conclusión de que dicha excepción solo es aplicable a los daños a los derechos de la personalidad. En el caso, se trataba de una infracción a los derechos exclusivos protegidos por un derecho de propiedad industrial, que por definición presenta una naturaleza territorial. Por ello, el TJUE mantuvo la regla del mosaico, estimando que el demandante debía plantear su demanda ante los tribunales en que dicha

los daños dondequiera que se produzcan, la ley del lugar donde la víctima tiene su centro de intereses o residencia habitual, que señala el lugar del daño principal (a la sazón la ley española) o, por el contrario, se mantiene la regla del mosaico, de forma que se produzca una dispersión de leyes aplicables, que exige aplicar la ley de múltiples Estados a cada mengua de la reputación producida en cada uno de ellos. La excepción a la regla del mosaico debe imponerse, porque de lo contrario se vaciaría el efecto útil de la tutela judicial efectiva que se busca con el foro de competencia judicial concentrado, para todos los daños, en el lugar del centro de intereses principales de la víctima, al requerir una multiplicidad de leyes aplicables inasumible para poder hacer valer los derechos de la víctima. Por otra parte, en caso de que el tribunal aplique la regla del mosaico, la falta de acreditación del contenido de las leyes extranjeras de aquellos Estados donde se haya producido algún daño invocado por la demandante podría llevar a la aplicación subsidiaria de la ley española, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

Por fortuna, hay que agradecer que la aplicación del artículo 10.º del Código civil sea residual. Basta constatar la riqueza y variedad de excepciones y mecanismos de flexibilización a la regla general y la propia delimitación del ámbito de aplicación de la *lex causae* que se desprende de las disposiciones del Reglamento “Roma II”, para comprender que la regla tan elemental como la que proporciona el artículo 10.º del Código civil es inadecuada a las exigencias de una sociedad postindustrial y digital. El diagnóstico es igualmente extensible a los Convenios de La Haya sobre responsabilidad por productos y accidentes por carretera y muy justificadas las voces que claman por su denunci⁴⁸.

marca estaba registrada o protegida, exclusivamente respecto de los daños sufridos en dicho Estado o en cada Estado en que la propiedad intelectual está registrada. El mismo criterio mantienen, para los derechos de autor y la vulneración de derechos de propiedad intelectual e industrial, las STJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 (As. C-170/12: “*Pinckney*”), (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2014 (As. C-387/12: “*Hi Hotel HCF*”), (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2014 (As. C-360/12: “*Coty Germany*”) y (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2015 (As. C-441/13: “*Pez Hejduk/EnergieAgentur.NRW GmbH*”) y respecto de la vulneración de reglas que garantizan la libre competencia la STJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016 (As. C-618/15: “*Concurrence SARL/Samsung Electronic France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*”). La Sent. TJUE (Sala Primera) de 15 de julio de 2021 (As. C-30/20: “*Volvo y otros*”) parece, sin embargo, haber ampliado a otros sectores la doctrina *eDate*, en un supuesto que se refería, en realidad, a la competencia territorial interna de los tribunales españoles, al entender que, en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia internacional y territorial para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares (circunstancia que en el caso implicaba a varias demarcaciones dentro del territorio español), al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa, unificando de esta forma el tratamiento de los daños diseminados por compras realizadas en varios Estados. No parece existir inconveniente para aplicar el mismo criterio en un supuesto de diseminación internacional de las compras de un bien cuyo precio estuviera afectado por un pacto colusorio. Por otra parte, aún en el caso de infracción de los derechos de la personalidad, la víctima puede optar por asimismo por la regla del mosaico y reclamar en cada Estado por los daños parciales producidos en él. En el caso de difamación por internet, el daño se produce potencialmente en cualquier Estado en que sea accesible el contenido publicado en Internet. No obstante, el enorme abanico al que conduce la regla del mosaico no justifica que se pueda plantear en cualquiera de esos Estados una demanda que, más allá de los daños, pretenda la rectificación de la información y la supresión de los comentarios. Dicha pretensión, dada la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal, solo puede intentarse, en virtud del foro especial, ante el tribunal competente para conocer de todos los daños en razón del centro principal de intereses de la víctima [STJUE (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (Asunto C-194/16: “*Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan/Svensk Handel AB*”); Sent. TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021 (As. C-251/20: “*Gfllix Tv/DR*”)]. Cabe reseñar que la La SAP Barcelona (sección 15) núm. 32/2015, de 12 de marzo, ha seguido la doctrina de la sentencia *e-Date Advertising* en el ámbito de la LOPJ, conscientemente contra el criterio europeo en materia de vulneración de derechos de autor y determinación del lugar de daño, sobre la base de distinguir los daños patrimoniales al derecho de autor, de los daños morales (más cercanos a los derechos de la personalidad: “Ello nos lleva a considerar que es razonable aplicar nuestra norma interna en sintonía con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 de octubre de 2011 (casos *eDate* y *Martínez*), al estimar que es la que mejor se acomoda a la naturaleza de los derechos objeto del presente proceso. En suma, estimamos que el concepto ‘hecho ocurrido en territorio español’ incluye el supuesto de que el daño se haya ‘manifestado en nuestro territorio’. Y a su vez, este último concepto, cuando está referido a los derechos morales de autor, permite situar como lugar de manifestación del daño el territorio español, porque es en el mismo donde se produce una doble circunstancia: i) Aquí tienen protección los derechos que se afirman infringidos. ii) Y también en nuestro territorio se produjo el proceso creativo que dio lugar al nacimiento de esos derechos, por ser el lugar en el que desarrolla la actora su actividad creativa”.

⁴⁸ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) núm. 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 505-532; L. GARAU JUANEDA, “La conveniencia de

En este sentido, el Proyecto de Código de Derecho internacional privado francés resulta esclarecedor: por una parte (artículo 94) extiende las reglas del Reglamento “Roma I” con carácter universal, incluso en las materias excluidas por el propio Reglamento. Una disposición de este tipo en un nuevo artículo 10.9º. del Código civil permitiría extender a los conflictos de leyes internos la regulación contenida en el Reglamento “Roma II”. Por otra parte, el Proyecto francés añade un artículo 95 precisamente para tratar el régimen de los daños provocados por los *media*, a partir del criterio de la regla del mosaico, que lleva a la aplicación de cada una de las leyes de un Estado donde se haya dirigido la actividad del responsable del daño; no obstante, si lo que se vulnera es un derecho de la personalidad o el daño deriva de difamación, el Proyecto retoma la aplicación de la única ley del centro de intereses de la víctima, alineándose de esta forma con la doctrina *eDate Advertising* en materia de competencia judicial internacional.⁴⁹

una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 497-504.

⁴⁹ STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011 (As. C-509/09 y C-161/10: “*e-Date Advertising/X y Oliver Martínez y Robert Martínez/MGN Limited*”). Dadas las particularidades de los daños a los derechos de la personalidad producidos por la difusión de contenidos por Internet, la decisión habilita la posibilidad de que la víctima, siempre que sea identificable directa o indirectamente en tales contenidos [STJUE (Sala Primera) de 17 de junio de 2021 (As. C-800/19: “*Mittelbayerischer Verlag*”), demande por todos los daños en el lugar donde radique su centro de intereses, que generalmente podrá conducir a su residencia habitual, pero también puede llevar a otro Estado miembro, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro. En el caso de las personas jurídicas, el centro de intereses se determinará igualmente donde su reputación sufra el mayor daño, que será en principio el Estado de su domicilio, salvo que se acredite que la sociedad desarrolla la mayor parte de sus actividades en otro Estado [STJUE (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (Asunto C-194/16: “*Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan/Svensk Handel AB*”). El considerando 16.º del Reglamento “Bruselas I bis” parece confirmar esta tendencia, al referirse al principio de proximidad o conexión más estrecha del Reglamento como garantía de seguridad jurídica y resaltar que este aspecto “reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación”. Sin embargo, la STJUE (Sala 1.ª) de 19 de abril de 2012 (As. C-523/10: “*Wintersteiger AG/Sondermaschinenbau GmbH*”) lleva a la conclusión de que dicha excepción solo es aplicable a los daños a los derechos de la personalidad. En el caso, se trataba de una infracción a los derechos exclusivos protegidos por un derecho de propiedad industrial, que por definición presenta una naturaleza territorial. Por ello, el TJUE mantuvo la regla del mosaico, estimando que el demandante debía plantear su demanda ante los tribunales en que dicha marca estaba registrada o protegida, exclusivamente respecto de los daños sufridos en dicho Estado o en cada Estado en que la propiedad intelectual está registrada. El mismo criterio mantienen, para los derechos de autor y la vulneración de derechos de propiedad intelectual e industrial, las STJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 (As. C-170/12: “*Pinkney*”), (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2014 (As. C-387/12: “*Hi Hotel HCF*”), (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2014 (As. C-360/12: “*Coty Germany*”) y (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2015 (As. C-441/13: “*Pez Hejduk/EnergieAgentur.NRW GmbH*”) y respecto de la vulneración de reglas que garantizan la libre competencia la STJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016 (As. C-618/15: “*Concurrence SARL/Samsung Electronic France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*”). La Sent. TJUE (Sala Primera) de 15 de julio de 2021 (As. C-30/20: “*Volvo y otros*”) parece, sin embargo, haber ampliado a otros sectores la doctrina *eDate*, en un supuesto que se refería, en realidad, a la competencia territorial interna de los tribunales españoles, al entender que, en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia internacional y territorial para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares (circunstancia que en el caso implicaba a varias demarcaciones dentro del territorio español), al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa, unificando de esta forma el tratamiento de los daños diseminados por compras realizadas en varios Estados. No parece existir inconveniente para aplicar el mismo criterio en un supuesto de diseminación internacional de las compras de un bien cuyo precio estuviera afectado por un pacto colusorio. Por otra parte, aún en el caso de infracción de los derechos de la personalidad, la víctima puede optar por asimismo por la regla del mosaico y reclamar en cada Estado por los daños parciales producidos en él. En el caso de difamación por internet, el daño se produce potencialmente en cualquier Estado en que sea accesible el contenido publicado en Internet. No obstante, el enorme abanico al que conduce la regla del mosaico no justifica que se pueda plantear en cualquiera de esos Estados una demanda que, más allá de los daños, pretenda la rectificación de la información y la supresión de los comentarios. Dicha pretensión, dada la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal, solo puede intentarse, en virtud del foro especial, ante el tribunal competente para conocer de todos los daños en razón del centro principal de intereses de la víctima [STJUE (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (Asunto C-194/16: “*Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan/Svensk Handel AB*”); Sent. TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021 (As. C-251/20: “*Giflix Tv/DR*”). Cabe reseñar que la La Sent. Aud. Prov. de Barcelona (sección 15) núm. 32/2015, de 12 de marzo, ha seguido la doctrina de la sentencia *e-Date Advertising* en el ámbito de la LOPJ, conscientemente contra el criterio europeo en materia de vulneración de derechos de autor y determinación del lugar de daño, sobre la base de distinguir los daños patrimoniales al derecho de autor, de los daños morales (más cercanos a los derechos de la personalidad: “Ello nos lleva a considerar que es razonable aplicar nuestra norma interna en sintonía con

2. Cuasicontratos

27. El Reglamento “Roma II” dedica dos artículos específicos a la ley aplicable a las obligaciones no contractuales derivadas de la gestión de negocios ajenos sin mandato o autorización (art. 11) y al enriquecimiento injusto (art. 10), pero utilizando prácticamente las mismas conexiones y resultando siempre posible una elección por las partes de la ley aplicable (art. 14)⁵⁰. Tal reglamentación desplaza por completo a la norma de conflicto prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 10.º del Código civil del Código civil. Su inaplicación a los conflictos de leyes internacionales debería ser suficiente para, en virtud de una aplicación funcional de lo dispuesto en el artículo 16 del Código civil, extender su aplicación a los conflictos de leyes internos que, de lo contrario, quedaría condenados a ser resueltos a través de reglas claramente menos adecuadas que las europeas.

Así, el Reglamento “Roma II” es mucho más específico a la hora de establecer un criterio de accesoriadad, que está presente asimismo en las reglas de competencia judicial internacional.⁵¹ Si se trata de una actuación que concierne a una relación previa de las partes –de naturaleza contractual o extracontractual– estrechamente vinculada, se aplicará la *lex causae*, esto es, la misma ley aplicable a la relación jurídica preexistente (arts. 10.1.º y 11.1.º del Reglamento). La norma de conflicto es, a su vez, una norma de remisión a otra norma de conflicto, en este caso, previsiblemente, a las contenidas en el Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable al contrato en cuestión, o, en otros supuestos, a la ley rectora de la relación familiar (sistema autónomo) o extracontractual (“Roma II”) de la que trae causa la gestión o el enriquecimiento. En el caso del enriquecimiento injusto, semejante solución es, asimismo, plenamente consecvente con el régimen de adquisición derivativa de la propiedad en Derecho internacional privado. La transmisión de bienes, en tal caso, se somete a la validez o cualidad del título como una condición o cuestión previa a la determinación del modo de transmisión de los derechos reales. Si el enriquecimiento surge o trae causa en una relación jurídica previa, como es el pago

la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 de octubre de 2011 (casos *eDate* y *Martínez*), al estimar que es la que mejor se acomoda a la naturaleza de los derechos objeto del presente proceso. En suma, estimamos que el concepto ‘hecho ocurrido en territorio español’ incluye el supuesto de que el daño se haya ‘manifestado en nuestro territorio’. Y a su vez, este último concepto, cuando está referido a los derechos morales de autor, permite situar como lugar de manifestación del daño el territorio español, porque es en el mismo donde se produce una doble circunstancia: i) Aquí tienen protección los derechos que se afirman infringidos. ii) Y también en nuestro territorio se produjo el proceso creativo que dio lugar al nacimiento de esos derechos, por ser el lugar en el que desarrolla la actora su actividad creativa”.

⁵⁰ Vid. D. MOURA VICENTE, “El enriquecimiento sin causa en el Reglamento Roma II”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 292-305.

⁵¹ Con carácter general parecen englobarse dentro del Reglamento “Bruselas I” los cuasicontratos (art. 7.2.º), bajo la rúbrica de “materia cuasidelictual” con el que son conocidos en una parte de los sistemas europeos, pero esta cuestión es controvertida. El *forum delicti commissi*, en la medida en que permitiría conocer a los Tribunales del lugar donde se llevó a cabo la gestión de negocios ajenos, mostraría una funcionalidad cierta en orden a una correcta organización del proceso. Sin embargo, esta adecuación es solo circunstancial. En el caso de un cuasicontrato distinto, como el cobro de lo indebido, la funcionalidad está en el foro en materia de obligaciones contractuales, que permitiría el conocimiento de los Tribunales donde debe cumplirse la obligación de restitución. Por otra parte, dada la diversa función que el enriquecimiento injusto cumple en los sistemas causalistas y en los sistemas abstractos, debe descartarse una calificación autónoma de la acción de enriquecimiento. Cuando se enmarca, funcionalmente, como un elemento de equilibrio de una relación jurídica preexistente, de tipo contractual, no contractual, cambiaria, o incluso familiar, dicha acción tiende a paliar la naturaleza y alcance de los recursos judiciales específicamente referidos a la relación jurídica preexistente. Teniendo en cuenta este dato, la calificación de dicha relación jurídica preexistente (contractual, extracontractual, cambiaria, familiar...) debería abrir para la acción de enriquecimiento los foros de competencia especiales previstos para dichas relaciones jurídicas, ya sean los de los reglamentos comunitarios o los contemplados en la LOPJ. Esta interpretación viene confirmada por la STJUE (Sala Cuarta) de 9 de diciembre de 2021 (As. C-242/20: “*HRVATSKE ŠUME*”) que considera sujeta a los foros en materia contractual una acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto vinculada con una relación contractual preexistente entre las partes, en concreto, por exceso de pago derivado de la invalidez de un contrato o de su incumplimiento por la contraparte. También parece entenderlo así, aunque con patentes confusiones, la SAP Barcelona (sección 11.ª) de 2 de junio de 1994. Si no existe un título jurídico preexistente, el enriquecimiento adquiere una caracterización específicamente real, basada en la transmisión de la posesión de un bien. Para estos supuestos, en contra de lo afirmado por el TJUE en el asunto citado, deben quedar abiertos asimismo los foros de competencia relativos al ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles o inmuebles, aunque en el marco del Reglamento “Bruselas I” y del Reglamento “Bruselas I bis” el enriquecimiento injusto pudiera englobarse en el concepto de materia “cuasidelictual”. El artículo 7.2.º llevaría, en tal caso, a la competencia de los tribunales donde se produce el hecho dañoso, a saber, el menoscabo patrimonial [SAP Palma de Mallorca (sección 3.ª) núm. 66/2020 de 18 de marzo de 2020].

en exceso de lo adeudado en un contrato, la norma de Derecho aplicable evita además el problema de la calificación, al ordenar la aplicación de la misma ley que rige dicho contrato, como relación jurídica preexistente en virtud de la cual se produjo la transferencia patrimonial litigiosa.

Si no concurre una relación jurídica previa o causal, el Reglamento opta por una ley familiar o previsible para ambas partes: ley de la residencia habitual común en el momento en que se produce el hecho generador del daño o que da lugar al enriquecimiento injusto (arts. 10.2.º y 11.2.º del Reglamento). Se trata de una conexión escasamente justificada en materia de cuasicontratos, pero que puede aceptarse en razón de las legítimas expectativas de ambas partes y en la propia flexibilidad que introduce en su aplicación la cláusula de excepción final, para el caso de que no se considere adecuada

Si no existe dicha residencia común, se contempla finalmente como ley aplicable la ley del lugar en que se llevó a cabo la gestión o donde se haya producido el enriquecimiento injusto (arts. 10.3.º y 11.3.º del Reglamento). Esta última conexión parece asimismo razonable en ambos casos. Para la gestión de negocios ajenos, la aplicación de la ley local parece adecuada al carácter legal de la obligación derivada, amén de conseguir una necesaria unidad de la ley aplicable, pues suele coincidir con el lugar donde se encuentra el patrimonio, el mercado afectado y se producen los eventuales daños o ventajas. En el caso del enriquecimiento injusto, la ausencia de título o relación jurídica preexistente convierte las expectativas reales de las partes en un problema de conservación, transmisión o adquisición originaria (no derivativa) de un derecho real, que necesariamente solo puede ser resuelto por la ley del lugar donde se hallen los bienes (artículo 10.1.º del Código civil) una vez han sido transferidos, es decir, el lugar del enriquecimiento.

Aun así, las reglas especiales contienen cláusulas de excepción que dotan a la reglamentación de la suficiente flexibilidad (arts. 10.4.º y 11.4.º del Reglamento). Por contra, el artículo 10.9.º del Código civil solo retiene soluciones rígidas, coincidentes solo parcialmente con la respuesta más ponderada que ofrece el Reglamento “Roma II”.⁵² De ahí que una reforma global, a la francesa, que contenga una remisión a las reglas del Reglamento sería nuevamente bienvenida.

V. Conclusiones

28. Una conclusión final solo puede testimoniar el implacable paso del tiempo por el artículo 10 del Código civil, hecho que no va en desdoro de las virtudes que mostraba el día de su promulgación, ni tampoco en desagravio de sus defectos originales. El análisis revela que el precepto admitiría retoques, algunos cosméticos y otros más profundos, pero sobre todo revela la necesidad de un debate, nunca olvidado, sobre la conveniencia, por una parte, de una Ley especial de Derecho internacional privado. Los movimientos en el Derecho comparado en esta dirección son inequívocos, y deberían animar al legislador español, y a la doctrina, a plantearse esta hipótesis. Pero, en segundo lugar, y tal vez mucho más acuciante, es decidir si ha llegado por fin la hora de un sistema especial de Derecho interregional, tan a menudo reclamado por la doctrina. La limitación del Derecho internacional privado convencional y europeo a los conflictos de leyes internacionales conduce a la paradoja de seguir aplicando al Derecho interregional unas normas pensadas para los conflictos de leyes internacionales, pero que hoy no se aplican a estos conflictos. Una solución urgente podría pasar, como hemos propuesto, por forzar la interpretación del sistema de forma que permita, al menos, partir de la aplicación a los conflictos de leyes internos de normas menos obsoletas, pero ha de reconocerse que una solución menos paliativa y más sólida, orientada al futuro, pasaría por adoptar normas específicas que tuvieran en cuenta la particularidad de situaciones que solo son relativamente heterogéneas.

⁵² Vid. más en detalle sobre dicho régimen L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable al enriquecimiento sin causa en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998; *Id.*, “El enriquecimiento injusto y sin causa y la calificación autónoma del supuesto de hecho del artículo 10.9 III del Código Civil español”, *RDP*, 1999, pp. 705-722; *Id.*: “Proyección en el sector del Derecho aplicable de las distintas concepciones de enriquecimiento sin causa”, *Anuario de Derecho civil*, 2000, pp. 511-551; A. MARÍN LÓPEZ, “Ley aplicable al enriquecimiento sin causa”, *La responsabilidad internacional*, Alicante, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, 1990, pp. 567-581.

Sucesiones *mortis causa*

Succession *mortis causa*

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ*

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

ORCID: 0000-0003-1282-6638

Recibido: 12.12.2024 / Aceptado: 14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9360

Resumen: El carácter *erga omnes* del Reglamento europeo 650/2012 y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros implica que las autoridades españolas, para determinar la aplicable a la sucesión *mortis causa*, aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento europeo 650/2012 y no el art. 9.8 Cc. El art. 9.8 Cc. sólo resulta actualmente aplicable a supuestos de Derecho interregional, a los supuestos sucesorios relativos a la sucesión de las personas que hayan fallecido antes del 17 agosto 2015, y a la posible resolución del concreto Derecho material sucesorio aplicable cuando el Derecho español es la *Lex successionis*. Su ámbito, por tanto, se ha visto muy reducido en favor del Derecho europeo conflictual sucesorio, incluso en la determinación del Derecho material sucesorio español concreto aplicable. Sobre la base de esta premisa se estudia el art. 9.8 Cc. del Título Preliminar español, que, aunque de forma subsidiaria, continúa aún en vigor.

Palabras clave: art. 9.8 Cc., ley aplicable a la sucesión internacional, Derecho internacional privado español, Título preliminar del Cc., Reglamento europeo 650/2012.

Abstract: The *erga omnes* nature of European Regulation 650/2012 and the primacy of EU Law over the domestic law of the Member States implies that the Spanish authorities, to determine what is applicable to the succession *mortis causa*, will apply the conflict rules contained in the European Regulation 650/2012 and not art. 9.8 CC. The art. 9.8 CC is currently only applicable to cases of interregional law, to succession cases relating to the succession of people who have died before August 17, 2015, and to the solution of the applicable inheritance law when Spanish Law is the *Lex successionis*. Its scope, therefore, has been greatly reduced in favor of European conflictual inheritance law, even in the determination of the specific applicable Spanish material inheritance law. Based on this premise, art is studied. 9.8 Cc. of the Spanish Preliminary Title, which, although in a subsidiary manner, is still in force.

Keywords: art. 9.8 CC., law applicable to international succession, Spanish Private international law, Preliminary Title of the Cc., European Regulation 650/2012.

Sumario: I. Sistema sucesorio de Derecho internacional privado español: aspectos generales. 1. Impacto del Derecho internacional privado de la Unión Europea. 2. Supuestos regulados por el art. 9.8 Cc. tras la aplicación del Reglamento europeo sucesorio 650/2012. A) Sucesiones internacionales cuyo fallecimiento se produce antes del 17 de agosto de 2015. B) Sucesiones internacionales cuyo fallecimiento se produce a partir del 17 de agosto de 2015. C) Sucesiones internas de Derecho

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa "Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN), del que soy IP junto con el profesor J. Carrascosa.

interregional. 3. Rasgos fundamentales del art. 9.8 Cc. A) “Sucesión por causa de muerte”: concepto amplio de Derecho internacional privado. B) Punto de conexión “Ley Nacional en el momento de su fallecimiento”: solución del conflicto móvil. C) Punto de conexión “nacionalidad del causante”: Concepción personalista de la sucesión. D) Punto de conexión “cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren nacionalidad del causante”: Concepción unitaria de la sucesión. E) Determinación de la nacionalidad del causante. F) Incidencia del art. 12 Cc. en la aplicación del art. 9.8 Cc. II. Particularidades de la sucesión testamentaria. 1. Ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento. A) Ley aplicable a la capacidad para otorgar testamento. B) Ley aplicable a la capacidad para recibir por testamento. C) Ley aplicable al fondo de la sucesión testamentaria. D) Consideraciones especiales respecto a las legítimas. 2. Ley aplicable a la forma y al registro de los testamentos. III. Particularidades de la sucesión legítima. 1. Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento. 2. Ley aplicable a la capacidad para suceder. 3. La sucesión del Estado. IV. Particularidades de la sucesión contractual. 1. Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento. 2. Excepción de orden público y pactos sucesorios. 3. Ley aplicable a la forma de los contratos sucesorios. V. Ámbito de la ley aplicable a la sucesión en el dipr. Español. 1. Cuestiones reguladas por la *Lex successiois*. A) Apertura de la sucesión. B) Delación hereditaria. C) Legitimación para revocar un testamento. D) Conmoriencia y premoriencia. E) Aceptación de la herencia. F) Administración de la herencia. G) Partición de la herencia. H) Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios. I) Incapacidades absolutas o relativas. 2. Cuestiones excluidas por la *Lex successiois*. VI. Derechos sucesorios del cónyuge viudo. 1. Ley aplicable al régimen económico del matrimonio. 2. *Lex successiois*. 3. Ley aplicable a la disolución del matrimonio. VII. A modo de reflexión fina

I. Sistema sucesorio de dipr. Español: aspectos generales

1. Impacto del Derecho internacional privado de la Unión Europea

1. El art.9.8 del Cc. español, regulador de la ley aplicable al fondo de las sucesiones internacionales, cuyo contenido actual responde a la modificación sufrida por el Título preliminar del C.c. en 1974, dispone:

“La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

2. El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹ constituye, sin embargo, la norma central del Derecho europeo en la regulación de esta materia. El carácter *erga omnes* del Reglamento 650/2012 y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros significa que, en relación con la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, las autoridades españolas aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 y no el art. 9.8 Cc.²

3. Esta primacía del Reglamento sucesorio europeo (en adelante, RES) ha relegado al DIPr. sucesorio español a supuestos marginales y transitorios³. Ello no quiere decir que el art. 9.8 Cc. se dero-

¹ DOUE L 201 de 27 julio 2012.

² RDGRN 15 junio 2016, *RJ* 2016/4990, en relación a la sucesión de causante británico en España.

³ C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “International Successions in Spain: the impact of a new EU Regulation”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 15, 2009, pp. 39-62; A. RODRIGUEZ BENOT, “La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRIGUEZ BENOT Y M.ª A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150;

gue, pero deja de ser aplicable a los litigios derivados de una sucesión internacional⁴. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, aunque no se derogue, el papel reservado a las normas de DIPr. de producción interna españolas en los casos de sucesiones internacionales se reduce drásticamente. Sobre la base de la aplicación marginal del art. 9.8 Cc. se procede a su estudio.

2. Supuestos regulados por el art. 9.8 Cc. tras la entrada en vigor del Reglamento europeo sucesorio 650/2012

4. Actualmente, la regla general, en relación con la Ley aplicable a la sucesión internacional *mortis causa*, es la aplicación, por las autoridades españolas, de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 y no en el art. 9.8 Cc.

Sin embargo, este precepto sigue resultando aplicable en tres casos: supuestos internos de Derecho interregional; los supuestos sucesorios internacionales relativos a la sucesión de las personas que hayan fallecido antes del 17 agosto 2015; y, determinación del concreto Derecho sucesorio español aplicable, cuando la norma de conflicto europea (arts. 21 y 22 RES) remite al ordenamiento jurídico español, como ley aplicable a la sucesión internacional (remisión a un ordenamiento jurídico plurilegislativo *ad intra*).

5. Si diferenciamos, por tanto, los distintos litigios sucesorios internacionales que pueden plantearse ante autoridades españolas, dependiendo de la aplicación temporal del Reglamento sucesorio, esto es, a partir del 17 de agosto de 2015, podemos diferenciar varios ámbitos de aplicación del art. 9.8 Cc.

A) Sucesiones internacionales cuyo fallecimiento se produce antes del 17 de agosto de 2015

6. La ley aplicable a la sucesión internacional, en referencia a las sucesiones de las personas que hayan fallecido antes del 17 de agosto de 2015, por los jueces y tribunales españoles, se determina por lo dispuesto en el art. 9.8 Cc. español. Por tanto, la sucesión internacional en estos casos se regula por la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento⁵. Aunque teóricamente es posible que se plantee ante autoridades españolas un litigio en relación a un sucesión internacional de un fallecido antes del 17 de agosto de 2015, conforme van pasando los años esta posibilidad se reduce significativamente.

B) Sucesiones internacionales cuyo fallecimiento se produce a partir del 17 de agosto de 2015

7. Ahora bien, la ley aplicable a las sucesiones internacionales de las personas que hayan fallecido a partir del 17 de agosto de 2015, se determinará siempre por el Capítulo III del Reglamento sobre sucesiones, quedando vacío de contenido la aplicación del art. 9.8 Cc. en la fijación de la ley aplicable a la sucesión internacional por autoridades españolas.

Ahora bien, cuando el Derecho sucesorio español es aplicable, en virtud de las normas de conflicto europeas en materia sucesoria (arts. 21 y 22 RES), se plantea cuál de los Derechos privados españoles debe aplicarse al fondo del asunto, si el Derecho civil común o alguno de los Derechos Privados autonómicos⁶.

⁴ T. BALLARINO, "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *RDI*, 2013, n. 4, pp. 1116-1145, esp. p. 1136.

⁵ RDGRN 14 marzo 2019, BOE núm. 85 de 9 de abril de 2019; STS 15 enero 2019, ECLI:ES:TS:2019:56; STS 5 diciembre 2018, ECLI:ES:TS:2018:4139.

⁶ *Vid.*, en general, en relación con la remisión al ordenamiento jurídico español, M.P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, "El art.12.5 Cc. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *RGLJ*, 1978, vol.LXXVII, pp. 61-80; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Art.12.5 Cc.", *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 145-147; ID., "Les ordres plurilegislatives dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1994, vol.249, pp. 369-430; C. CAAMIÑA GONZÁLEZ, "Art. 36", en A.L. CALVO CARAVACA / A. DAVI / H.-P. MANSEL (EDS.), *The UE Succession Regulation: A Commentary*,

Es una cuestión de gran trascendencia, desde la perspectiva española, dado que el ordenamiento jurídico español es un ordenamiento plurilegislativo de base territorial. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral dependerá de la vecindad civil.

8. La característica peculiar del Derecho civil en España, de la inexistencia de una única legislación aplicable a todo el Estado, se aprecia especialmente en materia de Derecho de sucesiones. Según la normativa sucesoria europea, la sucesión se rige por el Derecho español cuando los extranjeros tienen su residencia habitual en España en el momento del fallecimiento (*ex art. 21.1 RES*); con carácter excepcional, cuando resulte claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con España que con el Estado de su residencia habitual (*ex art. 21.2 RES*); cuando su nacionalidad es la española en el momento del fallecimiento o en el momento de la elección, si existe una *professio iuris* (*ex art. 22 RES*); o a través de la figura del reenvío *ex art. 34 RES*).

9. Pues bien, si la *Lex successionis* es la Ley española, el art. 36 RES sienta las bases para dar solución a los *conflictos territoriales de leyes*, distinguiendo dos supuestos, según que el Estado plurilegislativo en cuestión posea (art. 36.1 RES) o no (art. 36.2 RES) normas jurídicas propias para resolver sus conflictos de leyes internos⁷. Y aquí es donde jurisprudencia y doctrina patria no se han puesto de acuerdo, en decidir si el ordenamiento jurídico español recoge dichas normas de resolución de conflictos territoriales de leyes.

10. El art. 36.1 RES plantea los supuestos en los que el conflicto territorial de leyes se puede resolver a través de una cláusula de remisión indirecta. “*En el caso de que la Ley estatal designada por el Reglamento 650/2012 fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión*”. Esta solución está guiada por una directriz de respeto a la soberanía de cada Estado. La UE no desea interferir en el modo en que cada Estado miembro regula los criterios de aplicación de cada uno de los Derechos privados que coexisten en su seno.

Sin embargo, la solución europea a la cuestión suscita gravísimos problemas en relación con España cuando se trata de extranjeros cuya sucesión *mortis causa* se rige por el Derecho español. De acuerdo con el art. 36.1 RES son aplicables, en estos casos, los arts. 12.5, 16 y 9.8 Cc.⁸. Ello conduce

Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 512-539; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 567-572; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Art.12.5 Cc.”, *Com.Ref.Cc.*, 1977, pp. 637-663; M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 237-262; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 1, 2018, pp. 233-247; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-290; P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013, *indret.com*, pp. 1-27; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La aplicación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, 1993, vol.XLV, pp. 131-148; ID., “Art. 12.5 Cc.”, *Com. Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 943-973; ID., “Remisión a un sistema plurilegislativo”, *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTROYA MELGAR, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 5782-5783; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

⁷ P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 36. Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO (DIRS.), *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2015, pp.293-29; P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013, *indret.com*, pp. 1-27.

⁸ P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, junio 2014, pp. 5-6; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch,

a la aplicación del Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante extranjero. Ahora bien, los extranjeros carecen de “vecindad civil” en España. Surgen varias posibilidades para colmar esta laguna⁹:

- a) aplicar el Derecho civil común, solución carente de todo soporte legal, pues el art. 13.2 Cc. no está diseñado para estos casos, sino para suplir lagunas materiales de los Derechos privados autonómicos. Además, el Derecho civil común no dispone de ninguna preferencia aplicativa sobre los demás Derechos privados españoles;
- b) aplicar el Derecho de la entidad territorial que presente la “vinculación más estrecha” o una “mayor proximidad”, pues este principio inspira el DIPr. español y el Derecho interregional español;
- c) aplicar el art. 9.10 Cc. y, a través del mismo, el Derecho de la entidad territorial donde el causante tenía su residencia habitual, aplicándose por analogía al caso de falta de vecindad civil del causante¹⁰;
- d) o aplicar por analogía el art. 36.2 RES, que indica que si el Estado cuya Ley rige la sucesión carece de un Derecho interregional, se aplicará “*la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha*”¹¹.

11. El art. 36.2 RES se refiere a los supuestos en los que los conflictos territoriales de leyes se resuelven a través de una cláusula de remisión directa. A falta de normas internas sobre conflicto de leyes en la *Lex Successionis* que determinen el Derecho interno aplicable, se proponen varias soluciones, según el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto:

“a) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;

b) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;

c) Toda referencia a la ley de un Estado plurilegislativo territorial se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente¹²”.

12. Una vez fijadas las soluciones propuestas por el Reglamento sucesorio, la aplicación del Derecho interregional español para precisar si se aplica el Derecho Civil común o el Derecho civil

Barcelona, 2009, pp. 137-155.

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 568-569; M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 255-257; E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS / G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

¹⁰ M.A. CUEVAS DE ALSADORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2018, p. 62

¹¹ A favor de aplicar esta solución, *vid.*, C. CAAMIÑA GONZÁLEZ, “Art. 36”, en A.L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSSEL (EDS.), *The UE Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 512-539; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa. Estudio del Reglamento UE n° 650/2012*, Aranzadi, Navarra, 2026, pp. 750-754; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret*, 2/2013, abril 2013. En contra de aplicar analógicamente el párrafo 2 del art. 36, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, 569-570; M.A. CUEVAS DE ALSADORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2018, pp. 60-63.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 567-573.

autonómico, como acabamos de ver, no solventa todos los problemas. En especial, porque el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto y los extranjeros no pueden tener vecindad civil española¹³.

13. Ahora bien, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP, anterior Dirección General de los Registros y del Notariado -DGRN-) ha tenido que pronunciarse sobre el problema de la aplicación del Derecho foral sucesorio a extranjeros en varias Resoluciones, dado que no hay una opinión clara sobre si debe aplicarse el primer punto o el segundo del art. 36 RES, es decir, si existen o no existen en España normas internas que resuelvan los conflictos de leyes. Y así, en la Resolución de 20 de enero de 2022¹⁴ la DGSJFP ha dispuesto, no sin críticas por la doctrina española, que, “*el extranjero o el español que no posea la vecindad civil no podrá concertar determinados pactos forales por no ser válidos material y formalmente en la unidad territorial cuyo ordenamiento es directamente aplicable por artículo 36.2*”¹⁵. En definitiva, para la DGSJFP no cabe la aplicación de los Derechos forales sucesorios a los extranjeros. Solo puede aplicarse el Derecho sucesorio común. Por tanto, si seguimos esta doctrina jurisprudencial de la Dirección General, ni siquiera el art. 9.8 Cc. tendría utilidad en la determinación del concreto derecho material español aplicable para regular las sucesiones de extranjeros con residencia habitual en España.

C) Sucesiones internas de Derecho interregional

14. El art. 9.8 Cc., en cualquier caso y con independencia del momento del fallecimiento del causante, será aplicable siempre a los casos de sucesión *mortis causa* propios del Derecho interregional. Así, el art. 38 RES establece que: “*Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales*”. Son, por tanto, los distintos Estados miembros los que tienen que decidir si aplicar a sus conflictos interregionales el Reglamento 650/2012 o su Derecho interregional. Parece claro que, en el caso español, un juez aplicará los arts. 12.5 y 16 Cc. para determinar la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* de un catalán, de un aragonés o de un gallego. Por tanto, en los supuestos de Derecho interregional, cubiertos por el art. 9.8 Cc., como indica el art. 16 Cc., la nacionalidad del causante viene reemplazada por la vecindad civil del causante¹⁶. En efecto, el art. 16 CC señala que “*los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil*”. De hecho, parece claro que el art. 9.8 Cc. se redactó pensando en el “problema de la cuestión foral”, lo que explica, por ejemplo, la referencia que realiza el precepto a los contratos sucesorios. En ningún caso podrá rechazarse la aplicación de un Derecho foral español o del Derecho civil común por motivos de orden público internacional (art. 16.1.2º Cc.). Y el reenvío no opera en casos de Derecho interregional (art. 16.1.2º Cc.).

¹³ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 264.

¹⁴ RDGSJFP 20 de enero de 2022, BOE, núm. 40, de 16 de febrero de 2022, p. 19841.

¹⁵ Aunque el estudio de la aplicación del Derecho foral sucesorios a los extranjeros excede de este estudio, *vid.* sobre esta Resolución, el comentario crítico que realiza S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm 1, 2022, pp. 1-34.

¹⁶ SAP Zaragoza 9 noviembre 2016, ECLI: ES:APZ:2016:186, en relación con un testamento otorgado en Reino Unido; STS 20 junio 2016, ECLI: ES:TS:2016:2864, en relación a la [vecindad civil foral navarra y sucesión *mortis causa*; STS 14 septiembre 2009, ECLI:ES:TS:2009:5417, en relación con la vecindad civil catalana. Precedente claro es la STS 14 diciembre 1901, *J.C.*, vol.92, pp. 619-622, n. 143.

3. Rasgos fundamentales del art. 9.8 Cc.

15. Una vez explicado el ámbito de aplicación al que ha quedado relegado el art. 9.8 Cc. en la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales, la Ley aplicable a las sucesiones en DIPr. español se determina con arreglo al art. 9.8 Cc¹⁷. El precepto contiene tres soluciones diferentes.

- a) Regla general para la sucesión legítima o intestada: “*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*”.
- b) Regla “salvatoria” especial para las sucesiones testamentarias y contractuales: “*Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*”.
- c) Regla de exclusión de la Ley sucesoria para regular las sucesiones del cónyuge viudo 2: “*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*».

16. De la simple lectura de la norma de DIPr. que determina la ley aplicable a las sucesiones permite se establecen los rasgos generales del art. 9.8 Cc.

A) “Sucesión por causa de muerte”: concepto amplio de Derecho internacional privado

17. El art. 9.8 Cc. utiliza un concepto amplio de DIPr. para determinar el ámbito de aplicación material del art. 9.8 Cc: “*sucesión por causa de muerte*”. Se ha utilizado, para describir el supuesto de hecho de la norma, una expresión genérica, generalmente bien acogida por nuestra doctrina, suprimiendo así el catálogo de materias que figuraba en el art. 10, párrafo segundo, Cc. 1889 y que algunas sentencias interpretaron restrictivamente (*inclusius unius exclusio alterius*). El Cc. 1889, tras señalar la ley aplicable a los bienes en el art. 10, párrafo primero, añadía en el párrafo segundo de este mismo artículo que “*sin embargo las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán*

¹⁷ En torno a las sucesiones en DIPr. español, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.8.º Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 189-194; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 481-489; L. ARECHEDERRA ARANZADI, “Art. 9.8 Cc.”, AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 470-504; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 95-98; A. BORRÁS RODRÍGUEZ / J. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sucesión hereditaria (DIPrivado)”, *EJB*, IV, 1995, pp. 6405-6409; A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; *Id.*, “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; *Id.*, “Art. 9.8Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; *Id.*, “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; *Id.*, “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; *Id.*, “Sucesión hereditaria” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, pp. 250-299; A. LAMARCA I MARQUÈS, “Veinatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d’actuació professional”, *Revista jurídica de Catalunya*, 2007, núm. 1, pp. 1-74; A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho internacional privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada, 1957; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704; V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; *Id.*, “Normas de Derecho civil internacional sobre donaciones y sucesiones”, *Academia matritense del Notariado. Estudios*, tomo I, vol. II, Madrid, 1977, pp. 41-82.

por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren”. No hacía, por tanto, alusión a la expresión *sucesión por causa de muerte* que fue tomada del *Codice civile* italiano de 1942, de donde pasó a los Anteproyectos de 1962 y 1965 y es comúnmente empleada en el DIPr. comparado y en el DIPr. de producción convencional.

18. Su ventaja práctica es evidente: la formulación amplia del supuesto permite, en principio, resolver, conforme a la ley designada por el art. 9.8 Cc., *cualquier problema sucesorio* que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de la clase de sucesión de que se trate¹⁸. Ello permite incluir en el precepto toda cuestión sucesoria de fondo, con independencia del tipo de sucesión de que se trate e incluso en el caso de un tipo de sucesión desconocida en Derecho español. Así, el supuesto de hecho del art. 9.8 Cc. cubre las donaciones *mortis causa*¹⁹, el *trust* sucesorio en sus diferentes e imaginativas variedades²⁰, la sucesión contractual, testamentaria, intestada, etc.

Todos estos supuestos afectan al fondo de la sucesión, por lo que se encuentran cubiertos por la expresión “sucesión por causa de muerte” y por el art. 9.8 Cc., puesto que solo regula la ley aplicable al “fondo” de la sucesión” y no a las cuestiones de “capacidad” o de “forma”, que están excluidas del ámbito de aplicación material del art. 9.8 Cc. Para practicar tal distinción, es necesario llevar a cabo una “calificación” de la cuestión debatida, con arreglo al Derecho material español, *ex art.* 12.1 Cc.²¹. De conformidad con dicho criterio de calificación *lege fori*, puede afirmarse que son cuestiones sucesorias de “forma” no reguladas por el art. 9.8 Cc. todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en una sucesión²²: testamento ológrafo, cerrado, abierto, mancomunado, oral, sacramental, testamento contractual, forma de la partición hereditaria, de la aceptación, etc.²³. Son cuestiones sucesorias de “capacidad” no regidas por el art. 9.8 Cc., sino por el art. 9.1 Cc., las que se refieren a la capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*) o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y también las que se refieren a la capacidad de obrar “general” (*Handlungsfähigkeit*), es decir, las relativas a la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos. Hay que recalcar, sin embargo, que determinadas circunstancias, muy comunes en Derecho sucesorio, como las incapacidades relativas o prohibiciones de suceder, incapacidades absolutas y causas de desheredación y de indignidad son limitaciones o prohibiciones legales para suceder. No afectan a la “capacidad” y sí al régimen de la sucesión, razón por la que deben estar sujetas al art. 9.8 Cc. y a la *Lex Successionis*²⁴.

B) Punto de conexión “Ley Nacional en el momento de su fallecimiento”: solución del conflicto móvil

19. El art. 9.8 Cc. soluciona el problema del *conflicto móvil* en relación con el punto de conexión de la *nacionalidad* del causante. El art. 9.8 Cc., para evitar el conflicto móvil en materia sucesoria, utiliza un punto de conexión “determinado en el tiempo”. Así, el punto de conexión nacionalidad, mutable por naturaleza, pasa a ser *inmutable*, al afirmar que la sucesión *abintestato* se regirá por la ley nacional del causante *al tiempo del fallecimiento*, y la sucesión testada y la sucesión contractual quedarán reguladas por la ley nacional del testador o del disponente *en el momento de su otorgamiento*. Este precepto, al fijar las circunstancias retenidas como punto de conexión en un momento temporal determinado,

¹⁸ M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, p. 328; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, p. 309; *Id.*, *Diritto internazionale privato*, (III vols.), UTET, 1979 pp. 101-203.

¹⁹ STS 4 octubre 1982, RJ 1982/5537; RDGRN 6 marzo 1997, RJ, 1997/2033.

²⁰ STS 30 abril 2008, RJ 2008/2685, consideró aplicable la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, *ex art.* 9.8 Cc., para otorgar validez al *trust* sucesorio.

²¹ E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 291-307, esp. p. 292; *Id.*, *Diritto internazionale privato* (vol. II), 1979, pp. 101-203.

²² B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, 2006, pp. 173-182.

²³ RDGRN 6 marzo 1997, RJ 1997/2003.

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; *Id.*, “Sucesión hereditaria”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS ET ALII, *DIPr. parte especial*, 1995, pp. 393-422; *Id.*, “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

soluciona el problema del conflicto móvil, pues la circunstancia empleada como punto de conexión se retiene por el legislador en un momento temporal concreto –fallecimiento del causante y momento de otorgamiento del testamento o del pacto sucesorio, respectivamente²⁵. Con la anterior norma reguladora del fondo de la sucesión internacional, el conflicto móvil era inevitable, pues no se fijaba en el tiempo el punto de conexión utilizado. Así, el antiguo art. 10, párrafo segundo del Cc. de 1889 declaraba como ley aplicable a la sucesión la “*ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate*”. De este modo, si el causante había tenido varias nacionalidades a lo largo de su vida, el precepto no determinaba cuál de ellas había que tener en cuenta a la hora de fijar el Derecho aplicable a su sucesión. La jurisprudencia española y los Anteproyectos de 1944 y 1962 se decantaron por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, o por la ley nacional del testador o del disponente en el momento de otorgamiento del testamento o de los pactos sucesorios, sin perjuicio de un eventual ajuste respecto a las legítimas, de acuerdo con la ley sucesoria al tiempo del fallecimiento; idéntica solución a la acogida por nuestro legislador tras la reforma del Título preliminar del Cc. en 1974²⁶.

En definitiva, el art. 9.8 Cc. “congela” la nacionalidad en el momento del fallecimiento del causante, que es la única relevante para la determinación de la *Lex successionis*²⁷.

C) Punto de conexión “nacionalidad del causante”: Concepción personalista de la sucesión

20. El punto de conexión del art. 9.8 Cc. responde a la concepción personalista de la sucesión en conexión con la directriz “soberanía” y la pretendida directriz “proximidad”. Aunque el punto de conexión del art.9.8 del Cc. responde, en teoría, a dos directrices: la directriz “proximidad” y la directriz “Soberanía”. En la práctica, sigue únicamente la directriz “Soberanía”; directriz que, algunas veces, puede coincidir con la aplicación a la sucesión internacional de la ley del país más próximo al caso, pero si no coincide con la ley más cercana, entonces se aplica siempre a título de “Soberanía”. Por ello, es preferible afirmar que la única directriz siempre presente en el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto contemplada en el art.9.8 del Cc. es la directriz “Soberanía”

Ello se traduce en la aplicación a la sucesión internacional, de la Ley “personal” del causante (art. 9.1 Cc.), es decir, *ex art. 9.8 Cc.*, de la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento²⁸. Esta concepción se basa en el sistema de sucesión romana, donde lo relevante es la “persona del causante”,

²⁵ *Vid.*, en este sentido, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 2ª ed., Granada, Comares, pp.206-207; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.8 Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, p.193.

²⁶ STS 7 febrero 1899, donde se determinó que dicha ley nacional era la que tuviera el causante en el momento de su muerte. SAP Badajoz 11 julio 1995, *Aranzadi civil*, n. 1395: “*Estos problemas... surgen, como hemos dicho, de la aplicación de categorías sucesorias de un Derecho como el español a un testamento inglés y hecho por una persona que creía testar con arreglo a su Ley natural. El causante no quería dejar nada a sus hijos, con arreglo a la Ley inglesa podía hacerlo...*”. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, EUROLEX, 1995, pp.3109-3110; V.L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968, p.192.

²⁷ SAP Alicante 26 enero 2009, ECLI: ES:APA:2009:1041, en relación con la sucesión de causante alemán y acreditación de la cualidad de hija extramatrimonial de la heredera.

²⁸ SAP Barcelona 1 julio 2022, sobre testamento ológrafo otorgado en Italia, ECLI:ECLI:ES:APB:2022:6769; SAP Santa Cruz de Tenerife 6 marzo 2020, sobre sucesión *mortis causa* regida por el Derecho de Venezuela, ECLI:ES:APTF:2020:324; SAP Málaga 8 enero 2019, sobre sucesión de causante marroquí, ECLI:ES:APML:2019:17; RDGRN 19 junio 2018, sobre sucesión de causante alemán, BOE núm. 161 de 4 julio 2018; SAP Islas Baleares 3 mayo 2018, sobre sucesión de ciudadano alemán, ECLI:ES:APIB:2018:923; SAP Girona 1 octubre 2014, ECLI:ES:APGI:2014:977, sobre sucesión de causante alemán; SAP Madrid 7 julio 2014, sobre declaración de herederos y causante venezolana, ECLI:ES:APM:2014:8785; SAP Madrid 16 octubre 2012, sobre sucesión de causante estadounidense, ECLI:ES:APM:201218047; AAP Madrid 17 enero 2013, sobre cuestión previa de cualidad de heredero y Ley china, ECLI:ES:APM:2013:841A; SAP Las Palmas 18 septiembre 2012, sobre sucesión de causante venezolano y testamento otorgado ante Cónsul de Venezuela en Texas, ECLI:ES:APGC:2012:1868; RDGRN 14 noviembre 2012, sobre sucesión de causante belga, RJ 2013/1128; SAP Madrid 10 septiembre 2012 sobre causante californiano e inexistencia del reenvío, ECLI:ES:APM:14805; STS 10 julio 2009, sobre español exiliado en México que adquiere la nacionalidad mexicana, ECLI:ES:TS:2009:4675; SAP Madrid 22 diciembre 2008, sobre testamento ológrafo de causante mejicano, ECLI:ES:APM:2008:18474; SAP Castellón 16 enero 2009, sobre sucesión de causante marroquí, ECLI:ES:APCS:2009:21.

que va a ser sustituida en sus derechos y obligaciones por el heredero, que a su vez asume todas las relaciones o posiciones jurídicas de las que el causante era titular y que son transmisibles.

Dicha Ley “persigue” a los nacionales españoles con independencia, por un lado, de la naturaleza de los bienes y del lugar donde estén situados y, por otro lado, de su último domicilio. Sin embargo, lo que se ha denominado como “el vértigo de la Ley nacional”, puede provocar la aplicación de la ley de un país poco conectado con la sucesión en aras del principio de “Soberanía”²⁹. Este punto de conexión obedece a la *ratio* de que el Estado español ejerza su Soberanía sobre sus “nacionales” allá donde se hallen o habiten, con independencia de que con la aplicación de esta ley se logre un ajustado equilibrio entre los intereses de los sujetos, -herederos-, implicados en la sucesión internacional³⁰.

Por consiguiente, de la utilización del punto de conexión de la “ley personal” del causante al tiempo del fallecimiento –para las sucesiones *ab intestato*- y de la ley personal del testador o del disponente –para las sucesiones testamentarias y contractuales, respectivamente-, reflejo básicamente de la directriz “Soberanía”, se desprende, con claridad meridiana, la aceptación de la concepción *personalista y familiar* de la sucesión, al someterla a la *ley nacional del causante*, con independencia de la naturaleza de los bienes y del país en que se hallen³¹. Hay que tener presente que el art. 9.8 Cc. se refiere explícitamente a la “Ley nacional” y no a la “Ley personal” del causante. Sin embargo, el art. 9.1 Cc. deja meridianamente claro que en DIPr. español la Ley “personal” es la Ley “nacional”. Este precepto muestra un “carácter general”, pues constituye el frontispicio básico del estatuto personal en DIPr. español (es un precepto “enunciativo” o “programático”). El artículo 9.1 Cc. español no establece la ley aplicable a las sucesiones, sino que refleja un principio fundamental del DIPr. español: las cuestiones relativas a la persona, incluida la sucesión *mortis causa*, deben regirse por la ley nacional de la persona. Por lo tanto, el 9.1 Cc. no constituye una “norma reguladora” de la sucesión, sino un “principio general” que orienta la interpretación del artículo 9.8 Cc., que es el que sí regula de manera específica la ley aplicable a la sucesión³². El error de la jurisprudencia española ha sido tratar de utilizar indistintamente o de manera conjunta los artículos 9.1 y 9.8 Cc. para determinar la ley aplicable a la sucesión³³. Esta distinción solo es relevante, como tendremos ocasión de comprobar, para determinar la ley aplicable a la sucesión de un apátrida porque, aunque careza de nacionalidad, toda persona lo que sí posee es una Ley “personal”.

En los supuestos de Derecho interregional, cubiertos también por el art. 9.8 Cc., tal y como establece el art. 16 Cc., la nacionalidad del causante viene reemplazada por la “vecindad civil” del causante³⁴. No es relevante la nacionalidad de otros sujetos que puedan intervenir en la sucesión como la naciona-

²⁹ J.P. NIBOYET, *Principios de Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Reus, 1930, pp. 550-557 También J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol. 156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 284-290, así como M. A. AMORES CONRADÍ en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS et alii, *Derecho internacional privado, parte especial*, Eurolex, 1995, 6.ª ed., p. 349.

³⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1997, p.149.

³¹ Vid. SAP de Badajoz, de 11 de julio de 1995, *RAJ civil*, 1995, R.1395.

³² M.A. CONRADÍ, “Artículo 9.1 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79.

³³ La SAP Madrid 20 abril 2010, ECLI:ES:APM:2010:6570; o la STS 8 octubre 2010, ECLI:ES:TS:2010:5120, dejan claro que la Ley aplicable era la Ley alemana, como Ley nacional del causante. Sin embargo, tanto la AP como el TS cometen el error de utilizar el art. 9.1 Cc. para determinar la Ley aplicable a la sucesión, en lugar del art. 9.8 Cc., que es el precepto que recoge la norma de conflicto en materia de sucesiones en España. Igualmente, la SAP Barcelona 28 enero de 2010 hace referencia al art. 9.1 Cc. para referirse después al apartado 8 del art. 9 Cc., en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión de una causante con nacionalidad italiana, cuyo Derecho se consideró probado, aunque en realidad la norma de Derecho internacional privado aplicable es sólo la contemplada en el art. 9.8 Cc. El AAP Barcelona 31 marzo 2010, ECLI:ES:APB:2010:1758A, consideró aplicable la ley nacional francesa a la sucesión de una causante francesa cuyo último domicilio estaba situado en España, conforme a los arts. 9.1 y 9.8 Cc. Comete el mismo error a la hora de encontrar la norma de conflicto aplicable que es exclusivamente la contemplada en el apartado 8 del art. 9 Cc.

³⁴ SAP A Coruña 2 febrero 2024, en relación con el Derecho sucesorio gallego, ECLI:ES:APC:2024:469; SAP Vizcaya 11 enero 2024, en relación con la ley sucesoria vasca, ECLI:ES:APBI:2024:23; SAP Ourense 8 enero 2024, en relación con la ley sucesoria catalana, ECLI:ES:APOU:2024:19; AAP Barcelona 10 junio 2020, en relación con testamento y vecindad civil catalana, ECLI:ES:APB:2020:4649A; SAP La Rioja 8 junio 2020, en relación con cambio de vecindad civil y testamento, ECLI:ES:APLO:2020:316; RDGRN 4 julio 2019, en relación con la ley sucesoria vasca, BOE núm. 179 de 27 julio 2019.

lidad del padre del causante, la nacionalidad de los eventuales herederos, etc.³⁵. Es sólo relevante una persona: el causante; y una sola circunstancia del causante: su nacionalidad al tiempo de su fallecimiento.

D) Punto de conexión “cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren nacionalidad del causante”: Concepción unitaria de la sucesión

21. Reflejo de esta concepción *personalista y familiar* de la sucesión son los principios de *unidad y universalidad* que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestra sistema de DIPr., en materia sucesoria: la sucesión se regula siempre por una sola Ley estatal, con independencia de la naturaleza de los bienes sucesorios y el lugar de situación de los mismos. El TS ha subrayado de forma terminante que el art. 9.8 Cc. exige que la sucesión debe quedar siempre sujeta a una sola y única Ley³⁶. El principio fundamental de “unidad de la Ley sucesoria” ha sido corroborado igualmente por la DGRN, actual DGSJFP³⁷.

La aceptación del sistema de *unidad y universalidad* de la sucesión en el Cc. tiene su origen en el modelo del Cc. piamontés de 1865. A nuestro legislador le preocupaba que, en materia sucesoria, coexistieran en España diferentes Derechos forales con importantes divergencias no sólo entre sí sino respecto al sistema común del Cc. Con los principios de unidad y universalidad se pretendió evitar que se multiplicasen los casos en los que un juez español tuviera que aplicar, conociendo de un litigio sucesorio, instituciones forales junto al sistema de Derecho civil, como hubiera ocurrido con frecuencia si se hubiera aceptado una *concepción territorialista* de la sucesión que, provocaba, irremediamente, el *fraccionamiento* de la sucesión³⁸. Poco después, la jurisprudencia española confirmó estos principios de *unidad y universalidad* de la sucesión *mortis causa* de DIPr., aplicando la ley *nacional* del causante al tiempo del fallecimiento³⁹. Los principios de *unidad y universalidad* no sólo responden a la concepción *personalista* de la sucesión sino al afán de nuestro legislador de proteger a los herederos españoles en las sucesiones de españoles fallecidos en el extranjero⁴⁰. Los herederos de los emigrantes españoles quedaban protegidos con la aplicación del sistema rígido de legítimas del Derecho español. Hoy en día, sin embargo, existe una inversión en los *factores demográficos* –España ha pasado de ser un país de emigración a un país de inmigración– que podría propiciar una reforma legislativa o, al menos, servir de base para que los tribunales españoles, a través de los mecanismos propios de la Parte general de DIPr., intenten eludir un sistema jurídico anclado en la conexión *nacionalidad*, pues la protección de los herederos emigrantes españoles ha perdido todo su sentido⁴¹.

Esta pretendida protección de los herederos españoles, por parte del legislador español, en relación con las sucesiones de españoles que se abran en el extranjero es, en muchos casos, más aparente que real debido a las diferencias existentes en los distintos sistemas de DIPr. a la hora de regular la ley

³⁵ RDGRN 14 noviembre 2012, en relación con causante belga de padre italiano, BOE núm. 310 de 26 diciembre 2012.

³⁶ STS 15 noviembre 1996, aplicación de la Ley de Maryland, ECLI:ES:TS:1996; STS 21 mayo 1999, aplicación de la Ley inglesa, ECLI:ES:TS:1999:3532; STS 12 enero 2015, en relación con testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío, ECLI:ES:TS:2015:422; SAP Málaga 25 mayo 2017, en relación con la partición de herencia y bienes en el extranjero, ECLI:ES:APMA:2017:955.

³⁷ RDGRN 14 noviembre 2012, en relación con causante belga, RJ 2013/1128; RDGRN 18 junio 2003, BOE de 30 julio 2003; RDGRN 11 marzo 2003, BOE de 26 abril 2003.

³⁸ Sobre el *historical background* del sistema de DIPr. español en materia sucesoria a partir del C.c. de 1889, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, p.394; A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado*, vol.II, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, p.243; A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho internacional privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada. 1957, pp.25-27.

³⁹ STS de 11 de diciembre de 1893; STS 27 octubre 1900; STS 14 diciembre 1901; STS 19 de diciembre 1904; STS 23 octubre 1915. Esta ley nacional del causante fue sustituida por la vecindad civil en los supuestos de Derecho interregional: STS 29 marzo 1892; STS 5 julio 1893; STS 7 febrero 1899; STS 14 diciembre 1901; STS 16 diciembre 1904.

⁴⁰ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado*, vol.II, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, pp.244-245.

⁴¹ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, p.210; A. CALVO VIDAL, “Nota a la RDGRN 18 enero 2005”, *REDI*, 2005, pp. 1028-1033.

aplicable al fondo de la sucesión internacional⁴². Si la herencia de un nacional español, que fallece domiciliado en el extranjero, comprende bienes inmuebles sitos en un Estado cuyo sistema de DIPr. consagra el fraccionamiento de la sucesión y bienes muebles sitos en España, la aplicación de la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, *ex art. 9.8 Cc.*, por el juez español sólo será efectiva respecto de los bienes muebles; puesto que, en relación con los bienes inmuebles, el juez del Estado extranjero decidirá que se rigen por la ley de situación de los mismos, así como los bienes muebles, por la ley del último domicilio del causante. La ineficacia de la solución del sistema español de DIPr. es aún mayor si se trata de la sucesión de un español cuyo último domicilio se halla en el extranjero y, además, la herencia sólo comprende bienes inmuebles en dicho Estado; pues, en tal caso, los tribunales españoles ni siquiera se podrán declarar competentes para conocer de esta sucesión, aunque sea de un nacional español.

En este sentido, frente a los sistemas de DIPr. que en materia sucesoria se basan en la aplicación de una sola ley a todos los aspectos sucesorios de un sujeto con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación de los mismos, existen otros sistemas de DIPr. basados en los principios de *territorialidad y fraccionamiento* de la sucesión internacional. En virtud de esta concepción *escisionista*, se distingue entre los bienes muebles e inmuebles a la hora de fijar la ley aplicable al fondo de la sucesión. La sucesión de los bienes inmuebles queda sometida a la ley del lugar de situación de los mismos. Esta regla, aunque es mérito del Derecho francés y del Derecho inglés, ha sido después copiada por los sistemas americanos y por los países del *Common law*. Se vuelve a recuperar esta solución normativa en el Derecho turco como en los ordenamientos jurídicos latino-americanos. En los sistemas escisionistas, la sucesión de los bienes muebles, considerados como unidos a la persona del difunto, quedan sometidos a una ley única. Esta ley, en la mayoría de los casos, es la ley del último domicilio del causante –así sucede, *ad ex.*, en Francia, Bélgica, Estados Unidos, América Latina–. Y, más raramente, se somete a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento –como ocurre en Luxemburgo, en Mónaco o en Turquía–⁴³.

22. La convivencia entre sistemas escisionistas y los sistemas basados en la unidad de la sucesión provoca el denominado *conflicto de sistemas*, que se produce, cuando, en un litigio relativo a una sucesión internacional, el tribunal competente debe optar por la aplicación de una norma de DIPr. de un país o de otro como se ha puesto de manifiesto en los ejemplos anteriores. Por mucho que los tribunales españoles puedan declararse competentes para conocer de la sucesión internacional de un sujeto fallecido con su último domiciliado en el extranjero, la aplicación de la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento *ex art.9.8 del Cc.* resultaría totalmente inefectiva, puesto que esta ley basada en una conexión personal permanecería inaplicada cuando no es también utilizada por el sistema conflictual del Estado en el que se encuentran situados los bienes⁴⁴. Esta inefectividad ya había sido hecha patente por la doctrina española con la anterior norma de conflicto reguladora de la ley aplicable al fondo de la sucesión, antes de la reforma del título preliminar del Cc. *ex art.10*, párrafo segundo, en relación a la sucesión de los españoles cuyos bienes situados en el extranjero eran sometidos, por el sistema de DIPr. de los Estados en que estaban situados, a una ley distinta de la ley nacional española⁴⁵.

23. Ahora bien, el sistema *unitario o personal* de la sucesión también presenta grandes ventajas. Así, *ad ex.*, el régimen unitario de DIPr. se corresponde perfectamente con el principio de *unidad y universalidad* de la sucesión en el Derecho interno, sin olvidar que es la solución más idónea, habida cuenta de la conexión existente entre el Derecho de familia y el Derecho sucesorio. Pero, sobre todo, este sistema, frente al escisionista, es mucho más práctico por su simplicidad y porque evita soluciones contrapuestas respecto a los mismos problemas –como en relación a la aceptación de la herencia, pro-

⁴² P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.^a ed., 2004, pp.583-604, esp. p. 586.

⁴³ *Vid.* G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé”, *RCADI*, vol. 229, 1991, p.228.

⁴⁴ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado*, vol.II, 2.^a ed., Granada, Comares, 2000, pp.239-240.

⁴⁵ *Vid.* IBIDEM, p.245; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, p.246; A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho internacional privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada. 1957, p.27.

blemas de colación, dificulta es en la administración o partición de la herencia yacente, etc...⁴⁶. Dicho de otro modo, se eliminan los problemas de “calificación” de los bienes hereditarios, tanto respecto a la naturaleza de los bienes muebles o inmuebles, como de la determinación de la ley aplicable conforme a la cual se debe califica⁴⁷.

24. Estos diferentes sistemas de Derecho internacional privado plantan muchos problemas de aplicación del Derecho material efectivamente aplicable a la sucesión internacional, sobre la base de la aplicación integral del Derecho sucesorio extranjero designado, es decir, no solo son de aplicación las normas sustantivas sucesorias sino también las conflictuales. Y así, surge uno de los problemas de aplicación más característicos en materia sucesoria, como es la posible admisión del reenvío⁴⁸. El único reenvío que se permite en nuestro ordenamiento jurídico de DIPr. español es el de primer grado o de retorno, donde los principios de *unidad* y *universalidad* de la sucesión operan como límites al reenvío de primer grado o de retorno contemplado en el art.12.2 del Cc⁴⁹.

E) Determinación de la nacionalidad del causante

25. Los tribunales españoles a menudo se enfrentan a la tarea de determinar la nacionalidad del causante en casos complejos. En este sentido, se deben considerar los siguientes aspectos. La determinación de la nacionalidad española debe realizarse exclusivamente según la normativa española sobre nacionalidad. Si lo que se discute es la nacionalidad extranjera del causante, esta debe establecerse según la legislación del país cuya nacionalidad se le atribuye en el momento de su fallecimiento. En los supuestos de apatridia, según el art. 12.1 de la Convención de Nueva York, de 28 septiembre 1954 sobre estatuto de los apátridas, la ley personal de un apátrida es la del país donde tiene su domicilio o, en su defecto, su residencia efectiva, incluso si esta no es habitual. Por ello, aunque no es relevante la diferencia entre “Ley personal” (art. 9.1 Cc.) y “Ley nacional” (art. 9.8 Cc.) en materia sucesoria, la diferencia sí lo es en el caso de apatridias. Si el causante tiene una nacionalidad incierta, se aplica el artículo 9.10 Cc., que establece la aplicación de la ley del país donde tenía su residencia habitual. En casos de doble o múltiple nacionalidad, se aplicarán los convenios internacionales vigentes. Si no existen, se recurre al artículo 9.9 Cc., que establece la nacionalidad “prevalente” del causante, siguiendo el precedente de la STS 27 mayo 1968 (*Bosch vs. Campomar*), anterior al actual artículo 9.9 Cc.⁵⁰.

⁴⁶ Vid. A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Sucesión hereditaria”, *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., Granada, Comares, 2000, p.239. A favor del sistema unitario de la sucesión *vid.*, H. LEWALD, “Questions de Droit international des successions”, *RCADI*, 1925, vol. 9, p.16; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol.II, Madrid, 1955, p.294; R. MONACO, *Manuale di Diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 1949, p.555; N. PÉREZ SERRANO, “De las sucesiones en Derecho internacional privado”, *RGLJ*, vol.119, 1911, p.425.

⁴⁷ F. MÉLIN, *Droit international privé*, 2.ª ed., Gualino éditeur, París, 2005, pp. 193-196; M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, pp. 308-312.

⁴⁸ Vid. *supra*, apartado F) *Incidencia del art. 12 Cc. en la aplicación del art. 9.8 Cc.*

⁴⁹ E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; ID., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269.

⁵⁰ La STS 27 mayo 1968 (*Bosch vs. Campomar*), R. 2925, anterior al Convenio de doble nacionalidad hispano-argentino de 1969, apreció erróneamente la nacionalidad argentina del Sr. Campomar, que poseía la nacionalidad española por razón de origen (*ius sanguinis*) y argentina por razón de nacimiento (*ius soli*), pese a que era la coincidente con el foro y, sobre todo, era también la nacionalidad efectiva, -ya que regresó a España con catorce años en 1902, donde vivió hasta su fallecimiento en 1965-. el TS se perdió en vericuetos de los que no dependía la atribución de la nacionalidad española, como la inscripción en el Registro consular o el llamamiento a filas del causante, cuando debió referirse al art. 17.2 Cc. y al art. 1 de la Constitución española de 1876. Por su parte, la SJPI Calatayud de 23 diciembre 1985 consideró que el causante tenía la doble nacionalidad hispano-venezolana, cuando -como supo ver la SAT Zaragoza 10 abril 1987,-, de hecho, ya había perdido la nacionalidad española y era venezolano. La SJPI núm. 1 Pamplona 16 julio 1986 aplicó la ley española, en concreto el Derecho foral navarro, creyendo erróneamente hallarse ante

25. La precisión de la nacionalidad del causante aparece como una cuestión previa a la determinación de la ley aplicable a la cuestión principal sucesoria, dado que la ley aplicable a la sucesión internacional depende de la nacionalidad que se le otorgue al causante, y, en algunas ocasiones no está nada claro. La STS 10 de julio de 2009 se enfrentó a este problema en relación con un causante que había testado declarando tener la nacionalidad mejicana pero que nunca había perdido su nacionalidad española de nacimiento, instituyendo heredera universal a una fundación benéfica. Si se consideraba mejicano su hijo no tenía derecho a reclamar las legítimas, puesto que en Méjico no existen. Su derecho sucesorio se basa en el principio de libertad de testar. Sin embargo, si se consideraba nacional español, el testamento otorgado por el causante era nulo porque no respetaba los derechos legitimarios contemplados en el Cc. español. Para la SAP de Palma de Mallorca 22 octubre 2004 se trataba de un supuesto de doble nacionalidad de hecho y, por tanto, según el art. 9.9 Cc. el causante ostentaba nacionalidad española y consideró aplicable el Derecho sucesorio catalán por haber tenido su último domicilio en Cataluña. Sin embargo, el TS estimó que el causante había perdido su nacionalidad española por adquisición de la nacionalidad mejicana de forma automática, aunque no se hubiera inscrito en el Registro Civil español, pues en 1947, año en el que se adquiere la nacionalidad mexicana por el causante, no se exigía una inscripción constitutiva (art. 20 Cc. en la redacción vigente en 1947: la nacionalidad española se pierde “por adquirir naturaleza en un país extranjero”). Por tanto, el TS concluyó que el causante cuando falleció era mejicano, por lo que dicha nacionalidad, la mejicana, era la que debía regir la sucesión, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.8 Cc.

F) Incidencia del art. 12 Cc. en la aplicación del art. 9.8 Cc

25. La aplicación de la Ley nacional del causante a la sucesión *mortis causa* puede verse alterada por diversas cuestiones clásicas de la teoría general de los conflictos de Leyes. El art. 12 Cc. aborda los problemas de aplicación de las normas de conflicto españolas, y, por tanto, también del art. 9.8 Cc. Se trata de normas de funcionamiento que están al servicio de la aplicación de las normas de conflicto y que, en ningún caso, pueden ir en contra de los principios fundamentales de las normas de conflicto⁵¹. Hay que señalar que, con la aplicación del Reglamento sucesorio, las normas de funcionamiento del art. 12.2 Cc. no son aplicables en materia sucesoria, por lo que habrá que estar a las propias normas de funcionamiento que el Reglamento sucesorio dispone en materia de reenvío, remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos o sobre orden público internacional. Por tanto, la importancia real del art. 12 Cc. en el ámbito sucesorio es muy reducida.

26. 1º) *Reenvío*. Sucesión *mortis causa* y reenvío son compañeros de viaje desde hace más de cien años y la aventura continúa. El caso más célebre de reenvío, el caso que inició su estudio es, precisamente, un “caso sucesorio”: la sucesión de J. Forgo, un ciudadano bávaro que poseía bienes en Francia (Sent. *Cour de Cassation* Francia 24 junio 1878). El reenvío suscita una problemática específica y compleja en relación con las sucesiones *mortis causa*, cuyo tratamiento se explica en el art. 12.2 Cc. Surge el reenvío, como es bien sabido, cuando la norma de conflicto del DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto –reenvío de primer grado o de retorno– o el Derecho de un tercer país –reenvío de segundo grado o ulterior–. Sobre la conveniencia de aceptar o rechazar el reenvío se han escrito auténticas montañas de libros, artículos doctrinales, estudios, trabajos, comentarios variopintos, tesis doctorales, notas de jurisprudencia y todo lo imaginable.

un caso de doble nacionalidad hispano-norteamericana: la causante, -como denunció la STS 19 julio 1989-, había perdido nuestra nacionalidad y, por consiguiente, el Derecho rector de la sucesión no podía ser otro que el de los Estados Unidos.

⁵¹ *Vid.* sobre las normas de funcionamiento del Derecho internacional privado español, junto a la numerosa bibliografía y jurisprudencia utilizada, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado. Vol. I. Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, Madrid, EDISOFER, pp. 344-429.

La admisión del reenvío significa desactivar la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma del conflicto, pero se utiliza especialmente en materia sucesoria por las distintas normas de conflicto aplicables de producción interna en cada uno de los Estados, en materia sucesoria. Desde el punto de vista de DIPr. español el art. 12.2 Cc. solo contempla la posibilidad de admitir el reenvío de primer grado o de retorno, es decir, en favor del Derecho sustantivo sucesorio español. Sin entrar en las críticas sobre que solo se admita el reenvío de primer grado y no de segundo grado o sucesivos, el reenvío en relación con la aplicación del art. 9.8 Cc. tiene un límite muy claro: que una sola Ley regule toda a sucesión internacional. No cabe el fraccionamiento legislativo, como se vio anteriormente. Por tanto, se trata de un mecanismo accesorio, no de una regla general. El reenvío debe respetar siempre los “principios básicos” de la norma principal, que es el art. 9.8 Cc., norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*: la unidad de Ley. Ahora bien, esta unidad legal de la sucesión se refiere a la “sucesión litigiosa” en España, y no necesariamente a “toda la sucesión”, como se señaló por primera vez en la SAP Málaga 18 diciembre 1996⁵².

Lo importante es que la sucesión que ha motivado el litigio ante tribunales españoles quede sujeta a una sola Ley reguladora. Cabe, por tanto afirma, al respecto, lo siguiente: 1.º) Es irrelevante que existan bienes sucesorios no litigiosos. 2.º) Si un tribunal español conoce de un litigio relativo, exclusivamente, a la sucesión de los bienes inmuebles del causante, debe asegurarse de que la sucesión de tales inmuebles quede sujeta a una sola Ley estatal. Pero es indiferente cuál sea la Ley reguladora de la sucesión de los bienes muebles, si ésta es cuestión no litigiosa ante los tribunales españoles y/o ha sido o va ser resuelta por tribunales extranjeros. 3.º) Si el litigio sucesorio afecta exclusivamente a los bienes inmuebles sitios en España, es también indiferente el hecho de que existan bienes inmuebles sitios en el extranjero que no han suscitado litigio alguno ante tribunales españoles. El destino sucesorio de tales bienes bien puede resolverse ante tribunales extranjeros. En todos estos casos, la “unidad legal de la sucesión litigiosa en España” está garantizada y el reenvío es posible⁵³.

Ahora bien, la tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, defendida por un sector doctrinal con apoyo en modelos de Derecho comparado, no tiene cabida en la interpretación de los arts. 9.8 Cc. y 12 Cc., como lo ha dejado claro la STS 520/2019 de 8 de octubre de 2019, que su vez recoge textualmente los pronunciamientos de la STS 18/2019 de 15 de enero de 2019⁵⁴. A diferencia del Reglamento sucesorio, el art. 9.8 Cc. no admite la elección de ley sucesoria ni el art. 12.2. Cc. limita la aplicación del reenvío por la existencia de una *professio iuris* válida. El Reglamento sucesorio europeo admite la *professio iuris*, aunque limitada a la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento o de su fallecimiento, conforme al art. 22 RES; y excluye la posibilidad de reenvío, en el supuesto de elección de ley válida a la sucesión internacional, conforme a su art. 34 RES. Por tanto, si la sucesión internacional se encuadra en el ámbito de aplicación de la normativa de producción interna de nuestro Código civil, solo el fraccionamiento legislativo provocaría la no admisión del reenvío en favor del Derecho sucesorio español, a diferencia de la regulación del reenvío contemplado en el art. 34 RES, que señala que la *professio iuris* impide la admisión del reenvío.

En definitiva, en aras de una mayor seguridad jurídica, cuando se concluye que el reenvío no puede producir un fraccionamiento legislativo, hay que tener en cuenta que no se refiere a que la herencia no pueda disponer de bienes inmuebles situados en distintos países, sino que, respecto a “la situación litigiosa en España”, esto es, en relación a los bienes inmuebles respecto a los que se litiga, que es sobre lo que debe pronunciarse el juez, no debe producirse un fraccionamiento legislativo. Si solo se litiga

⁵² SAP Málaga 18 diciembre 1996, texto en *REDI*, 1998 II vol. L, pp. 244-248 y *nota* de I. AYALA CARDIÑANOS, y en *Aranzadi civil*, 2441.

⁵³ *Vid.* en este mismo sentido, STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, aplicación de la Ley de Maryland, ECLI:ES:TS:1996; STS 21 mayo 1999, *Denney* aplicación de la Ley inglesa, ECLI:ES:TS:1999:3532; STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W*, ECLI:ES:TS:2002:6053; STS 12 enero 2015, en relación a causante británico y reenvío, ECLI:ES:TS:2015:422; STS 5 diciembre 2018, en relación a causante inglés, ECLI:ES:TS:2018:4139; STS 15 enero 2019, en relación a causante inglés, ECLI:ES:TS:2019:56 y STS 8 octubre 2019, en relación a una sucesión de causante británico y bienes en España, ECLI:ES:TS:2019:3014.

⁵⁴ STS 15 enero 2019, ECLI:ES:TS:2019:56.

sobre un bien inmueble situado en España, aunque existan otros bienes inmuebles, cuya herencia se encuentra dispuesta en otro testamento distinto, no debe incidir ni afectar a la hora de interpretar si existe o no unidad de ley. Cuestión distinta es si, además, se litiga sobre la herencia de los bienes muebles y la residencia habitual en el momento del fallecimiento o el último domicilio del causante se encuentra en un lugar distinto de España, donde se encuentra situado el bien inmueble objeto del litigio sucesorio. En este caso, no cabría la admisión del reenvío de primer grado, *ex art. 12. Cc.*, porque se aplicarían varias leyes a la misma “situación litigiosa en España”, y ello lo prohíbe el art. 9.8 Cc.

27. 2º) Calificación. Como se ha visto, la calificación de ciertas cuestiones sucesorias es clave: si se consideran cuestiones de “fondo”, el art. 9.8 Cc. es aplicable. Si se califican como cuestiones de “forma” de los actos o de “capacidad” de las personas implicadas, el art. 9.8 Cc. es inaplicable. Pues bien, el art. 12.1 Cc. señala que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la “ley española”, como se vio con anterioridad. Hay que destacar que la solución contemplada por nuestro art. 9.8 Cc. elimina de raíz los muy complejos problemas calificadorios, puesto que la *Lex Successionis* rige la sucesión *mortis causa* sin distinción entre sucesión respecto de bienes “muebles” e “inmuebles”. Por tanto, no hace falta concretar la calificación del bien hereditario como “mueble”, “inmueble” o como activo “incorporal”.

28. 3º) Orden público internacional. Ciertas disposiciones del Derecho extranjero que regulan aspectos sucesorios pueden provocar efectos contrarios al orden público internacional español: discriminaciones hereditarias, prohibiciones de disponer por testamento a determinadas personas, vinculación de bienes de los que no se puede disponer por testamento, etc. El orden público internacional desde un punto de vista de Derecho internacional privado español se recoge en el art. 12.3 Cc., en virtud del cual en ningún caso se aplicará la Ley extranjera “cuando resulte contraria al orden público”. No se puede activar el orden público internacional por el mero hecho de que una cuestión legal sucesoria se regule en un Derecho extranjero de manera distinta a como se regula en el ordenamiento jurídico español. Tampoco puede activarse si la regulación jurídica extranjera es “simplemente contraria” a los principios que conforman el orden público internacional español. Se exige, para la intervención de esta excepción, que la contradicción sea y no una mera contradicción. Esta excepcionalidad del orden público internacional explica también que manifiesta la “activación” del orden público no sea obligatoria. En este sentido, el tribunal español debe valorar si merece mayor tutela el interés público que defiende la excepción de orden público internacional español o merecen mayor protección legal, por el contrario, los intereses privados protegidos por la Ley extranjera aplicable a la sucesión *mortis causa*. Ciertas disposiciones del Derecho extranjero que regulan aspectos sucesorios pueden provocar efectos contrarios al orden público internacional español: discriminaciones hereditarias por razón de sexo, filiación, religión, prohibiciones de disponer por testamento a determinadas personas, vinculación de bienes de los que no se puede disponer por testamento, etc. De todos modos, debe subrayarse que las Leyes sucesorias no son “Leyes políticas”. Si las autoridades españolas rechazan la aplicación de una concreta Ley estatal porque la aplicación de la misma vulnera “su” orden público internacional, aunque el art. 12.3 Cc. no lo señale expresamente, excluida la aplicación de las disposiciones del Derecho extranjero incompatibles con el orden público, la laguna creada se integra, según la jurisprudencia española, con la aplicación a la causa de la *Lex fori*, es decir, del Derecho español sucesorio⁵⁵.

29. 4º) Fraude de Ley internacional. Es frecuente que ciertos causantes cambien de nacionalidad con la intención de otorgar testamento con arreglo a la Ley de su “nueva nacionalidad”, Ley que les permite disponer de sus bienes sin sujeción a legítimas⁵⁶. La sanción del fraude de Ley internacional es su ineficacia, *ex arts. 12.4 Cc. y 6.4 Cc.* (por analogía). Por tanto, si se detecta el fraude de Ley internacional, aunque se haya adquirido legalmente la nueva nacionalidad, la Ley reguladora de la sucesión

⁵⁵ STS 11 mayo 1989, CENDOJ 28079110011989100083; STS 23 marzo 1994, CENDOJ 28079110011994104616.

⁵⁶ SAT Cataluña, Sala 3ª, 4 noviembre 1986, *RGD*, 1987, n. 152, pp.2677-2682, SAP Barcelona, Sección 4ª, 4 noviembre 2003, STS 5 marzo 1994, R. 2933.

será la Ley nacional del causante antes del cambio fraudulento de nacionalidad. Tal fraude es en la práctica difícil que se produzca, dado que para obtener la nacionalidad de un determinado país se exigen unas condiciones legales que son muy complicadas de evitar. También puede producirse un fraude en el cambio de la vecindad del causante, cuando se adquiere una nueva vecindad civil con la intención de que se aplique un Derecho sucesorio foral distinto, al que se habría aplicado. Sin embargo, el TS ha declarado que para que realmente exista un fraude a la aplicación de un concreto Derecho foral, aunque “*puede ocurrir que el cambio de vecindad civil obedezca a la realización de un fraude*”, “*siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de un vecindad civil distinta de la que ostentaba*”. Por tanto, no todo cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto debe ser considerado fraudulento, “*sino solo aquél que persiga una probada finalidad de defraudar la norma aplicable*”⁵⁷.

30. 5º) Remisión a sistemas legales extranjeros plurilegislativos. Cuando la Ley nacional del causante es la Ley de un país en el que coexisten diversos sistemas de Derecho sucesorio, surge la necesidad de precisar cuál de tales sistemas sucesorios regirá la concreta sucesión. El art. 12.5 Cc. indica que la determinación del concreto sistema legal aplicable deberá realizarse con arreglo al Derecho interregional del Estado del que es nacional el causante. Ahora bien: existen numerosos Estados que carecen de un único sistema de Derecho interregional, como los Estados Unidos de América. En estos supuestos, debe aplicarse la Ley sucesoria correspondiente a la unidad territorial con Derecho propio en la que el causante tenía su residencia habitual. Si el causante no tenía ya, en el momento de su fallecimiento, su residencia habitual en el Estado de su última nacionalidad, el tribunal español deberá detectar la unidad territorial extranjera con Derecho propio que presente los vínculos más estrechos con el supuesto. El Derecho de tal unidad territorial extranjera regirá la sucesión.

31. 6º) Remisión “ad intra” al Derecho español. Esta cuestión surge cuando el art. 9.8 Cc. remite a la Ley nacional del causante, pero el DIPr. de dicho país remite la regulación de la cuestión al Derecho sucesorio español. En tal supuesto, existe un reenvío de primer grado que, en principio, se acepta si hay unidad de Ley (art. 12.2 Cc.). La cuestión que se suscita es qué Derecho sucesorio español se debe aplicar, si el Derecho sucesorio contenido en el Código Civil, o un concreto Derecho sucesorio foral. Ante la carencia expresa de solución al problema, la doctrina defiende la aplicación del art. 12.5 Cc. por analogía⁵⁸. El resultado es la aplicación del “Derecho interregional español” para decidir si la sucesión se rige por el Derecho Civil común o por un Derecho Foral (art. 16 Cc.). Sin embargo, esta solución es poco útil en casos sucesorios, por una razón muy clara: el art. 16 Cc. ordena aplicar el art. 9.8 Cc. y el punto de conexión “vecindad civil del causante”. Pues bien, si se trata de un causante extranjero, no tendrá, lógicamente, ninguna “vecindad civil”, como ya se ha puesto de manifiesto. La integración de la laguna legal es complicada, pero se pueden proponer diversas soluciones. En primer lugar, se puede sustituir la vecindad civil del causante, por otra “conexión personal”, como la última residencia habitual del causante, si es que tal residencia se hallaba en España. Por ejemplo, la sucesión de un inglés cuya última residencia habitual estuvo en Palma de Mallorca, y que tenía bienes inmuebles en Murcia, Ibiza, Valencia y Alicante, se rige por el Derecho sucesorio balear⁵⁹. En segundo lugar, si el causante no dispone de residencia habitual en España, puede emplearse la misma norma de conflicto extranjera en el caso de que ésta designe directamente un Derecho sucesorio español. Por ejemplo, en la sucesión *mortis causa* de un nacional inglés con bienes inmuebles en Málaga, si se acepta el reenvío en favor del Derecho español, entonces el Derecho sucesorio civil común rige la sucesión, ya que en DIPr. inglés, la sucesión *mortis causa* de los bienes inmuebles se rige por el Derecho del lugar donde tales bienes se hallaren sitios. Por último, en el caso de un causante extranjero sin residencia habitual en España y respecto del cual la nor-

⁵⁷ STS 14 septiembre 2009, en relación con causante con vecindad civil catalana que adquiere la vecindad civil navarra, ECLI:ES:TS:2009, 5417.

⁵⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, *La administración de la herencia en Derecho internacional privado*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2017, p. 98.

⁵⁹ SAP Girona 4 octubre 2019, en relación con causante británica con residencia en Cataluña y aplicación del Derecho sucesorio catalán, ECLI:ES:APGI:2019:1540.

ma de conflicto española no designe un solo y exclusivo Derecho aplicable, la autoridad española debe detectar cuál es la unidad territorial española con Derecho sucesorio propio que presenta la “conexión más estrecha” con el caso, cuyo Derecho regirá la sucesión. A tal efecto, la autoridad española puede valorar diversos datos: lugar de situación de los bienes, lugar de última o más efectiva residencia del extranjero en España, lugar de nacimiento del causante, etc. Por ejemplo, la sucesión de un causante inglés con residencia habitual en Londres, y cuyos bienes inmuebles se hallaban todos en Cataluña, salvo un pequeño apartamento en Madrid. Si se acepta el reenvío en favor del Derecho español (art. 12.2 Cc.), entonces el Derecho sucesorio catalán debería regular esta sucesión *mortis causa*.

32. 7º) Prueba del Derecho extranjero. El Derecho sucesorio extranjero debe probarse por la parte que fundamenta en tal Derecho sus pretensiones (art. 281.2 LEC). También debe probarse la norma de conflicto extranjera para acreditar que se produce o no, un reenvío de retorno en favor del Derecho material español, *ex art. 12.2 Cc.* Hay que mencionar que el conocimiento privado del juez *-private wisdom-* o autoridad competente es suficiente para considerar válida la prueba del Derecho extranjero, sin que exista la obligación, en estos casos, de que las partes deben probar el Derecho sucesorio extranjero aplicable a la sucesión internacional⁶⁰.

33. 8º) Cuestión previa. Son extremadamente frecuentes en relación a los litigios sucesorios. De hecho, el *Leading Case* de “cuestión previa” es un “caso sucesorio”: la Sent. Trib. Casación París 21 abril 1931 (*Ponnoucannamalle vs. Nadimoutoupouille*), que decidió sobre la sucesión de un inglés de origen hindú domiciliado en Indochina, en relación con la cual, varios sujetos dijeron ser nietos de un “hijo adoptivo” del causante. En los litigios sucesorios es común que, antes de decidir a quién corresponde la herencia (*Hauptfrage*), deba resolverse, como “cuestión previa”, cuál es la Ley aplicable a ciertas cuestiones jurídicas de las que depende la cualidad jurídica de determinados pretendientes de los bienes hereditarios (*Vorfrage*). Por ejemplo, sólo heredará el cónyuge superviviente si se acredita que tal sujeto era, realmente, “cónyuge” del causante, y sólo heredará quien dice ser “hijo” si realmente era “hijo del causante”. El art. 12 Cc. no contiene una solución al problema de la cuestión previa. Sin embargo, la jurisprudencia española sigue la tesis de la aplicación de la “*Lex formalis fori*”, es decir, el Derecho designado por la norma de conflicto del DIPr. español que regula la concreta cuestión previa al litigio sucesorio, como si de una cuestión principal se tratara. De esta forma se preserva la imperatividad de la norma de conflicto, *ex art. 12.6 Cc.*, se salvaguarda la exclusividad del DIPr. español, se protege la armonía internacional de soluciones y se potencia la seguridad jurídica. Por tanto, para determinar la cualidad de “hijo” como cuestión previa en relación con un litigio sucesorio se aplicará el art. 9.4 Cc.⁶¹.

II. Particularidades de la sucesión testamentaria

1. Ley aplicable al fondo: Ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento

34. El art. 9.8 Cc. contiene una “solución general”, que consiste en la aplicación, a la sucesión *mortis causa*, de la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Pero junto a esta solución general, el precepto recoge otras “soluciones específicas”. Por un lado, se da una solución para los casos de sucesión testada y contractual en los que el testador ostentaba una nacionalidad en el momento de otorgamiento del testamento, pero ostentaba otra nacionalidad diferente en el momento de su fallecimiento; y, por otro lado, se da otra solución para determinar la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

⁶⁰ *Vid.*, en este sentido, STSJ Madrid 6 septiembre 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:9423; SAP Murcia 7 marzo 2023, ECLI:ES:APMU:2023:650.

⁶¹ SAP Alicante 26 enero 2009, CENDOJ 03065370092009100050.

35. Cuando la sucesión es voluntaria y, por tanto, la persona del sucesor o sucesores ha sido designada libremente por el difunto en un testamento estamos ante una sucesión testamentaria⁶².

A) Ley aplicable a la capacidad para otorgar testamento

36. Se trata de una cuestión muy polémica, cuya solución se ha movido entre dos grandes tesis: aplicar la *Lex Successionis*, ex art. 9.8 Cc., o aplicar la regla general que se ocupa de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar en general, ex art. 9.1 Cc.⁶³. Si se parte de que los requisitos para otorgar testamento no tienen que ver con la “persona” sino con la disciplina jurídica de la “sucesión” (*testandi jus*), la capacidad para otorgar testamento debería quedar regulada por la ley aplicable a la sucesión. Sin embargo, nuestro TS sostiene justo la teoría contraria, y visto que el art. 9.1 Cc. sigue la “tesis unitaria de la capacidad” y cubre todo tipo de “capacidad”, resulta que la capacidad jurídica, la capacidad de obrar general, y la capacidad de realizar actos específicos, como es otorgar testamento, son aspectos regidos por la Ley nacional del testador ex art. 9.1 Cc.⁶⁴. Dicha polémica, en la práctica no tiene mucho recorrido, pues en ambos casos el resultado es el mismo, se aplica la ley nacional del testador.

Sin embargo, se puede plantear un supuesto de conflicto móvil por cambio de nacionalidad, dado que el art. 9.1 Cc. no fija en el tiempo el punto de conexión. Se ha entendido que la ley aplicable a las cuestiones de capacidad activa es la nacional del testador *al tiempo de otorgar el testamento*, solución defendida en nuestra doctrina con base en el art. 666 Cc., extrapolado del tráfico interno al externo⁶⁵, a algunas sentencias de nuestro TS que utilizan este criterio en un supuesto de tráfico externo, en el que, sin embargo, el causante no perdió su nacionalidad después de testar⁶⁶ o en supuestos de tráfico

⁶² Vid., entre otros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I) y (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm.1984 de 1 de marzo de 2005 (I) y núm.1985 de 15 de marzo de 2005 (II), pp.853-882 y 1123-1147; M^a.A. ASÍN CABRERA, “La Ley aplicable al Trust en el sistema de DIPr. español”, *RGD*, 1990, pp. 2089-2120; R. BLANQUER UBEROS, “El testamento título de operaciones sucesorias realizadas en la normalidad del Derecho”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2008; M. BRANDON, “UK Accession to the Convention on the Establishment of a Scheme of Registration of Wills and the convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will”, *ICLQ*, 1983, pp. 742-747; P. BREITSCHMID, “Trust und Nachlassplanung”, en *Rechtskollisionen. Festschrift für ANTON HEINI zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1995, pp. 49-72; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), “Breves observaciones sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, n^o 702, 2007, pp. 1771-1792; A. CIANNI, “Capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento: profili di diritto internazionale privato”, *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 115-118; S. GODECHOT, *L’articulation du trust et du droit des successions*; Paris, LDGJ, 2004; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución angloamericana y el DIPr. español*, Barcelona, 1997, concr. pp. 39-42, 81-89, 92-114; T. KÄFERBÖCK, *Erleichterungen und Erschwernisse zur Realisierung des Erblasserwillens im internationalen Erbrecht: das Haager Testamentübereinkommen einerseits und die Problematik der Pflichtteilsermittlung beim Nachlasspaltung andererseits*, Frankfurt am Main, Lang, 2008; J.M. LOIS PUENTE, “El llamado testamento en lengua extranjera”, *RDP*, 1988, pp. 971-988; J.L. MARTÍNEZ CALDEVILLA / R. FERRER BARQUERO, “Normativa testamentaria aplicable a las Fuerzas Armadas Españolas en misiones extranjeras”, *RJN*, núm.43, julio-septiembre 2002, pp.147-158; M. REVILLARD, “L’entrée en vigueur de la Convention de Washington du 28 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d’un testament international”, *JDI Clunet*, 1995, 3, pp. 585-597; W. RIERING, “Das gemeinschaftliche Testament deutsch-französischer Ehegatten”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 1994, 4, pp. 225-229; W. RIERING / F. BACHLER, “Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr”, *Deutsche NotarZeitschrift*, 1995, pp. 580-598; G. J. VAN VENROOY, “Die Testierfähigkeit im Internationalen Privatrecht”, *Juristische Rundschau*, 1988, pp. 485-492; P. VOLKEN, “Von der Testamentform im IPR”, *Mélanges A.E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 575-590; S. WAGNER, *Die Testierfähigkeit im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1996.

⁶³ A. BRAUN, “Formal and Informal Testamentary Promises - A historical and comparative Perspective”, *RebelsZ.*, 2012, pp. 994-1021; A. CIANNI, “Capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento: profili di diritto internazionale privato”, *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 115-118

⁶⁴ Desde antiguo se ha seguido esta teoría por nuestro TS, STS 27 noviembre 1868, *JC*, vol. 18, pp. 536-538, n. 307; STS 6 junio 1873, *JC*, vol. 28, pp. 149-151, n. 222; STS 18 marzo 1925, *JC*, vol. 165, p. 852.

⁶⁵ Art. 666 Cc.: “Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle *al tiempo de otorgar el testamento*” (el subrayado es nuestro).

⁶⁶ STS 24 mayo 1886, en relación a un testamento ante notario francés, *JC*, vol. 59, pp. 949-951, vol. 223.

interno⁶⁷, a alguna decisión de nuestra *jurisprudencia menor* en cuestiones de Derecho interregional⁶⁸, y a la opinión autorizada del IDI⁶⁹.

37. Cuestión distinta de la *capacidad activa* para testar, pero relacionada con ella, es la posibilidad de testar a través de representante *-testamento por comisario-*, que está sometida a la ley nacional del causante, y no del apoderado, pero no a título de ley personal del testador, sino de ley sucesoria, por tratarse de un problema de fondo. El art. 670 Cc. considera el testamento un *acto personalísimo* y excluye, por consiguiente, el que se confíe la disposición *mortis causa* al arbitrio de un tercero. Sin embargo, esta norma no es de orden público puesto que esta modalidad de institución de heredero o legatario sí que es conocida por algunos de nuestros Derechos forales, como, *ad ex.*, los de Cataluña y Vizcaya, y porque en el mismo Derecho común existen excepciones, en un sentido amplio, al carácter personalísimo del testamento, como son es la sustitución pupilar (art. 775 Cc.)⁷⁰.

B) Ley aplicable a la capacidad para recibir por testamento

38. La precisión de qué sujetos tienen la cualidad de “persona física” o de “persona jurídica” como beneficiados por la herencia es un aspecto que no afecta a la “capacidad” para heredar. Es, por el contrario, un aspecto relativo a la “personalidad”. Por ello, debe regirse por la Ley nacional de la persona, física o jurídica, designada como heredera o legataria en el testamento (art. 9.1 y 9.11 Cc.).

Ahora bien, quién puede heredar por testamento o no heredar, es decir, las incapacidades especiales y las incapacidades absolutas para suceder, así como las causas de desheredación y las causas de indignidad, son “prohibiciones o limitaciones para suceder”, por lo que dichas cuestiones se rigen por la *Lex Successionis*⁷¹.

C) Ley aplicable al fondo de la sucesión testamentaria

39. En cuanto a la Ley aplicable al fondo de la sucesión testamentaria, la ley aplicable a la sucesión testamentaria es la *Lex Successionis* designada por el art. 9.8 Cc.: la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento⁷². Sin embargo, este mismo precepto señala que “*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*”. Dicho de otro modo, podría afirmarse que la Ley aplicable a la sucesión testamentaria es la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento, con independencia de que en el momento de su muerte posea otra nacionalidad distinta, salvo para las legítimas que quedarán siempre reguladas, por la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento si dicha Ley contempla un respeto a las legítimas. En realidad, con esta precisión no sólo se soluciona cualquier problema de conflicto móvil que pudiera plantearse por el cambio de nacionalidad del testador, sino que se corrige la aplicación de la *Lex Successionis* en aras del *favor*

⁶⁷ STS 9 abril 1948 y STS 31 mayo 1952.

⁶⁸ SAT Cataluña, Sala 3ª, 4 noviembre 1986, *RGD*, 191817, n. 152, pp. 2677-2682; y SAP Barcelona, Sección 4ª, 4 noviembre 2003, *Aranzadi civil*, n. 1818, donde se apreció fraude de ley al Derecho foral sucesorio catalán por acogerse el testador a una “aparente” vecindad civil navarra cuando en realidad testó con vecindad civil catalana. Se equivoca, sin embargo, en este caso la AP de Barcelona pues si no hubo un cambio real de la vecindad civil del testador con la única intención de eludir la aplicación de la Ley sucesoria del Derecho Civil Catalán sino sólo “aparente”, en realidad no se trataba de un fraude de ley sino de una simulación.

⁶⁹ IDI, *Annuaire*, Session de Nice 1967, Vol. 52, T. II, p. 558.

⁷⁰ La sustitución ejemplar tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio ha sido suprimida de nuestro Cc.

⁷¹ J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

⁷² STS 27 mayo 1913, *JC*, vol. 127, p. 569; STS 11 febrero 1952, R. 284; STS 27 abril 1978, R. 1458; RDGRN 26 noviembre 1998, R. 8541; SAP Madrid 7 noviembre 2008, en relación con un testamento ológrafo de causante testadora francesa, ECLI:ES:APM:2008:15652.

testamentii. Esta previsión legal es una “cláusula salvatoria de la validez del testamento”, que está expresamente recogida en el art. 9.8 Cc.⁷³. Por ello, en el caso de un “cambio de nacionalidad” del testador en el momento de su fallecimiento, respecto de la nacionalidad que el testador ostentara cuando otorgó el testamento, la Ley *Lex Successionis* es la Ley que corresponde a la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento y no la Ley nacional del testador en el momento de testar. En consecuencia, las disposiciones del testamento que resultaren válidas en cuanto al fondo con arreglo a la Ley de la nacionalidad que el testador ostentaba en el momento de otorgar testamento, conservarán su validez, aunque la *Lex Successionis* sea otra Ley y aunque según dicha Ley, las disposiciones testamentarias resulten nulas en cuanto al fondo⁷⁴.

40. Conviene precisar que la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento, *ex art. 9.8 Cc.*, rige no sólo el contenido del testamento sino también las modalidades de su ejecución. En concreto, la Ley regula las siguientes cuestiones: la interpretación, validez del testamento y su eficacia: orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias⁷⁵; la posibilidad de una sucesión parcial o totalmente testada; el régimen jurídico de las acciones para declarar la validez o nulidad del testamento⁷⁶; el régimen de las legítimas, reservas ordinarias o viuales y reservas troncales, y sustituciones testamentarias; las tareas de participación de la sucesión testamentaria⁷⁷; la ejecución del testamento⁷⁸; la posibilidad de otorgar un testamento por comisario o a través de representante⁷⁹; las prohibiciones de disponer por testamento en favor de determinadas personas; la posibilidad del testador de establecer “sustituciones fideicomisarias”⁸⁰; las condiciones que el testador puede establecer a los herederos⁸¹; la modificación y revocación del testa-

⁷³ STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 10 junio 2024, en relación a sucesiones sometidas al Derecho Civil Vasco, ECLI:ES:TSJPV:2024:1186; RDGSJYFP 9 marzo 2023, en relación a un testamento con arreglo al Derecho catalán y sucesión sujeta al Derecho aragonés, BOE núm. 73 de 27 marzo 2023.

⁷⁴ STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 10 junio 2024, en relación con las sucesiones sometidas al Derecho Civil Vasco, ECLI:ES:TSJPV:2024:1186; RDGRN 19 diciembre 2019, en relación a legítimas sujetas al Derecho vasco y validez del testamento sujeta al Derecho civil común; RDGSJYFP 9 marzo 2023, en relación a un testamento con arreglo al Derecho catalán y sucesión sujeta al Derecho aragonés, BOE núm. 73 de 27 marzo 2023.

⁷⁵ STS 5 julio 1893, STS 11 diciembre 1893, STS 18 diciembre 1894.

⁷⁶ STS 27 mayo 1913, *JC*, vol. 127, p. 569.

⁷⁷ RDGRN 30 junio 1956, *Anuario DGRN*, 1965, pp. 40-48; STS 27 abril 1978, R. 1458; STS 10 febrero 1926, *JC*, vol. 169, 1928, núm. 113; en contra, erróneamente: STS 11 febrero 1952.

⁷⁸ STS 27 abril 1978, R. 1458; RDGRN 30 junio 1956, *Anuario DGRN*, 1965, pp. 40-48. La excepción en cuanto a la aplicación de “la ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento” a las modalidades de ejecución del testamento la constituye la STS 11 febrero 1952 (*Poch Sagnier vs. Poch Casola y otros*). Según esta última, a las “formas de ejecución de los testamentos” les es aplicable la “ley del país en que hayan sido otorgados”, conforme al art. 11 Cc., mientras que la ley nacional del testador regularía sólo el orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. Pero esta argumentación es técnicamente incorrecta, ya que el art. 11 Cc. es aplicable a la forma de los actos, pero no a la ejecución de los mismos, y puede explicarse en función del resultado que el TS quería conseguir. En concreto, el testador francés había otorgado en España testamento ológrafo, que contenía algunas disposiciones contrarias al Derecho francés. Los contadores-partidores alteraron dichas disposiciones, adaptándolas a lo dispuesto por el ordenamiento francés, que era el rector de la sucesión. Sin embargo, se planteó el problema de que, según el Derecho español, los contadores-partidores tienen esta facultad mientras que, según el Derecho francés, dichas alteraciones no entran dentro de las facultades de los ejecutores testamentarios. El TS aplicó la ley española y salvó, por consiguiente, la validez de las tareas particionales.

⁷⁹ Una Ley extranjera que permita el testamento a través de representante, comisario u otro intermediario, no vulnera el orden público internacional español. El argumento es claro: esta posibilidad existe en ciertos Derechos forales españoles (Cataluña, Vizcaya y Galicia) y, además, en Derecho civil común español existen ciertos casos que operan como excepciones al carácter personalísimo del testamento, como se aprecia en los casos de sustitución pupilar (art. 775 Cc.) y sustitución ejemplar (art. 776 Cc.).

⁸⁰ El argumento se basa en que ciertos Derechos forales admiten estas sustituciones con generosidad (Ley 224 Compilación Navarra: cuatro llamamientos fideicomisarios son posibles)

⁸¹ Determinadas restricciones que la Ley nacional del testador impone a la capacidad testamentaria activa pueden también resultar contrarias al orden público internacional español (art. 12.3 Cc.). Ejemplos: prohibición de testar por haber profesado un voto religioso, por muerte civil, por razones étnicas o causa similar. En tal caso, la Ley extranjera no será aplicada en España, *vid. E. VITTA, Diritto internazionale privato e processuale*, 3.^a ed., Torino, UTET, 1989, pp. 291-312, esp. pp. 298-299.

mento⁸²; la fundación por testamento⁸³; y la reducción del testamento y conservación total o parcial de su validez⁸⁴.

D) Consideraciones especiales respecto a las legítimas

41. La ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento, *ex art. 9.8 Cc.*, no regula la Ley aplicable a las legítimas que deberán ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. La *Lex Successionis* regula la legítima y las mejoras, así como su objeto, y todo su régimen jurídico, como la cautela sociniana o gualdense, el derecho de representación, y la preterición de los legitimarios⁸⁵. Por tanto, a pesar de que se trate de una sucesión testamentaria, las legítimas deben ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, tal y como dispone el art. 9.8 Cc.

Numerosos Derechos sucesorios reservan ciertos bienes de la herencia o una cuota de la misma (*portio legitima*), a ciertos sujetos. Son los “herederos forzosos”. Ahora bien, no todos los Derechos sucesorios de otros Estados contemplan la figura de la legítima. Y los Derechos estatales que recogen las legítimas de los herederos forzosos, las admiten en cantidades y proporciones distintas y en favor de sujetos diferentes.

42. El art. 806 Cc. define la legítima como “*la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”, y los arts. 807 y ss. Cc. señalan quiénes son los herederos forzosos y qué parte de los bienes hereditarios constituye la legítima de cada uno de ellos. Estas disposiciones reguladoras de las legítimas, por un lado, no pueden considerarse como una materia protegida por el orden público internacional español. Por tanto, una Ley extranjera que no contempla un “sistema de legítimas” o una Ley extranjera que establezca legítimas en diferente proporción que las legítimas recogidas en el Código Civil español, no vulnera el orden público internacional español (art. 12.3 Cc.). Así lo ha dejado claro el TS en la STS 15 noviembre

⁸² Resultará contraria al orden público internacional español la Ley extranjera que prohíba al testador revocar o modificar su testamento en vida (*ambulatoria est voluntas testamentis usque ad vitae supremum exitum*). *Vid.*, G. BALLADORE PALLIERI, “*Diritto internazionale privato*”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 263-290, esp. pp. 285-287. Pero no hay motivo para rechazar la aplicación de una *Lex Successionis* que admita la revocación automática del testamento por subsiguiente matrimonio, como sucede en Derecho inglés. La Ley aplicable a la revocación del testamento por matrimonio posterior debe ser la Ley nacional del causante al momento de su fallecimiento y no la Ley personal del causante en el momento de contraer matrimonio, como han sostenido ciertos autores. *Vid.* D. McCLEAN / K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pp. 441-458. Si el testador ha ostentado diferentes nacionalidades y ha otorgado diversos testamentos durante su vida, la coexistencia y/o revocación de tales testamentos se debe regir por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. *Vid.* STS 8 octubre 2010, ECLI:ES:TS:5120, en relación con un testamento mancomunado otorgado por causante alemán en Alemania y posterior testamento otorgado en España. Así, en Derecho navarro, no puede revocarse el testamento mancomunado una vez ocurrido el fallecimiento de un cotestador.

⁸³ La *Lex Successionis* regula la posibilidad del testador de establecer una fundación por testamento mediante una constitución testamentaria propiamente dicha o mediante el señalamiento de bienes y de la voluntad constitutiva de creación *post mortem* de la fundación. Ahora bien, la creación de la persona jurídica deberá ajustarse a su propia “Ley personal” (art. 9.11 Cc).

⁸⁴ La Ley que regula la sucesión rige la reducción del testamento en la medida en la que afecta a las legítimas y decide si dicho testamento puede, en dicho caso, conservar su validez. *Vid.* SAP Madrid 7 noviembre 2008, ECLI:ES:APM:2008:15652, en relación con un testamento ológrafo de una causante francesa.

⁸⁵ RDGRN 26 noviembre 1998, R. 8541, donde se planteó la duda de si era válida una institución de heredera dispuesta por el causante en su testamento, nombrando heredera universal a su esposa, si muere divorciado de ésta. El Registrador de la Propiedad creyó que no lo era, acogiéndose al art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, conforme al cual se presumirán revocadas las disposiciones en favor del cónyuge del testador en los casos de nulidad, separación judicial y divorcio posteriores al otorgamiento. La RDGRN le recordó que, dado que la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento, era la de Derecho común (arts. 9.8 y 14.1 Cc.), debía recurrirse a las disposiciones del Cc., en particular su art. 767, en el que se recoge una regla tradicional del Derecho romano (*falsa causa non nocet*): la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquélla. Por tanto, a pesar de que se trataba de una sucesión testamentaria, las legítimas debían ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, tal y como dispone el art. 9.8 Cc.

1996⁸⁶: “*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*” (donde el TS dice “orden público interno” hay que entender “orden público internacional”) o la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002⁸⁷ (que también confunde el “orden público interno” con el “orden público internacional”). Mucho más claro lo deja la SAP de Alicante de 27 de febrero de 2004⁸⁸, la SAP de Tarragona de 13 de mayo de 2004⁸⁹ o la SAP de Granada de 19 de julio de 2004⁹⁰. Estas últimas sentencias parten de que el porcentaje de la herencia reservado para los legitimarios varía mucho de unas legislaciones a otras, incluso dentro de nuestro ámbito nacional, y se citan como variedades del sistema de distribución libre practicado en Aragón y Vizcaya o el sistema de la cuota única invariable que se sigue en Cataluña, por lo que no puede considerarse contraria al orden público internacional español, un Derecho extranjero que contemple un sistema de legítimas en proporciones distintas al recogido por nuestro Derecho civil común. En definitiva, no se puede considerar contraria al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras con un sistema de legítimas distinto al establecido en el Cc. español cuando el porcentaje reservado al legitimario por esas legislaciones es igual o semejante al de algunas de las legislaciones forales españolas.

Y, por otro lado, estas disposiciones reguladoras del sistema de legítimas en nuestro Cc. español, son normas diseñadas para supuestos meramente internos. En consecuencia, no se aplican a casos “internacionales” regidos por una Ley extranjera por mandato del art. 9.8 Cc. Solo serían de aplicación, en el caso en el que la *Lex sucesionis* fuera el Derecho español.

Sin embargo, el TS no ha sido unánime respecto a la consideración de las legítimas como materia excluida del orden público. Así, la STS 23 octubre 1992, de forma excesiva y desmesurada, consideró las legítimas y su fijación como cuestiones de orden público: “*La norma aplicada por la sentencia recurrida...se refiere a una institución sucesoria, como las legítimas, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro derecho*”⁹¹.

43. Un problema particular surge cuando se produce una preterición testamentaria. Las legítimas se regulan siempre por la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, según el art. 9.8 Cc. Por ello, si el testamento otorgado por el causante no respeta las legítimas habría que aplicar la *Lex Successionis* para comprobar cuáles son las consecuencias. Esto es lo que se llama la *preterición* de los herederos forzosos. Si la *Lex Successionis* fuera la ley española, el art. 814 Cc. español establece lo siguiente: “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”. En definitiva, no se declara nulo el testamento, sino que, al contrario, el testamento resulta válido y se ha de proceder a reducir la cuantía de la herencia de los otros herederos al abrirse la sucesión. La preterición testamentaria no afecta a los derechos de los legitimarios y aunque los herederos forzosos no figuren expresamente en el testamento tienen derecho a su parte de la legítima, salvo que exista alguna causa de desheredación, según establezca la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, *ex* art. 9.8 Cc. español. Así lo dice expresamente el art. 9.8 Cc. cuando señala que las disposiciones hechas en testamento conforme a la ley nacional del testador conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas deben ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento⁹².

⁸⁶ Vid. STS 15 noviembre 1996, *Aranzadi. R.J.*, 1996, R.8212. Vid. la nota a esta sentencia realizada por E. RODRÍGUEZ PINEAU en *REDI*, 1, 1997, pp.265-268

⁸⁷ SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002, ECLI:ES:APMA:2002:1121.

⁸⁸ SAP de Alicante de 27 de febrero de 2004, ECLI:ES:APT:2004:534.

⁸⁹ SAP de Tarragona de 13 de mayo de 2004, ECLI:ES: APT: 2004:789.

⁹⁰ SAP de Granada de 19 de julio de 2004, ECLI:ES:APGR:2004:1795.

⁹¹ STS 23 octubre 1992, ECLI:ES:TS:1992:18923.

⁹² Así lo señaló la SAP Madrid 7 noviembre 2008, ECLI:ES:APM:2008:15652, en relación con un testamento ológrafo otorgado en Madrid por una nacional francesa a favor de uno de sus hijos sin mencionar a su hija en el testamento. Según la AP queda probado que la hija es heredera legitimaria de la testadora según la Ley nacional del causante (art. 9.8 Cc. español), es decir, según la Ley francesa y, aunque la Ley francesa no regula expresamente el problema de la preterición de los herederos forzosos, como sí lo hace el ordenamiento español en su art. 814 Cc., tiene derecho a su parte de la herencia conforme establecen los arts. 745 y 913 Cc. francés. A tenor del art. 745 Cc. francés “los hijos o sus descendientes suceden a sus padres, abuelos, abuelas y demás ascendientes sin distinción de sexo ni de primogenitura, aunque hubieran nacido de matrimonios diferentes. Heredan

44. Por otro lado, es posible excepcionar la aplicación de determinadas legítimas incluidas en la *Lex Successionis* –la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento–, ex art. 9.8 Cc., por ser contrarias al orden público internacional español. Debe rechazarse, por vulnerar el orden público internacional español, la aplicación de una Ley extranjera que establezca un sistema de legítimas que excluya o discrimine a ciertas personas de las legítimas por razón de su sexo, ideología, religión, creencia, raza u otra condición discriminatoria. Así, *ad ex.*, según la *Sharia*, –la Legislación religiosa islámica–, una mujer vale la mitad de un hombre, por lo que hereda la mitad de lo que le correspondería al marido. Sin embargo, esta legítima es contraria al art. 14 CE por lo que cabe la reacción del orden público internacional español frente a la aplicación de tal legítima. Por ejemplo, el art. 332 Moudawwana marroquí de 3 febrero 2004 dispone que “*no hay herencia entre un musulmán y un no musulmán ni entre la persona a quien la ley islámica niegue su filiación*”⁹³; o el art. 351 Moudawwana marroquí indica que, en casos de herederos agnaticios, “*la herencia se repartirá entre ellos [los herederos agnaticios] recibiendo el varón una parte igual a la de dos mujeres*”. No obstante, este último supuesto debe observarse con cautela, visto el art. 949 Cc.: “*Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia*”⁹⁴.

2. Ley aplicable a la forma y al registro de los testamentos

45. La formulación amplia del supuesto de hecho de la norma de conflicto contenida en el art. 9.8 Cc. –“*la sucesión por causa de muerte*”– permite, en principio, resolver, conforme a la *Lex Successionis*, cualquier problema sucesorio que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de que se trate de una sucesión contractual, testamentaria o legítima. Sin embargo, la sucesión testamentaria presenta particularidades tanto en lo que respecta a las formas testamentarias como en lo que se refiere al registro de los testamentos. A estos dos aspectos de la sucesión testamentaria no les es de aplicación la ley sucesoria designada conforme al art. 9.8 Cc., sino que la forma de las disposiciones testamentarias queda regulada por el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias*⁹⁵ y el registro de los testamentos por el *Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972 relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos*⁹⁶, ambos en vigor para España⁹⁷.

46. El Convenio de La Haya de 1961 fue elaborado por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr., a iniciativa británica, precisamente con objeto de evitar la existencia de *testamentos*

por partes iguales y por cabezas cuando son todos de primer grado y suceden por derecho propio. Heredan por estirpes cuando suceden, todos o en parte, por derecho de representación. A su vez el art. 913 Cc. francés establece que “*las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no podrán exceder de la tercera parte (de los bienes del testador) si dejara dos hijos...*”, como es el caso en cuestión. De estos dos preceptos se desprende que la hija es heredera legitimaria de la fallecida, con independencia de que haya sido nombrada por la testadora, y que todas las disposiciones testamentarias de carácter económico que la testadora hubiera hecho que excedan de un tercio de sus bienes deben ser reducidas a dicha porción. En definitiva, la única consecuencia de la preterición es que se reduce la institución de heredero en lo que perjudique a la legítima de la demandante, hija de la causante francesa, con la consiguiente reducción de los legados, mandas y mejoras y demás disposiciones testamentarias de contenido patrimonial que afectaran a dicha legítima. La preterición testamentaria no afecta a los derechos de los legitimarios de la hija.

⁹³ En este sentido, la SAP Barcelona, 28 octubre 2008, *JUR*, 2009/64243, consideró que la *mudawana* (Código de Familia marroquí) del Derecho marroquí, aplicable, ex art. 9.8 Cc., al ser el causante nacional marroquí, infringía el orden público internacional español. El art. 332 de la legislación marroquí prevé que no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, ni cuando la filiación paterna sea negada legalmente. En este caso en cuestión, la viuda era nacional española no musulmana y el causante musulmán de nacionalidad marroquí. El simple hecho de tener en cuenta la religión concreta de cada una de las personas para saber qué derechos hereditarios tienen va en contra de los principios fundamentales del orden público internacional español, ex art. 12.3 Cc. En consecuencia, esto vulnera el art. 14 CE y no se puede aplicar el Derecho marroquí reclamado por la norma de conflicto española, ex art. 9.8 Cc.

⁹⁴ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I) y (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984 de 1 de marzo de 2005 (I) y núm. 1985 de 15 de marzo de 2005 (II), pp. 853-882 y 1123-1147.

⁹⁵ BOE núm. 197, de 17 agosto 1988.

⁹⁶ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1985.

⁹⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves observaciones sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, nº 702, 2007, pp. 1771-1792.

claudicantes por razones de forma, válidos en unos Estados y nulos en otros. Esta normativa convencional, —en vigor para España desde el 10 junio 1988—, constituye la regulación fundamental en cuestiones de forma de las disposiciones testamentarias, aplicable a todos los casos en que el testador haya fallecido después de su entrada en vigor (art. 8), y no el art. 11 Cc., ya que las normas de conflicto que establece poseen eficacia *erga omnes*: deben aplicarse con independencia de toda condición de reciprocidad y aunque la nacionalidad de los interesados o la ley declarada competente no sean las de un Estado contratante (art. 6). El carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya de 1961 lo confirma la RDGRN 6 marzo 1997⁹⁸: “*otra cuestión será la de determinar si, así considerada, la voluntad del disponente reúne las exigencias de forma previstas para la validez de los testamentos, lo que habrá de valorarse conforme a las prescripciones del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, que constituye hoy el Derecho internacional privado español en el punto considerado*”. La DGRN -actual DGSJFP- reconoce que el único cuadro normativo para determinar la Ley aplicable a la forma de los testamentos es el citado Convenio de La Haya. Quedan exceptuada la forma de los llamados “pactos sucesorios”, que se regula por la Ley a la que remite el art. 11 Cc.

47. No obstante, los Estados partes pueden descartar la aplicación de una ley declarada competente, si es manifiestamente incompatible con su *orden público* (art. 7) y pueden no reconocer la validez de un testamento otorgado en el extranjero, cuando concurren cumulativamente estas circunstancias: a) Que la disposición testamentaria sólo sea válida conforme a la ley del lugar donde el testador hizo la disposición; b) Que el testador tenga la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual en el Estado que presente la reserva; y c) Que el testador haya fallecido en un Estado distinto a aquel en que dispuso (art. 11). Desaparecen así, no sólo por la escasa probabilidad de que concurren *todas* las circunstancias anteriores, sino también porque España no ha hecho uso de esta reserva, dos de las cuestiones sucesorias más problemáticas del DIPr. español:

- 1º) La posibilidad de que se reconociese como válido, al amparo del art. 688, apartado cuarto Cc., el testamento ológrafo otorgado en España por extranjero en contra de su ley nacional, -cuestión ésta que ha sido considerada por alguna decisión de la denominada *jurisprudencia menor* como perteneciente a la “forma del testamento”, y no una cuestión de “capacidad”⁹⁹.
- 2º) La prohibición del art. 733 Cc. de que los españoles de Derecho común otorgasen en el extranjero testamento mancomunado, de acuerdo con la ley de la nación donde se hubiere otorgado¹⁰⁰. Además, por lo que a este último supuesto se refiere, debe observarse que el art. 4 del Convenio señala expresamente su aplicabilidad a “*la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas*”.

48. En virtud del *Convenio de Basilea de 16 mayo 1972 relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos*, del que es parte España desde su entrada en vigor el 29 de septiembre de 1985, los Estados se obligan a establecer un sistema de inscripción de testamentos destinado a facilitar después del fallecimiento del testador el descubrimiento de su testamento (art. 1). Para ello, cada Estado debe crear o designar uno o varios organismos, encargados de registrar las disposiciones testamentarias, así como de recibir y transmitir la información (arts. 2 y 3). Este organismo será en España el *Registro General de Actos de Última Voluntad*. Así, por ejemplo, el hecho de que el testador belga no se ajustase a ninguna de las leyes designadas para las cuestiones de forma por el art. 11 Cc., al otorgar una disposición revocatoria de un testamento, impulsó a la DGRN a denegar su inscripción en el Registro General de Actos de Última Voluntad¹⁰¹.

⁹⁸ RDGRN 6 marzo 1997, BOE núm. 77 de 31 de marzo de 1997.

⁹⁹ SAT Palma Mallorca 21 mayo 1985, *RGD*, enero-febrero 1986, núms. 496-497, pp. 253-255, decisión que tuvo que enfrentarse con un testamento ológrafo otorgado en el extranjero.

¹⁰⁰ RDGRN 28 octubre 1894 y STS 28 mayo 1912, que admiten, como válido, el testamento mancomunado otorgado en España conforme a la ley nacional de los disponentes

¹⁰¹ RDGRN 17 enero 1981, *BIMJ*, 1981, núm. 1235, p. 65.

III. Particularidades de la sucesión legítima

1. Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento

49. Cuando no existe testamento o, habiéndolo, éste es insuficiente para que se produzca la sucesión, -caso, *ad ex.*, de que sea nulo, de que sólo disponga de parte de los bienes o de que los herederos no acepten la herencia-, la ley llama a heredar a ciertas personas -cónyuge viudo, parientes hasta cierto grado y, en ciertos casos, el Estado-. Esta es la llamada *sucesión intestada* -porque generalmente no hay testamento válido-, o *legítima*, -porque es la ley quien llama a los herederos (*herederos legítimos*)-. Por tanto, se abre la sucesión intestada en todos los supuestos en que la institución de heredero no llega a tener efectividad¹⁰².

50. Los ordenamientos jurídicos discrepan en cuanto a las personas llamadas a la sucesión, -filiación ilegítima, adoptiva-, al orden del llamamiento, -a falta de descendientes, ascendientes antes que cónyuge supérstite o viceversa-, y a la extensión del llamamiento -tratándose de parientes colaterales-. Por ello, es preciso determinar la ley aplicable a la sucesión legítima o intestada. En DIPr. español, la ley aplicable a la sucesión intestada o *abintestato* es la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, según se desprende del art. 9.8 Cc. y de reiterada jurisprudencia¹⁰³. En Derecho interregional, la ley competente para regir la sucesión intestada es la de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento¹⁰⁴.

Ahora bien, dado que las legítimas establecidas en España no pueden considerarse, tal y como hemos visto, como parte del orden público internacional español, las legítimas aplicables en la sucesión *abintestato*, de haberlas en la *Lex Successionis*, son las contempladas en dicho ordenamiento jurídico, *ex art. 9.8 Cc.*, con independencia de que coincidan o no con las establecidas en el ordenamiento jurídico español (arts. 806-822 Cc.). Así, por ejemplo, la STS 13 octubre 2005 determinó que la ley aplicable a la sucesión de una nacional italiana, era la Ley italiana, que había quedado acreditada en la instancia. Como el litigio se derivó de una sucesión intestada, el TS aplicó las legítimas o reservas -como se denominan en Italia- contempladas en los arts. 565 y ss. del Código civil italiano¹⁰⁵.

2. Ley aplicable a la capacidad para suceder

51. La capacidad para suceder de las personas físicas se regula por el art. 9.1 Cc. y la de las personas jurídicas por el art. 9.11 Cc., como se vio anteriormente en relación con la sucesión testamentaria, puesto que, aunque estos artículos se refieren genéricamente a la capacidad, sin hacer distinciones, no

¹⁰² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia”, *REDI*, 1995, pp. 473-477; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español”, *RJ La Ley*, 1988, 1, pp. 895-904; M.P. GARCÍA RUBIO, “La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia”, *AC*, marzo 1997, pp. 237-260; G.S. MARIDAKIS, “Le bona vacantia d’après le droit international privé”, *RabelsZ*, 1958, pp. 802-818; J.L. DE LOS MOZOS, “La sucesión abintestato en favor del Estado”, *ADC*, 1965, II, pp. 393-433; S. NAVAS NAVARRO, *La herencia a favor del Estado. Estudio de la normativa civil, administrativa y procesal*, Madrid, 1996; T. PFUNDSTEIN, *Pflichtteil und ordre public: Angehörigenschutz im internationalen Erbrecht*, München, Beck, 2010; J.D. VALLS LLORET, “El llamamiento sucesorio a la Generalitat de Cataluña. Una crítica al extinto recurso de inconstitucionalidad 1188/87”, *Rev. Jurídica Castilla-La Mancha*, n.19, 1994, pp. 123-147; M.E. ZABALO ESCUDERO, “La reforma de la Compilación de Derecho civil de Aragón en materia de sucesión intestada”, *REDI*, 1995, pp. 477-480.

¹⁰³ STS 10 febrero 1926, *JC*, vol. 169, 1928, núm. 113; STS 30 enero 1960, R. 452; STS 27 mayo 1968, R. 2925.

¹⁰⁴ SAT Cataluña 4 noviembre 1986, *RGD*, 1987, n. 512, pp. 2677-2682 o STS 10 julio 2009, ECLI:ES:TS:2009:4675, en relación a un causante mejicano, que no se refiere expresamente a la vecindad civil sino al “último domicilio” del causante que en España había sido Cataluña, por lo que “la norma que debía regir su sucesión era el Código de Sucesiones del Derecho civil de Cataluña”, tal y como se recoge literalmente en el Fundamento de Derecho Primero; SAP Zaragoza 10 noviembre 2004, en relación a causante aragonés y consorcio; STSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 10 junio 2024, ECLI:ES:TSJPV:2024:1186, en relación con sucesiones sometidas al Derecho Civil Vasco; SAP Barcelona 15 noviembre 2023, en relación con la vecindad civil catalana, ECLI:ES:APB:2023:11596.

¹⁰⁵ STS 13 octubre 2005, ECLI:ES:2005:6123.

distinguen entre capacidad general y capacidad especial. Sólo cuando el legislador de forma expresa regule de manera específica una concreta capacidad para la realización de un determinado acto jurídico, habrá que aplicar tal solución en detrimento del art. 9.1 Cc. En este sentido, la capacidad sucesoria, ya sea activa –capacidad para testar- o pasiva –capacidad para suceder-, ante el silencio de la ley, debe estimarse incluida en el régimen general del art. 9.1 Cc.¹⁰⁶ En este caso, se puede plantear con facilidad un caso de conflicto móvil por cambio de nacionalidad del que debe aceptar la herencia, puesto que el los arts. 9.1 y 9.11 Cc. no fijan la nacionalidad en el tiempo. En este supuesto, dado que la ley aplicable a la capacidad pasiva de los herederos es la de su nacionalidad, *ex* art. 9.1 Cc., habrá que estar a la nacionalidad correspondiente al “nacimiento” de la situación jurídica que, en este supuesto, es el momento en que se abre la sucesión y los herederos deben aceptar la herencia.

52. En los casos de doble nacionalidad o apatridia o nacionalidad indeterminada habrá que estar a lo dispuesto por los arts. 9.9 y 9.10 Cc. respectivamente y, en su caso, al art. 12.1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas hecha en Nueva York el 28 septiembre 1954.

3. La sucesión del Estado

53. Desde un punto de vista de DIPr., la sucesión del Estado se produce por la falta de parientes con derecho a heredar al causante conforme a lo dispuesto por la ley aplicable a la sucesión internacional. Es, por tanto, el Estado quien hereda *in extremis* en defecto de parientes –con derecho a heredar- bien como un “heredero especial” o bien como un “beneficiario de la herencia”¹⁰⁷.

54. Desde antiguo se ha discutido si el título del Estado para apropiarse y adquirir sucesiones vacantes se produce *iure imperii* o *iure successionis*. Surge, por tanto, un problema de calificación que hay que resolver para determinar la ley aplicable a la sucesión del Estado. De la naturaleza jurídica otorgada, depende la ley aplicable a la sucesión del Estado. Si se considera como una cuestión *iure imperii* la ley aplicable a la sucesión del Estado será la ley del lugar de situación de los bienes. Pero, si se considera como una cuestión *iure successionis* la ley aplicable no es otra que la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, *ex* art. 9.8 Cc.

Dado que en virtud del art. 12.1 Cc. la determinación de la naturaleza jurídica de una concreta institución sólo puede fijarse con arreglo a la ley española -la *Lex fori*- hay que dejar claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, el Estado interviene, en defecto de parientes con derecho a heredar, como un heredero más, tal y como se establece en los arts. 956 a 958 Cc. En los arts. 956 a 958 Cc., donde se regula la sucesión del Estado español, se define jurídicamente esta institución. En primer lugar, el Estado solo hereda “*a falta de personas que tengan derecho a heredar*” (art. 956 Cc.). En segundo lugar, “*los derechos y obligaciones del Estado serán los mismos que los de los demás herederos*”, con el único privilegio de que el Estado puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, en relación con los efectos que produce el beneficio de inventario a favor del heredero, a los efectos que enumera el art. 1.023 Cc.(art. 957 Cc). Y, en tercer lugar, “*para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derechos hereditarios habrá de preceder declaración administrativa de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos*” (art. 968 Cc.), No se trata, por tanto, de un privilegio de soberanía para ocupar bienes, sino de cumplir la función social que toda sucesión está llamada a desempeñar en beneficio de la continuidad de la vida jurídica. De lo contrario, se produciría un injustificado corte en las relaciones jurídicas del difunto, con evidente perjuicio de los demás interesados en tales relaciones jurídicas –como, *ad ex.*, los acreedores o los deudores del causante-, que quedarían extinguidas por la muerte sin sucesor de su titular activo o pasivo.

¹⁰⁶ A. CIANNI, “Capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento: profili di diritto internazionale privato”, *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 115-118.

¹⁰⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; *Id.*, “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 481-489.

55. En definitiva, dado que el llamamiento que se hace al Estado es sucesorio –como lo dejan claro los arts. 956 y 957 Cc.– es la *Lex Successionis* –la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, ex art. 9.8 Cc.– la que debe fijar el régimen jurídico de dicho llamamiento. Hay una excepción que modula la sucesión del Estado en nuestro ordenamiento jurídico: la de las Comunidades autónomas –que suscitó algunas dudas y acusaciones de inconstitucionalidad, hoy despejadas–. Siendo aplicable la ley material española, el Estado español podrá apoderarse de los bienes sucesorios, como auténtico heredero, de quien fallece intestado sin parientes con derecho a heredar, salvo que, tratándose de un aforado, el ordenamiento correspondiente a su vecindad civil atribuya tales bienes a otras entidades, que se subrogan en la posición de nuestro Estado. Por tanto, cuando la *Lex Successionis* es un Derecho Foral español, tal ordenamiento indicará qué ente u organismo hereda en defecto de parientes del causante¹⁰⁸. Hay subrogación legal de otro ente en lugar del Estado (central) en el supuesto, entre otros, de la Comunidad Autónoma de Aragón –como regla general- y del Hospital de nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza –como regla especial- con respecto a los enfermos que fallezcan en él sin testamento válido ni parientes cercanos, o de la Generalitat de Cataluña sobre las herencias vacantes de los aforados catalanes¹⁰⁹.

IV. Particularidades de la sucesión contractual

1. Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento

56. Se habla de sucesión contractual cuando la ordenación del fenómeno hereditario se produce total o parcialmente por medio de un contrato, denominado “contrato sucesorio”¹¹⁰. Se pueden distinguir tres tipos de contratos sucesorios: los pactos de suceder –“pactos constitutivos”–, los pactos de no suceder –“pactos renunciativos”– y los pactos sobre la sucesión de un tercero¹¹¹. Tanto los pactos de suceder como los pactos de no suceder son considerados como pactos sucesorios. Aunque los pactos sucesorios son contratos, su naturaleza es sucesoria, por ello deben considerarse excluidos del Reglamento (UE) Roma I, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹². Su formación, validez y efectos se regirán por la *Lex Successionis* determinada por el art. 9.8 Cc. Los aspectos me-

¹⁰⁸ E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155; Id. “El sistema europeo de Derecho interregional”, en A. FONT I SEGURA, *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo / Aplicació del dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 17-30.

¹⁰⁹ De un lado, en Aragón, el art. 517 CDFA 2011 indica que “1. En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente. 2. En defecto de descendientes: | 1.º Los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente. | 2.º Los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia” (vid. anteriormente, el art. 221 de la Ley 1/1999, de 24 febrero, de sucesiones por causa de muerte, indica que “en los supuestos del artículo anterior [sucesión en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón], el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes”, hoy trasladado al art. 536 CDFA: “1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes. | 2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital”. De otro lado, la Generalitat de Cataluña hereda los bienes vacantes de los sujetos con vecindad civil catalana (arts. 442-12 y 442-13 Ley 10/2008 Libro Cuarto del Código Civil de Catalunya).

¹¹⁰ A. BONOMI (Ed.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé: nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse; actes de la Journée d'Etude de Lausanne du 5 mars 2007*, Genève, Droz, 2008; D. HENRICH, “Anordnungen für den Todesfall in Eheverträgen und das Internationale Privatrecht”, en *Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag*, München, 1996, pp. 905-917; W. RIERING / F. BACHLER, “Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1995, pp. 580-598.

¹¹¹ J.-L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, tomo V, Sucesiones*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 291-298.

¹¹² Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008.

ramente contractuales de dicho pacto sucesorio, que no tienen que ver con la sucesión *mortis causa*, deben considerarse como “contratos” y sí se rigen por la Ley designada por el Reglamento Roma I. Sin embargo, los pactos sobre la sucesión de un tercero no son propiamente pactos sucesorios, puesto que no tienen por objeto ordenar la sucesión. Por ello, no son objeto de regulación de la *Lex Successionis* sino de la *Lex Contractus*¹¹³.

57. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico, de tradición romanista, los arts. 658 y 1.271 Cc. consagran con carácter general el principio de la prohibición de la sucesión contractual, en otros ordenamientos jurídicos de origen germánico, como Alemania, Austria o Suiza, se conocen y se admiten desde la Edad Media los contratos sucesorios. Incluso en el Derecho interregional español se reconoce la sucesión contractual con una amplitud mucho mayor que en nuestro Derecho común. En este sentido, la determinación de la ley aplicable a la sucesión contractual no es una cuestión baladí. Antes de la reforma del Título Preliminar del Cc. de 1974, por la que se introduce el actual art. 9.8 Cc., se planteó un problema de calificación, respecto a la sucesión contractual, del que dependía la determinación de la ley aplicable. Con el actual art. 9.8 Cc. este problema de calificación desaparece pues se sustituye la expresión *sucesiones legítimas y testamentarias* del art. 10 párrafo 2º del Cc. de 1889 por una expresión más genérica la de la *sucesión por causa de muerte*, mencionándose expresamente los *pactos sucesorios* en el art. 9.8 Cc. La ventaja práctica de esta formulación tan amplia del supuesto de hecho es que, en principio, *cualquier problema sucesorio* que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de la clase de sucesión –contractual, testamentaria o legítima- puede incluirse en su ámbito de aplicación material. Así lo dejó claro la STS 4 octubre 1982, en relación con una sucesión contractual y una donación *mortis causa*, donde se proclamó que ambos supuestos quedaban comprendidos en el ámbito de la *Lex Successionis*; o la RDGRN 6 marzo 1997, donde se señaló que a las donaciones *mortis causa*, como “exteriorización jurídica” de las determinaciones patrimoniales *mortis causa* del donante, debe aplicárseles “íntegramente” el régimen de la sucesión testamentaria.

58. Por tanto, la ley aplicable a la sucesión contractual es la *Lex Successionis*: la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento. Sin embargo, para evitar el conflicto móvil por un posible cambio de nacionalidad del disponente del pacto sucesorio, el art. 9.8 Cc. señala que los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, dejando a salvo las legítimas que quedarán sometidas a la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento con independencia de que sea otra su nacionalidad en el momento de su otorgamiento. Dicho de otro modo, la sucesión contractual queda sometida, por el actual art. 9.8 Cc., a la ley nacional del disponente en el momento de otorgar el pacto sucesorio, salvo las legítimas que quedan siempre sometidas a la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. Con esta corrección a la aplicación de la *Lex Successionis* se consigue favorecer la validez de los pactos sucesorios. La ley personal del disponente regulará, por tanto, la admisibilidad y requisitos de tales pactos¹¹⁴. Por tanto, si el causante fallece con una nacionalidad diferente a la que tenía en el momento de otorgar el pacto sucesorio, será válido en cuanto al fondo si la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba el causante en el momento del otorgamiento del pacto estimaba válido dicho pacto sucesorio. De esta forma se refuerza el *favor testamentii*. Solo las legítimas quedan reguladas por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, y no por la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del pacto, pero el pacto sigue siendo válido en cuanto al fondo, aunque no se hayan respetado las legítimas, lo que favorece la seguridad jurídica¹¹⁵.

59. Hay que hacer una distinción entre la regulación de los pactos sucesorios de sucesión de una persona o de varias personas. En el caso de una persona que ordena su sucesión *mortis causa* en favor de otra persona, que participa en el pacto sucesorio y lo acepta, la Ley reguladora del pacto sucesorio es

¹¹³ A. FONT I SEGURA, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *Indret.com*, mayo 2009.

¹¹⁴ STS 4 octubre 1982, R. 5537; STSJ Andalucía 7 septiembre 1990, *RGD*, 1991, núm. 567, pp. 11282-11284.

¹¹⁵ A. FONT I SEGURA, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *Indret.com*, mayo 2009.

la Ley nacional del disponente-causante. En efecto, el pacto sucesorio no regula ni ordena la sucesión *mortis causa* del sujeto que va a recibir la herencia. El art. 9.8 Cc. deja claro que debe aplicarse la Ley nacional del causante y no del sujeto beneficiado por el pacto sucesorio, aunque haya participado en el mismo. En el caso de un pacto sucesorio en el que varias personas ordenan sus respectivas sucesiones *mortis causa*, deberá respetarse, para la validez de fondo de dicho pacto sucesorio, la Ley nacional de cada sujeto que interviene en el pacto sucesorio¹¹⁶. Se produce, por tanto, una “aplicación cumulativa” de las Leyes nacionales de los sujetos del pacto sucesorio, lo que dificulta la validez sustancial de un pacto sucesorio otorgado por sujetos de diferente nacionalidad.

2. Excepción de orden público y pactos sucesorios

60. De la dicción literal de los arts. 658 y 1.271 Cc. se entiende que están prohibidos los pactos sucesorios en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, si se trata de un pacto sucesorio puramente interno –situación de tráfico interno- o de un pacto sucesorio internacional –situación privada internacional- al que le sea de aplicación el Derecho común español, en virtud del art. 9.8 Cc., será nulo de pleno derecho. Sin embargo, un juez español que conozca de la validez de un pacto sucesorio internacional al que le es de aplicación un ordenamiento jurídico extranjero que admita su validez, *ex art. 9.8 Cc.*, no podrá oponer la excepción de orden público. Baste señalar: a) que, en primer lugar, en el mismo Código civil, ciertas normas reconocen la validez de determinados pactos sucesorios, -las promesas de mejorar o no mejorar (arts. 826 y 827); la mejora al cónyuge por capitulaciones matrimoniales (art. 831); la posibilidad de partición *intervivos* de la herencia futura (art. 1271 Cc.) y la donación de bienes futuros para caso de muerte por un esposo a otro en capitulaciones matrimoniales (art. 1.341)-; b) en segundo lugar, que carecería de sentido que el art. 9.8 Cc. expresamente prevea la ley competente para regular los pactos sucesorios, si dicha ley fuese a permanecer inaplicada, y; c) que, por último, los pactos sucesorios sí que son posibles en algunos de nuestros Derechos forales -Cataluña, Aragón, Baleares, etc.-¹¹⁷.

También puede plantearse un problema de orden público internacional español en relación a las sustituciones fideicomisarias, reguladas en el art. 781 Cc. y, en virtud de las cuales, se le permite al testador ejercer cierto control sobre la conservación de un patrimonio a través del correcto nombramiento de un sustituto o heredero fiduciario. Las sustituciones fideicomisarias, también llamadas como “fideicomiso testamentario” porque el heredero tiene la carga de transferir el patrimonio recibido a un tercero en un momento ulterior, sólo son admitidas en nuestro Cc. hasta el segundo grado o si se hacen a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador. Las legítimas (arts. 806 a 822 Cc.) nunca pueden verse afectadas por las sustituciones fideicomisarias, salvo que se establezcan en favor de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad (art. 782 Cc.). El problema que puede plantearse es si la prohibición de sustituciones fideicomisarias, tal y como se regula en nuestro Cc., puede considerarse como una cuestión de orden público internacional español. A mi entender, la regulación de las sustituciones fideicomisarias, *ex art. 781 Cc.*, no puede considerarse como parte del orden público internacional español si se tiene en cuenta que, en algunos Derechos forales, como la Ley 224 de la Compilación Navarra, admite hasta cuatro llamamientos fideicomisarios y las legítimas son casi inexistentes. Cuando la regulación material es tan distinta en los distintos Derechos civiles que coexisten en España –en el Cc. y en los distintos Derechos forales-, como ocurre en el ámbito del Derecho sucesorio, es muy difícil considerar una disposición sucesoria de un ordenamiento jurídico extranjero como contraria al orden público internacional español, dada la escasa uniformidad dentro del propio ordenamiento jurídico español.

¹¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.^a ed., 1995, pp. 350-391; *Id.*, “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

¹¹⁷ En Aragón en la “sucesión paccionada” prevista en los arts. 377-400 CDFa 2011; en Cataluña para regular el heredamiento o *institució contractual d'hereu*: arts. 431-18 a 431-28 de la Ley 10/2008 que aprueba el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña]; en las Islas Baleares (art. 6 Compilació); en Galicia (arts. 209-227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia); en Navarra (art. 115 Fuero Nuevo de Navarra, o en el País Vasco).

3. Ley aplicable a la forma de los contratos sucesorios

61. La Ley aplicable a la “forma” de los contratos sucesorios se regula por el art. 11 Cc y no por el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, sobre Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias.

V. Ámbito de la ley aplicable a la sucesión en el dipr. español

1. Cuestiones reguladas por la *Lex successionis*

62. Los ordenamientos jurídicos basados en la Ley sucesoria única y, en general, los países latinos, incluyen dentro de su ámbito de aplicación material todas las cuestiones relacionadas con la sucesión internacional, no sólo la adquisición de la herencia sino también la administración de la misma. Sin embargo, los países anglosajones o angloamericanos hacen una clara distinción entre administración y adquisición de la herencia. De este modo, en los países latinos se produce, una vez aceptada la herencia, una transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos, quienes pueden proceder de pleno derecho a la administración de los bienes, a la formación de la masa hereditaria, a la partición e, incluso, a la atribución definitiva de los bienes, salvo que el causante haya nombrado un albacea o contador-partidor para llevar a cabo tales funciones, o el juez, a petición de un interesado, nombre un administrador. En estos países, en donde se encuentra España, en los que no se distingue los problemas estrictamente sucesorios de los de la administración de la herencia, todos estos problemas se someten a la Ley sucesoria única. En los países anglosajones, en donde la administración y liquidación sucesoria está perfectamente organizada y diferenciada, se someten estos problemas, no estrictamente sucesorios, a la *Lex fori* o a la ley del lugar de situación de los bienes, que normalmente coincidirá en estos países con la *Lex successionis*, si se trata de bienes inmuebles.

63. Con carácter general, cualquier problema sucesorio que se plantee ante los jueces y tribunales españoles puede incluirse en el ámbito de aplicación material del art. 9.8 Cc. cuando señala la ley aplicable a “*la sucesión por causa de muerte*”, con independencia de que se trate de una sucesión testamentaria, contractual o legítima. El art.10 párrafo 2º del C.c. de 1889 señalaba sólo la ley aplicable a las sucesiones *legítimas* y a las *testamentarias*, incluyendo en el ámbito de aplicación de la *Lex successionis* el siguiente catálogo de materias: orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de las disposiciones. Esta enumeración de materias fue interpretada por nuestros tribunales como meramente indicativa, aunque no faltó alguna interpretación aislada en contra, considerando este catálogo como exhaustivo (*inclusus unius exclusio alterius*)¹¹⁸.

Con la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974, por la que se introduce el actual art.9.8 Cc., se sustituye la expresión *sucesiones legítimas y testamentarias* por una expresión más genérica la de *sucesión por causa de muerte*, mencionándose expresamente los pactos sucesorios en el artículo 9.8 C.c. que serán regidos por la ley nacional del disponente. La ventaja práctica de esta formulación tan amplia del supuesto de hecho es que, en principio, cualquier problema sucesorio que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de la clase de sucesión –contractual, testamentaria o legítima- puede incluirse en su ámbito de aplicación material¹¹⁹.

64. Sin embargo, hay algunas cuestiones íntimamente relacionadas con las cuestiones sucesorias que no pueden incluirse en el supuesto de hecho del art. 9.8 Cc. Por ello, es necesario precisar el ámbito

¹¹⁸ Así lo sostuvieron la STS 11 febrero 1952, R. 284 y la SAT Palma de Mallorca 17 febrero 1965.

¹¹⁹ Así lo dejó claro el Tribunal Supremo en una STS 4 octubre 1982, R. 5537, en relación con una sucesión contractual y una donación *mortis causa*, donde se proclamó que ambos supuestos quedaban comprendidos en el ámbito de la *Lex successionis*; o la RDGRN 6 marzo 1997, BOE núm. 77 de 31 marzo 1997, donde se señaló que a las donaciones *mortis causa*, como “exteriorización jurídica” de las determinaciones patrimoniales *mortis causa* del donante, debe aplicárseles “íntegramente” el régimen de la sucesión testamentaria.

de aplicación y las limitaciones de la ley sucesoria en las distintas fases de la adquisición de la herencia como cuestiones comunes a cualquier clase de sucesión. Dentro de las cuestiones que quedan reguladas por la *Lex successionis*, ex art. 9.8 Cc., pueden citarse las siguientes: la apertura de la sucesión, la delación hereditaria, las presunciones de *premorienza* o *conmorienza*, la aceptación de la herencia, la administración de la herencia, la partición de la herencia y la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios. Entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de la ley reguladora de la sucesión internacional, conforme al art. 9.8 Cc., hay que mencionar los problemas de capacidad activa –para testar- o pasiva –para heredar-, efectos registrales de los derechos hereditarios, las ventajas parasucesorias y los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

A) Apertura de la sucesión

65. La apertura de la sucesión se rige, en principio, por la *Lex successionis*¹²⁰. Ahora bien, aunque sobre las causas por las que se abre la sucesión no suele haber muchas discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos, la *muerte* o *declaración de fallecimiento* son los únicos hechos que, en España, pueden provocar la apertura de la sucesión de un causante extranjero, al considerarse que la aplicación de los arts. 9.8 y 657 Cc.¹²¹ –en relación con la *muerte*- y el art. 196¹²² –donde se equipara la *declaración de fallecimiento* con la muerte, a efectos sucesorios- son de orden público internacional. Por tanto, en España no se admitirá ninguna otra causa por la que se pueda abrir la sucesión de un extranjero.

B) Delación hereditaria

66. La *delación* de la herencia se rige por la ley sucesoria, que deberá determinar la cuantía de los derechos hereditarios –legítimas, reservas-, las personas llamadas a suceder, el orden de la sucesión, la extensión del llamamiento, la validez intrínseca de las disposiciones, etc...

No se puede oponer la excepción del orden público internacional español ni a los llamamientos a suceder de los hijos ilegítimos ni al exceso del número de llamamientos permitidos por el Derecho del foro, como ocurrió en el pasado.

67. Ahora bien, aunque la declaración de herederos se rige por la Ley sucesoria, el expediente de declaración de herederos en su aspecto procedimental se rige por la *Lex fori* tal y como establece el art. 3 LEC (*Lex fori regit procesum*)¹²³.

C) Legitimación para revocar un testamento

68. Cuestión distinta a la *delación* hereditaria, aunque conectada con ella es la de la legitimación para revocar un testamento. La legitimación para impugnar un testamento corresponde a los que

¹²⁰ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La conmorienza en Derecho internacional privado”, *BIMJ*, núm. 1713, 15 julio 1994, pp. 3935-3956; I.A. CALVO VIDAL, “Nota a RDGRN de 18 de enero de 2005 (sucesiones)”, *REDI*, 2005, pp. 1028-1033; D. HENRICH, “Die Schenkung von Todes wegen in Fällen mit Auslandsberührung”, *Festschrift für K. Firsching zum 70. Geburtstag*, München, 1985, pp. 111-123; E. JAYME/H. HAACK, “Die Kommorientenvermutung im internationalen Erbrecht bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Verstorbenen”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1985, pp. 80-96; H.G. PAULI, *Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public*, Diss. München, 1994.

¹²¹ Art. 657 Cc.: “Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”.

¹²² Art. 196, párrafo primero Cc: “Firme la declaración de fallecimiento del ausente se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente”.

¹²³ RDGRN 18 enero 2005; SAP A Coruña 22 septiembre 2010, ECLI:ES:APC:2010:973A. En este sentido, en los casos en los que el expediente de la apertura de la sucesión de un nacional extranjero y, por tanto, la declaración de herederos del causante, se haga ante un Notario español su nacionalidad y su identidad se acreditarán respecto a extranjeros residentes en territorio nacional mediante pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española; y respecto de extranjeros no residentes en España mediante pasaporte o mediante cualquier documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que se certificará en caso de dud por la autoridad consular correspondiente.

ostentarían por llamamiento de la Ley aplicable a la sucesión internacional, *ex art. 9.8 Cc.*, el carácter de herederos, sin que pueda exigirse la declaración de herederos como tales¹²⁴. Para nuestro TS, el elemento configurador de la cualidad subjetiva en que consiste la legitimación para revocar un testamento por otro posterior se sitúa en el “interés legítimo” en obtener el pronunciamiento y el efecto revocatorio; por tanto, basta justificar “la concurrencia de los elementos de hecho” que permitan apreciar en la parte demandante la existencia de ese interés legítimo. Ese interés legítimo debe reconocerse a quienes de forma “abstracta y general” se encuentren en situación de ser llamados a la herencia abierta conforme a las disposiciones testamentarias aplicables a la sucesión internacional en cuestión, con independencia de que finalmente lleguen a ser acreedores del *ius delationis* que, en definitiva, conformaría el objeto de un procedimiento judicial diferente al de la legitimación para impugnar un testamento. Dicho de otro modo, todos los posibles herederos, según la *Lex successionis*, están legitimados para impugnar un testamento, aunque finalmente no sean llamados a suceder porque tienen un interés legítimo en que los jueces y tribunales se pronuncien sobre la herencia, objeto del litigio¹²⁵.

En España, según los arts. 737 y 739 Cc. los testamentos son revocables. Sin embargo, no se pueden considerar contrarios al orden público internacional español los testamentos irrevocables cuya *Lex successionis* permite tal posibilidad. Sólo se pueden aplicar los arts. 737 y 739 Cc. cuando la Ley aplicable a la sucesión internacional sea la Ley española, *ex art. 9.8 Cc.* Además, el TS deja claro que “*el Derecho español, en el de Aragón, Cataluña y Navarra, admite el testamento mancomunado, cuyo irrevocabilidad en determinados casos -esencialmente la revocación por uno solo de los testadores- va insita en su mismo concepto*”, por tanto, no es posible que forme parte del orden público español¹²⁶.

D) Conmoriencia y premoriencia

69. En DIPr., en relación con la delación hereditaria, la muerte plantea fundamentalmente los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, que se producen cuando varias personas llamadas a suceder entre sí mueren en una misma circunstancia o situación sin que pueda determinarse quién ha muerto antes o si han muerto simultáneamente. Esta situación se regula de diferente manera en los distintos ordenamientos, pero siempre a nivel interno. Desde un punto de vista de DIPr., con relación a la ley aplicable a los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, aunque se trata de cuestiones muy relacionadas con la apertura de la sucesión, no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma de DIPr. ni decisión jurisprudencial que hayan resuelto este problema, pues el art. 33 Cc. –que parte de la pura presunción de *conmoriencia*– es una norma de tráfico interno que no puede considerarse de orden público internacional. Por ello, son tres las posibilidades que se barajan, como posibles leyes aplicables, para solucionar estos problemas: la ley sucesoria, la ley personal de los causantes o la *Lex fori*. La mejor solución es aplicar la *Lex successionis* a este problema sobre la base de que las presunciones de premoriencia o conmoriencia son auténticas reglas de delación sucesoria a las que debe aplicárseles la ley rectora de la sucesión.

E) Aceptación de la herencia

70. La ley sucesoria también determina si la adquisición de los derechos sucesorios se produce automáticamente por la apertura de la sucesión y la delación hereditaria o si es preciso un acto especial de *aceptación*, así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario¹²⁷. El TS

¹²⁴ STS 21 noviembre 2007.

¹²⁵ Así lo ha señalado la STS 25 junio 2008, ECLI:ES:TS:2008:3641, en relación con la revocación de un testamento otorgado por nacional español en Méjico por otro testamento posterior otorgado en España.

¹²⁶ Así lo ha señalado la STS 8 de octubre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:5120, en relación con un testamento mancomunado irrevocable válido según el Derecho alemán aplicable al testamento en cuestión.

¹²⁷ M. BÜNNING, *Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Baden-Baden, 1996; N. DOWNES, “El *Erbschein* en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?”, *RJN*, nº46,

señala, además, que “la aplicación de la ley nacional no se limita... a la simple declaración de heredero, sino que abarca como parte del Derecho sucesorio todas las limitaciones legales que esta ley establece, y por ello la que excluye los bienes de la heredera de responder del pago de las deudas del causante”¹²⁸.

71. Ahora bien, la aceptación o la repudiación son negocios jurídicos unilaterales por los que se manifiesta la libre voluntad de ser o no heredero (art. 988 Cc.). Por consiguiente, junto a la ley sucesoria podrán aplicarse otras leyes, que serán, en su caso, la ley personal del heredero o legatario, para los requisitos de capacidad o las formas habilitantes necesarias para la aceptación de la herencia; la ley del lugar de aceptación, para las formalidades de la aceptación, con carácter alternativo a la ley personal del aceptante o a la ley sucesoria, y la ley del lugar de situación de los bienes, que podrá influir en los plazos y en las cuestiones sucesorias que se susciten hasta que la herencia sea adquirida.

F) Administración de la herencia

72. En relación con la *administración* de la herencia, en el sistema de DIPr. español y, en general, en los países latinos una vez aceptada la herencia se produce una transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos, quienes de pleno derecho pueden proceder a la administración de los bienes hereditarios, salvo que el causante haya nombrado *ex professo* un albacea o contador-partidor o el juez, a petición de un interesado, nombre a un administrador. En estos países el control judicial de la administración de la herencia o no existe o es mínimo¹²⁹. Por ello, todos los problemas relativos a la administración de la herencia se regulan, en nuestro ordenamiento jurídico, por la *Lex successionis ex art. 9.8 Cc.* En los países anglosajones existe, sin embargo, un administrador o ejecutor judicial que se interpone entre el causante y los herederos, con amplias atribuciones, sometidas a un riguroso control judicial para conservar y liquidar el patrimonio del causante a fin de proceder a la ejecución hereditaria y a la atribución definitiva de los bienes hereditarios. En este sentido, los países anglosajones separan y distinguen los problemas estrictamente sucesorios de los de la administración de la herencia, sometiendo esta última a la *Lex fori* –la ley del país donde tiene lugar la administración y que es la ley del Estado de donde deriva la “autoridad” del administrador- o a la ley del lugar de situación de los bienes, que si son inmuebles coincidirá con la *Lex successionis*. Así como los países poco organizados acogen, sin dificultad, los sistemas organizados de la administración de la herencia, lo contrario es más complicado de admitir –*ad ex.*, un juez inglés no comprenderá la pretensión de un heredero español desprovisto de autorización judicial de que se le entreguen los bienes situados en Inglaterra¹³⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, la administración de la herencia debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de la *Lex successionis ex art. 9.8 Cc.* Sin embargo, junto a la ley sucesoria no pueden pasarse por alto la aplicación de otras leyes como, *ad ex.*, la ley del lugar de situación de los bienes –para adoptar medidas provisionales de administración del patrimonio hereditario, tanto si se trata de sucesiones de extranjeros en España, como de españoles en el extranjero-, o la ley del Estado receptor del cónsul, en relación a la administración interina de la herencia de los españoles fallecidos en el extranjero por nuestros cónsules, con el fin de asegurar que el patrimonio hereditario pase a sus herederos.

2003, pp.67-106; S. PECHER, *Die internationale Erbschaftsverwaltung bei deutsch-englischen Erbfällen*, Baden-Baden, 1995; H. WIRNER, “Le mort saisit le vif” oder “hereditas iacens”, eine Grundsatzfrage bei der Abwicklung österreichisch-deutscher Erbfälle”, en *Festschrift für HELMUT SCHIPPEL zum 65. Geburtstag*, München, 1996, pp. 981-991; A. WOHLGEMUTH, “Der Status New Yorker Erbschaftsverwalter (administrators) im deutschen Nachlassverfahren”, *Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer*, 1992, 5, pp. 101-109; G. ZILLMANN, *Die Haftung der Erben im internationalen Erbrecht*, 1998.

¹²⁸ STS 10 diciembre 1966, R. 5714. *Vid.*, también, la RDGRN 27 noviembre 2006, BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2006, señala que la aceptación de la herencia de un causante venezolano se rige por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, por lo que era muy importante determinar la nacionalidad del causante, debatida en el litigio.

¹²⁹ M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, París, 1994.

¹³⁰ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado Europeo de heredero”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (COORDS.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 175-218.

G) Partición de la herencia

73. Es la ley sucesoria la que, en principio, rige la *partición* de la herencia por la que, normalmente, se extingue la comunidad hereditaria, otorgando “*a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*” (art. 1.068 Cc.). Las personas legitimadas a pedir la partición de la herencia también están sujetas a la *Lex successionis*¹³¹. La cuestión de la prohibición de la indivisión de la herencia regulada en el art. 1.051 Cc. no puede ser considerada como una cuestión de orden público, puesto que en el mismo Cc. se prevé, como excepción, que la partición no pueda ser pedida en el caso de que el testador la haya prohibido o de que la indivisión haya sido acordada unánimemente por los coherederos, siempre que no exceda de diez años (prorrogables por nuevo acuerdo) dicha situación (arts. 1.051 y 400 Cc.).

De este modo, la ley sucesoria va a regular cuantos problemas se susciten en esta fase como la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, las clases de partición, el orden de los legados, la atribución definitiva de bienes, la acción personal en garantía de evicción, así como las acciones de rescisión por lesión e invalidez y, en general, cuantos problemas se susciten en esta fase, incluyendo las tareas particionales, punto éste que, si bien fue polémico en el pasado, ha sido resuelto en sentido favorable a la ley sucesoria¹³².

74. Existe una excepción a la aplicación de lo regulado en el Cc. español sobre la partición de la herencia, aplicable cuando la *Lex successionis* sea la Ley española. Esta excepción se encuentra regulada en el art. 24.3 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrícolas, en virtud del cual “*la partición de la herencia de las explotaciones agrícolas se hará teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Cc. sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos*”. Y el apartado 1 de este art. 24 señala que “*la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo*”. Hay que tener en cuenta que uno de los fines objeto de esta Ley es “*impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas*”, ex art. 1.e) de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrícolas¹³³.

H) Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios

75. El problema de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no ha sido abordado por nuestra jurisprudencia reciente, por lo que en principio son dos las posibles leyes aplicables a este tema: la *ley personal* rectora de la sucesión, ex art. 9.8 Cc., o la *ley real* vigente en el lugar donde se encuentren los bienes integrantes de la masa hereditaria, ex art. 10.1 Cc. Desde la perspectiva de nuestro sistema de DIPr., la ley sucesoria excluye cualquier posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, puesto que nuestro ordenamiento jurídico parte de la aplicación de

¹³¹ T.M. BENTLER, *Die Erbgemeinschaft im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1993; B. KOPP, *Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung: Haftung für Nachlassverbindlichkeiten*, 1997.

¹³² La RDGRN 22 noviembre 2006, BOE núm. 304 de 21 de diciembre de 2006, ha señalado que la partición de la herencia de una ciudadana dominicana, titular de un bien inmueble sito en España, debe regirse por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, ex art. 9.8 Cc. No puede negarse, por tanto, el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura donde se documenta las operaciones particionales de los bienes relictos, con base en la aplicación del Derecho sucesorio español, que sólo podría haberse aplicado en el supuesto de haber admitido el reenvío de primer grado, ex art. 12.2 Cc. español. La SAP Madrid 20 de abril de 2010, ECLI:ES:APM:2010:6570, deja muy claro que dado que la Ley aplicable, según el art. 9.8 Cc., era la Ley alemana, como Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, la partición de la herencia debía regirse por el Derecho alemán, Derecho extranjero que se había probado válidamente.

¹³³ Vid. Texto consolidado de Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, BOE núm. 159 de 05 de julio de 1995.

una ley única a la sucesión internacional, considerando la sucesión *mortis causa* como una transmisión a título *universal* de un patrimonio sometido a reglas propias y únicas¹³⁴.

I) Incapacidades absolutas o relativas

76. Un problema particular, presentan las *incapacidades relativas* o *prohibiciones de suceder* en determinados casos contemplados en los arts. 752, 753 y 754 Cc., como *ad ex*. la prohibición impuesta al confesor que atiende al causante en su última enfermedad, la prohibición impuesta al tutor o curador del testador o las prohibiciones impuestas a los autorizantes del testamento o testigos. Si se las considera una cuestión de capacidad para suceder, la ley aplicable será la personal del presunto beneficiario del testamento, sola o cumulativamente con la ley sucesoria¹³⁵. Sin embargo, aunque usualmente se las conceptúan como incapacidades relativas para suceder, porque afectan a personas determinadas en relación con una concreta sucesión, parece más correcta la opinión de la mayoría de la doctrina, que indica que dichas prohibiciones no son incapacidades en sentido estricto -sus afectados pueden heredar *abintestato* del mismo causante o testadamente de otro-, sino prohibiciones legales, incompatibilidades, de origen ético¹³⁶. Por ello, la ley aplicable a la cuestión debe ser la Ley sucesoria.

77. Otro problema distinto es el derivado de las *incapacidades absolutas* (arts. 744 y 745 Cc.), las *causas de desheredación* (arts. 852 a 855 Cc) y las *causas de indignidad* (arts. 756 y 757 Cc.). Las *incapacidades absolutas* regulan supuestos en los que, conforme al ordenamiento jurídico, no resulta posible heredar por testamento ni *abintestato* de persona alguna. Las *causas de desheredación* son los motivos legalmente previstos por el ordenamiento jurídico para permitirle al causante privar, a través de una disposición testamentaria, a un heredero forzoso o legitimario de su derecho de legítima. Las *causas de indignidad* se pueden definir como sanciones legales por la realización de conductas reprobables tipificadas por la Ley, cuya eficacia se deja a la voluntad del testador, puesto que puede remitir la indignidad (art. 757 Cc.) o de los interesados en la herencia, que tienen acción para excluir de ella al indigno, durante un plazo fijado legalmente (art. 762 Cc.). A diferencia de las incapacidades absolutas las causas de indignidad pueden ser remitidas por el causante y, a diferencia de las causas de desheredación, operan “automáticamente por el hecho de que la persona se encuentre en alguna de las situaciones fijadas por la ley”¹³⁷.

Tanto las incapacidades absolutas, como las causas de desheredación o las de indignidad, al estar muy conectadas con la sucesión, deben quedar reguladas por la ley sucesoria *ex art.* 9.8 Cc.¹³⁸. Ahora bien, solo las *incapacidades absolutas* recogidas en los arts. 744 y 745 Cc. pueden considerarse como de orden público internacional, pues no dependen de la voluntad del causante, a diferencia de las *causas de desheredación* -arts. 848 a 857 Cc.- y de *indignidad* -arts. 756 y 757 Cc.- que pueden dejar de surtir efecto por voluntad del *de cuius*¹³⁹.

¹³⁴ A. EGGER, *Le transfert de la propriété dans les successions internationales. Etude comparative de droit interne et de droit international*, Geneve, 1982; M. FERID, “Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international”, *Recueil des Cours*, t. 142, 1974-II, pp.71-202, esp. p. 110.

¹³⁵ M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 481-489.

¹³⁶ G. BALLADORE PALLIERI, “Diritto internazionale privato”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 263-290, esp. pp. 285-287; F. RIGAUX, “Testament”, *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, pp. 910-915; A. CATTI, *Schemi & Schede di Diritto Internazionale Privato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pp. 113-116.

¹³⁷ J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, McGraw-Hill interamericana de España, 1997.

¹³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Ed.CESSJ Ramón Carande, Madrid, 1995, pp. 393-422; Id., “Art. 9.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Edersa, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; Id., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

¹³⁹ SAP Alicante 13 marzo 2002 ha dejado muy claro que las “causas de desheredación” deben regirse por la Ley sucesoria, *ex art.* 9.8 Cc., sin que quepa el “*injusto sometimiento de nacionales extranjeros a causas de desheredación previstas en el Derecho español*”. Según la AP de Alicante ello iría en contra de la voluntad del causante y, consecuentemente, generaría “*situaciones no procuradas por el causante o directamente decididas evitar*”.

78. Igualmente cabe la reacción de la excepción del orden público internacional español frente a determinadas incapacidades extranjeras desconocidas por nuestro ordenamiento sucesorio, común o foral, por ser contrarias al art. 14 CE, como *ad ex.*, la discriminación por razón de sexo que recae sobre las mujeres en algunos ordenamientos musulmanes para ser herederas como ocurre en Afganistán donde según el Código *Pashtun* la mujer no hereda nada, la prohibición establecida por la Ley egipcia de 1943 sobre sucesión intestada de que un infiel sea heredero de un musulmán, o el hecho de que un musulmán no pueda heredar de un cristiano en el Código de Familia marroquí (la *mudawwana*)¹⁴⁰. Estas causas de incapacidad vulneran el principio de no discriminación por razón de sexo, raza o religión recogido en el art. 14 CE.

2. Cuestiones excluidas por la *Lex successionis*

79. Junto con la ley sucesoria concurre la aplicación de otras leyes para regular aspectos no estrictamente sucesorios, muy conectados con las distintas fases de la sucesión (apertura, delación hereditaria, aceptación, administración, partición de la herencia y transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios). Se trata de otras cuestiones relacionadas con la sucesión internacional que, sin embargo, no quedan reguladas por la *Lex successionis*, ex art. 9.8 Cc., como ley rectora del fondo de la sucesión –*Lex causae*– sino por leyes específicas reguladoras de aspectos concretos que van a quedar sometidos a sus reglas propias. En este sentido, se pueden citar los problemas de capacidad activa y pasiva-aunque no hay una opinión unánime, como hemos visto anteriormente–, la inscripción registral de los derechos hereditarios, las llamadas “ventajas parasucesorias” y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, al que se dedicará por su importancia un capítulo aparte.

80. En cuanto a los *efectos registrales* de los derechos sucesorios, es la *ley del Registro* la que regula si procede o no la inscripción de los derechos hereditarios en un Registro público inmobiliario. La *Lex Rei Sitae* es la Ley del Estado del que depende el Registro, ex art. 10.1 Cc.¹⁴¹.

81. Con la expresión *ventajas parasucesorias* se hace referencia a ciertos derechos que se transmiten *mortis causa*, pero que no tienen naturaleza sucesoria en sentido estricto. Así, *ad ex.*, se consideran *ventajas parasucesorias* el derecho a subrogarse en la posición de arrendador de un bien inmueble, el derecho a cobrar una póliza de seguro de vida, el derecho a cobrar una pensión de viudedad o de orfandad de la Seguridad Social, o el derecho a sustituir a un pariente fallecido miembro de una sociedad civil o mercantil de carácter personal¹⁴². En realidad, no se trata de derechos sucesorios, por lo que no pueden encuadrarse en el ámbito de aplicación de la *Lex successionis* ex art. 9.8 Cc., sino que quedarán sometidos a la ley aplicable al fondo del asunto en cada caso, es decir, por la *Lex causae* de cada particular negocio jurídico¹⁴³.

¹⁴⁰ En este sentido, la SAP Barcelona 28 octubre 2008, JUR 2009/64243, consideró que la *mudawwana* (Código de Familia marroquí) del Derecho marroquí, aplicable, ex art. 9.8 Cc., al ser el causante nacional marroquí, infringía el orden público internacional español. El art. 332 de la legislación marroquí prevé que no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, ni cuando la filiación paterna sea negada legalmente. En este caso en cuestión, la viuda era nacional española no musulmana y el causante musulmán de nacionalidad marroquí. El simple hecho de tener en cuenta la religión concreta de cada una de las personas para saber qué derechos hereditarios tienen va en contra de los principios fundamentales del orden público internacional español, ex art. 12.3 Cc.

¹⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Ed.CESSJ Ramón Carande, Madrid, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Edersa, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

¹⁴² T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3.ª ed., Cedam, 1999, pp. 501-539.

¹⁴³ A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Ed.CESSJ Ramón Carande, Madrid, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Edersa, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; G. BALLADORE PALLIERI, “Diritto internazionale privato”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 263-290

VI. Derechos sucesorios del cónyuge viudo

1. Ley aplicable al régimen económico del matrimonio

82. Capítulo especial merece el estudio de los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Uno de los mayores problemas que plantea la sucesión del cónyuge viudo es la adaptación o ajuste con la disolución del régimen económico matrimonial, cuando estas dos situaciones jurídicas, directamente relacionadas, quedan sometidas a ordenamientos jurídicos distintos e inspirados en principios contrapuestos. En este sentido, al régimen económico-matrimonial de la comunidad de bienes le corresponde un régimen sucesorio en virtud del cual, una vez que se ha disuelto la comunidad de bienes matrimoniales por fallecimiento de uno de los cónyuges, se le reconocen al cónyuge viudo reducidos derechos hereditarios, en cuanto que a éste ya le corresponde una parte del patrimonio familiar en virtud del hecho mismo del matrimonio. Por el contrario, las legislaciones basadas sobre la separación de bienes entre los esposos le atribuyen al cónyuge viudo una cuota significativa de los bienes del cónyuge difunto

83. Aunque son varias las soluciones que se pueden dar a los problemas de adaptación, el DIPr. español aportó una respuesta a este problema al agregar un inciso final al art. 9.8 Cc., a través de la modificación sufrida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, según el cual: “*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*”¹⁴⁴.

De este modo, la ley reguladora de los efectos del matrimonio designada por la norma de conflicto recogida en el art. 9 apartado 2 –aplicable a las *relaciones* personales entre los cónyuges y al *régimen económico* matrimonial, siempre que no existan “pactos o capitulaciones”- y apartado 3 –aplicable a los “pactos o capitulaciones matrimoniales”-, también reformada por la Ley 11/1990, de 5 de octubre, regulará la sucesión *abintestato* del cónyuge viudo, desapareciendo, por tanto, el posible desajuste entre la ley aplicable a la disolución del régimen económico-matrimonial y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. En el caso de sucesión de causantes que dejan cónyuge superviviente, será necesario, por tanto, disolver el régimen económico matrimonial con arreglo a la Ley que rige los efectos

¹⁴⁴ Antes de que nuestro legislador solucionara este problema de adaptación entre la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente nuestra jurisprudencia nunca le dio una consideración autónoma a este problema. Por eso, a veces se aplicaban cumulativamente ambas leyes con absoluta indiferencia ante la injusticia del resultado –STS 29 octubre 1955 (caso *Corbalán Carretero vs. Freixas Farré*), R. 3562 y SAT Barcelona 11 de noviembre 196, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, p.522- o se aplicaba una sola ley en atención a consideraciones no siempre técnicamente correctas o acertadas, intentando buscar en la *equidad* un remedio económico para el cónyuge viudo –STS 30 junio 1962, R. 3322 (caso *Tarabusi López vs. López Martínez y Tarabusi López*), donde el TS consideró que el Derecho italiano no había sido probado para evitar el resultado injusto que se provocaba con la aplicación de dos leyes distintas a dos problemas jurídicos tan interrelacionados entre sí: la disolución del régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios del cónyuge viudo-. En la SAP de Asturias de 19 de julio de 2005, R. 206766, se planteó el problema de qué Ley debía regir los derechos sucesorios de una viuda de nacionalidad española cuyo marido de nacionalidad española había muerto *abintestato* en Venezuela con nacionalidad venezolana. La AP se planteó si era de aplicación al caso el inciso final del actual art. 9.8 introducido por la Ley 11/1990 de 15 de octubre de Reforma del Código Civil que dispone que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. Dado que esta Ley no contiene ninguna norma de Derecho transitorio surgía el problema de determinar desde qué momento temporal podía aplicarse la solución introducida en 1990. Para la AP, siguiendo la RDGRN de 11 de abril de 2003, el problema de “la sucesión temporal de las normas de conflicto” debía solucionarse aplicando de forma subsidiaria las disposiciones transitorias contenidas en el C.c., en concreto la DT 12ª, por lo que el momento a tener en cuenta de cara a la aplicación de la antigua o la nueva norma de conflicto era la “aceptación de la sucesión”. Como quiera que dicha aceptación se hizo antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990 los derechos hereditarios de la viuda debían regularse por la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, es decir, la Ley venezolana. Al no acreditarse que conforme a la Ley venezolana se le hubiera privado de sus derechos sucesorios la AP dio la razón a los dos hijos del causante, que son los que habían sido declarados herederos *abintestato*. Esta solución no tiene en cuenta el ajuste o adaptación de la Ley aplicable a la disolución del régimen económico del matrimonio y la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. En concreto, en este caso, no habría habido ningún problema de adaptación pues, al no haber acuerdo, los efectos del matrimonio se hubieran regido por la Ley nacional del marido, según lo dispuesto en el anterior art. 9.2 del Cc., que conduciría de nuevo a la aplicación de la ley venezolana, y no por la Ley nacional común en el momento de celebrarse el matrimonio, que hubiera conducido a la Ley española, pues esta solución también fue introducida con la Ley 11/1990 de 15 de octubre.

del matrimonio, determinada *ex art.* 9.2 y 9.3 Cc. Una vez realizada dicha operación jurídica, se precisa el caudal remanente sobre el que se abrirá la sucesión. Por tanto, se trata de una institución jurídica muy conectada con los derechos sucesorios del cónyuge supérstite¹⁴⁵.

84. El Tribunal Supremo aborda la interpretación del artículo 9.8 *in fine* Cc. por primera vez en TS 28 de abril de 2014, donde señalado expresamente que estima que: “[L]a regla del artículo 9.8, *in fine* CC, que determina que ‘los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes’ opera como una excepción a la regla general de la ‘lex successionis’ previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria)”. Para la jurisprudencia española este criterio “responde, más bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial”¹⁴⁶. Por tanto, el objetivo de esta regla es lograr que una misma Ley regule la disolución del régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge supérstite.

85. Con anterioridad la DGRN -actual DGSJFP- dictó dos resoluciones sobre la base de una interpretación contraria tanto a la letra como al espíritu del último párrafo art. 9.8 Cc.¹⁴⁷. La DGRN parece sostener que los derechos sucesorios del cónyuge viudo deben siempre regirse por la *Lex Successionis* y que la referencia que hace el párrafo tercero del art. 9.8 CC a la Ley que rige los efectos del matrimonio se refiere, exclusivamente, a los derechos del cónyuge viudo “ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial”, esto es, los derechos del cónyuge viudo al “año de luto, tenuta, ventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar, o cualesquiera otras que determine la ley aplicable”. Esta solución no es convincente, no solo por la literalidad del art. 9.8 Cc. *in fine*, sino porque la intención del legislador fue acabar con la injusticia que suponía una desprotección sucesoria del cónyuge supérstite y acabar también con una sobreprotección sucesoria del mismo. Y ello solo puede alcanzarse si los derechos sucesorios del cónyuge viudo, y no sólo los derechos ligados a los “efectos personales del matrimonio”, se regulan por la misma Ley que rige el régimen económico matrimonial.

86. Ahora bien, una vez dicho esto, el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 no soluciona este problema de la adaptación o ajuste entre la disolución del régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo que se produce cuando estas dos situaciones jurídicas, directa-

¹⁴⁵ Sobre los derechos sucesorios del cónyuge viudo, *vid.*, entre otros, M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. Boele-Woelki/T. Sverdrup (Ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 395-410; N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977; E.M. DERSTADT, *Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlassspaltung im internationalen Erbrecht*, 1998; T. FRANTZEN, *Die Stellung des überlebenden Ehegatten im internationalen Ehegüter- und Erbrecht, dargestellt an deutsch-norwegischen Sachverhalten*, Bergen, 1999; T. FRÖSCHLE, *Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in Frankreich und England im Laufe des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 1996; P. MANKOWSKI / W. OSTHAUS, “Gestaltungsmöglichkeiten durch Rechtswahl beim Erbrecht des überlebenden Ehegatten in internationalen Fällen”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1997, 1, pp. 10-27; J.E. MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Madrid, 1989; P. NEY, *Das Spannungsverhältnis zwischen dem Güter- und dem Erbstatut*, Frankfurt a.M., 1993; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. II, 2.ª ed., Barcelona, 1997, conr. pp. 275-466; L. VEKAS, “Zur Konkurrenz zwischen Erbstatut und Güterrechtsstatut”, *IPrax*, 1985, pp. 24-25; M.E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el DIPr. y Derecho interregional*, Pamplona, 1993.

¹⁴⁶ STS 28 abril 2014, en relación con sucesión hereditaria de causante italiano, CENDOJ 28079110012014100234; y STS 16 marzo 2016, en relación con sucesión y Ley ibicenca, ECLI:ES:TS:1160.

¹⁴⁷ RDGRN 18 junio 2003, BOE 30 de julio de 2003; RDGRN 11 marzo 2003, BOE 26 de abril de 2003. En este sentido se ha pronunciado cierta jurisprudencia menor, SAP Baleares 11 junio 2014, en relación con causante con vecindad civil ibicenca y régimen económico matrimonial regido por el Derecho civil común español; SAP Soria 3 diciembre 2007, que afirma que “... la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de la ley y que en este caso vendrán determinadas por la ley personal del causante”.

mente relacionadas, quedan sometidas a ordenamientos jurídicos distintos e inspirados en principios contrapuestos. Según el art. 1.2.d) RES quedan excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento sucesorio, “*Las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio*”. En efecto, esta materia ha quedado regulada por Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹⁴⁸. Y, sin embargo, quedan incluidos en el ámbito el Reglamento sucesorio, los derechos del cónyuge viudo. Por tanto, con arreglo al Reglamento 650/2012 la Ley que rige la sucesión *mortis causa* puede ser una Ley estatal concreta diferente de la Ley que rige la disolución del régimen económico matrimonial. De ese modo, el cónyuge superviviente puede ser doblemente favorecido o doblemente perjudicado, en ambos casos, de modo más que injusto. En el marco del Reglamento 650/2012, no se puede hacer nada para que coincida la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* con la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El art. 9.8 Cc., al referirse a los “*derechos sucesorios del cónyuge viudo*” regula un aspecto contemplado y regulado por el Reglamento 650/2012. Dado que el Reglamento tiene preferencia aplicativa sobre el art. 9.8 Cc, que resulta totalmente inaplicable a este aspecto. En consecuencia, cuando es aplicable el Reglamento Sucesorio europeo, los derechos sucesorios del cónyuge viudo se rigen por la *Lex Successionis* y no por la ley que regula el régimen económico matrimonial en el que participaba el cónyuge viudo¹⁴⁹. El Reglamento sobre régimen económico del matrimonio, podría haber resuelto este problemas de adaptación, pero, muy al contrario, su art. 1.2.d) deja claro que “*la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges*” es una de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento sobre regímenes matrimoniales. La única posibilidad que existe de que se aplique la misma ley es que el causante, a través de su *professio iuris*, ex art. 22 RES, haga coincidir la ley que rige su sucesión *mortis causa* con la que rige su régimen económico del matrimonio. Pero ello no es más que una posibilidad que queda en manos del causante en el caso de que elija la misma ley estatal¹⁵⁰.

87. Existe una solución especial prevista para los casos de Derecho interregional en los que está implicado el Derecho Aragonés. En el Derecho interregional aragonés la adaptación entre estas dos leyes aplicables a la disolución del régimen económico matrimonial y la sucesión del cónyuge viudo se soluciona ajustando el contenido material de los Derechos en presencia ex art. 16.2 Cc., apartados primero y tercero, en relación con los derechos de viudedad previstos en la Compilación del Derecho civil de Aragón. Según el art. 16.2, apartado primero del Cc. “*El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*”. Y el apartado tercero del art. 16.2 Cc. dispone que “*El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte*”.

2. Lex successionis

88. Ahora bien, la aplicación de la Ley sucesoria, ex art. 9.8 Cc., subsiste para regular, por un lado, las legítimas de los descendientes que quedarán reguladas por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento –lo que constituye un límite para los derechos sucesorios del cónyuge

¹⁴⁸ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DOUE* L. 183, 8 de julio de 2016.

¹⁴⁹ RDRGN 29 julio 2015, en relación con un causante belga.

¹⁵⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, “La ley aplicable a la sucesión *mortis causa*”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV), Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa* Aranzadi, Navarra, 2019, p. 149.

supérstite- y, por otro lado, la sucesión testamentaria o contractual del cónyuge viudo, que quedarán reguladas por la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento. Esta solución aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad recogidos en el art. 9.8 Cc. al regular la ley aplicable al fondo de la sucesión internacional. Se trata, una vez más, -junto con las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios- de una simple excepción a la regla general de la *Lex successiois*, con la única intención de evitar los problemas de adaptación o ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo y la ley aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial. Por tanto, abierta la sucesión, primero se determina la legítima de los descendientes con arreglo a la *Lex Successiois*, de modo que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se concretarán, exclusivamente, en relación al “remanente” del caudal hereditario, una vez detraídas las legítimas de los descendientes. Nada dice el art. 9.8 Cc. sobre las legítimas de los ascendientes. Por tanto, en el caso de concurrencia en la misma sucesión de un cónyuge supérstite y de ascendientes, los derechos del cónyuge supérstite se fijarán con arreglo a la Ley que regula los efectos del matrimonio (arts. 9.2 y 3 Cc.). Detraídos los derechos del cónyuge supérstite, la legítima de los ascendientes se calculará respecto al remanente restante del caudal hereditario. Con la actual regulación contenida en el art. 9.8 Cc., queda superada la antigua jurisprudencia española que, enfrentada con esta cuestión, optó por la aplicación cumulativa de varias Leyes, si bien de modo extraordinariamente confuso¹⁵¹, o bien por la aplicación de una sola Ley, generalmente, la *Lex Successiois*, aunque sin explicar los motivos¹⁵².

3. Ley aplicable a la disolución del matrimonio

89. Hay que señalar que la disolución del vínculo matrimonial no significa, en modo alguno, el reconocimiento de una declaración de herederos a favor del segundo cónyuge. Así lo ha dejado claro el ATS 26 septiembre 2006 en relación con la disolución de un matrimonio venezolano, cuyo esposo se había vuelto a casar con una ciudadana española. La disolución del vínculo matrimonial no reconoce por sí misma una declaración de herederos a favor de los segundos cónyuges. Son procedimientos distintos el uno del otro y, por tanto, se rigen por leyes también distintas: la Ley aplicable al divorcio y por la Ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo, respectivamente¹⁵³.

VII. A modo de reflexión final

90. El art. 9.8 Cc. regula los aspectos jurídicos relativos a la determinación de la Ley estatal aplicable a la sucesión internacional en DIPr. español.

Sin embargo, la aplicación de este precepto ha sido relegado a casos residuales, tras la entrada en vigor del Reglamento europeo sucesorio 650/2012. Así, las normas de conflicto nacionales de los distintos Estados miembros en el ámbito sucesorio pasan a tener una aplicación subsidiaria respecto de las normas de conflicto europeas contempladas en el RES. El Reglamento 650/2012 acaba, en efecto, con la diversidad de normas de conflicto en materia sucesoria propia de cada Estado miembro. Tales normas devienen inaplicables. El art. 9.8 Cc., por tanto, no podrá ser aplicado para determinar la Ley reguladora de las sucesiones internacionales, salvo en reducidos casos.

Por ello, en la actualidad, este precepto es aplicable hoy día, exclusivamente, en relación con tres cuestiones muy concretas, las dos primeras en relación con una sucesión internacional, y la tercera, sin embargo, en relación con una sucesión interna: a) Para determinar la Ley aplicable a la sucesión

¹⁵¹ STS 29 octubre 1955, *Corbalán Carretero*, R. 3562; SAT Barcelona 11 noviembre 1963, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, p. 522.

¹⁵² STS 30 junio 1962, *Tarabusi*, R. 3322, el TS recurrió a la equidad y a través de ella, aplicó la Ley sustantiva española correspondiente a la nacionalidad española del causante y evitó la aplicación de la Ley italiana, que regía el régimen económico matrimonial.

¹⁵³ ATS 26 septiembre 2006, ECLI:ES:TS:2006:13023A.

mortis causa en los casos internacionales en los que el causante haya fallecido antes del 17 agosto 2015, momento en el que todos los preceptos legales del Reglamento 650/2012 se empezaron a aplicar en su integridad e impiden la aplicación, en España, del art. 9.8 Cc. b) En los casos de remisión al Derecho español por parte del Reglamento sucesorio europeo, esto es, cuando dicho Reglamento conduce a la aplicación del Derecho sucesorio español. En tales supuestos, el art. 9.8 Cc. precisa el Derecho Privado sustantivo, de los que en España coexisten, que debe regular la sucesión *mortis casusa* concreta; y, c) Para fijar la Ley aplicable a los casos internos de sucesión *mortis causa* propios del “Derecho interregional” (art. 38 RES).

91. De esta forma, puede concluirse que cuanto más se desarrollan las normas de conflicto europeas menos ámbito de aplicación queda para las normas de conflicto nacionales o de derecho internacional privado estatales, en la determinación de la ley aplicable a una sucesión internacional. Ahora bien, el art. 34 del Reglamento sucesorio admite y regula el reenvío, tan utilizado en materia sucesoria. Pues bien, en los supuestos donde las autoridades españolas conocen de la sucesión internacional, si se plantea el problema de la determinación del concreto Derecho material aplicable español -Derecho civil común o un Derecho foral-, bien a través de la admisión del reenvío de primer grado o bien porque la *Lex successionis* sea el Derecho sucesorio español (arts. 21 y 22 RES) hay que seguir aplicando lo previsto en el art. 9.8 Cc., por exigencia de los arts. 12.5 y 16 Cc. Los problemas siguen existiendo, desde el momento en que la Ley aplicable a la sucesión se corresponde con la vecindad civil del causante, que si es extranjero aparece una laguna que colmar, puesto que la vecindad civil solo es aplicable a los causantes nacionales españoles. En definitiva, únicamente en el ámbito del Derecho interregional tiene plena vigencia la aplicación del art. 9.8 Cc., pues el Reglamento sucesorio deja a los Estados la decisión sobre su aplicación a dichos casos internos (art. 38 RES).

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

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

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Vocal Permanente en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 26.12.2024 / Aceptado: 14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9362

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. El título de esta contribución deja traslucir que la norma de conflicto es un tipo de norma muy peculiar y así es¹. Esta peculiaridad, es sabido, deriva de dos factores: la estructura particularmente complicada de la norma de conflicto y la potencial aplicación de normas jurídicas extranjeras, hecho que puede producirse tras la aplicación de una norma de conflicto². Ambos factores están presentes en este tipo de norma ya desde la contribución de F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol.VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849 (*Sistema del Derecho romano actual*, traducción española de la versión francesa, por J. Mesía y M. Poley, vol.VI, Madrid, 1879), como enfatiza con toda exactitud el sugerente trabajo de P. ROMANO³.

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

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

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

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

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

El método conflictual constituye “el método central del Derecho internacional privado” en todo el mundo, remarca S. CLAVEL, y así lo es también en Derecho internacional privado español⁴. En dicho ordenamiento, las normas materiales especiales y las normas de extensión son muy escasas. Todos los sistemas de Derecho internacional privado de todos los países del mundo están contruidos sobre normas de conflicto “multilaterales” y así es también en España

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

4. El art. 12.2 CC indica que la remisión a un Derecho extranjero se entenderá hecha a su Derecho material, y no a sus normas de conflicto, sean bilaterales o unilaterales. El art. 12.2 CC arranca del principio general de que las normas de conflicto españolas pueden remitir la regulación del fondo de una situación privada internacional a una Ley material extranjera o a la Ley material española. Con ello, el legislador subraya que, con carácter general, no tienen cabida en nuestro Derecho internacional privado ni la tesis del “unilateralismo introverso” ni la tesis del “unilateralismo extroverso”, como escriben S. ARMELLINI/B. BAREL⁶.

5. Las razones que justifican la abrumadora mayoría de las normas de conflicto en el Derecho internacional privado español son ampliamente conocidas y gozan de un sólido respaldo jurídico, como ha destacado con solvencia A.-L. CALVO CARAVACA⁷. En primer lugar, las normas de conflicto multilaterales permiten construir un “sistema completo de Derecho internacional privado”, sin lagunas de reglamentación, apunta P.G. VALLINDAS⁸. Se genera, así, un sistema sencillo de Derecho internacional privado que no requiere consultar normas de conflicto “extranjeras”. En segundo término, el método multilateral empleado por las normas de conflicto asegura un alto grado de seguridad jurídica a través de soluciones previsibles para los particulares, permite alcanzar soluciones universalizables y no discriminatorias, -pues todos los Estados pueden adoptar la misma norma de conflicto-, trata todos los ordenamientos jurídicos en un mismo plano de igualdad, -sus posibilidades de aplicación son idénticas-, y persigue, en todo caso, designar, del modo más justo para los particulares, la Ley que debe regular la situación privada internacional⁹. En tercer lugar, puntualiza P. FRANZINA, la idea de intercambiabilidad de los sis-

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

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

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

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

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

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

temas jurídicos y de igualdad entre las leyes de todos los Estados potencia el comercio internacional y favorece las relaciones entre actores económicos de todo el mundo porque refleja la idea de un escenario legal igual para todos, sin favoritismos ni privilegios¹⁰. Por tanto, esa „comunidad de Estados iguales“ impulsa las relaciones recíprocas transfronterizas entre los particulares.

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

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

La importancia de una correcta y adecuada solución de estos problemas o cuestiones generales de la norma de conflicto es tan elevada que ha sido y es muy frecuente emplear la expresión “parte general” de los conflictos de leyes al conjunto de tales cuestiones: la calificación, el reenvío, el orden público internacional, el fraude de Ley internacional, la remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos, la aplicación del Derecho extranjero, el conflicto móvil, la cuestión previa, y el conflicto internacional transitorio constituyen dicha “parte general” de los conflictos de leyes e incluso, se ha dicho, la “parte general del Derecho internacional privado”. Estos avatares propios de la aplicación práctica de la norma de conflicto son los muy conocidos como “problemas de aplicación de la norma de conflicto”, en terminología empleada por G. KEGEL¹¹.

7. Tanto el Derecho internacional privado español como el Derecho internacional privado europeo contienen una batería de normas o disposiciones legales auxiliares destinadas a resolver tales dificultades o “problemas de aplicación”. Estas normas auxiliares se denominan como “normas de aplicación”, “normas de funcionamiento” o “disposiciones secundarias de conflicto de Leyes”, como indica J-M. JACQUET¹². Constituyen todas ellas un entramado de herramientas hermenéuticas y exegéticas que se

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

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

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

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

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

8. Estas llamadas “normas de funcionamiento” están y operan al servicio de las normas de conflicto. Las normas de conflicto precisan la concreta Ley aplicable a una situación privada internacional. Las normas de funcionamiento son normas ancilares, instrumentales, adyacentes, normas que ayudan, precisan y facilitan la aplicación de las normas de conflicto y su labor reguladora de las situaciones privadas internacionales. Ello comporta varias consecuencias que se aprecian en el momento de la aplicación en un supuesto específico de estas normas de funcionamiento, bien deseadas por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹³.

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

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

9. Por otra parte, las llamadas “normas modales” (*modal choice of law rules*) son diferentes de las anteriormente aludidas “normas de aplicación o funcionamiento”. Las “normas modales” especifican el régimen jurídico de los elementos que componen la norma de conflicto, el modo en que debe operar la norma de conflicto. Así, por ejemplo, las normas que exigen que un pacto de elección de ley entre los cónyuges debe constar por escrito (art. 5 RR-III) o requieren que el pacto de elección de ley aplicable al contrato sea un pacto “expreso” (art. 10.5 CC). Estas “normas modales”, explica M. HOOK, pueden contener una regulación sustantiva, conflictual o judicial de los elementos de la norma de conflicto¹⁴.

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

2. Normas de funcionamiento en Derecho internacional privado europeo

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

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

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

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

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

12. Algunos autores han defendido la elaboración de un hipotético “Reglamento Cero” que debería contener la regulación de los problemas de aplicación que generan todas las normas de conflicto europeas, como se observa en las sugerencias de política jurídica bien planteadas por K. SIEHR, S. LEIBLE / H. UNBERATH y C.A. HEINZE/C.J. WARMUTH¹⁵. La propuesta presenta ciertas ventajas: dotaría de una mayor coherencia sistemática al Derecho internacional privado de la UE, -pues la armonía entre los tres sectores del Derecho internacional privado quedaría garantizada-, potenciaría la certeza legal y la seguridad jurídica para los particulares, -ya que, en efecto, las normas de Derecho internacional privado europeo serían fácilmente identificables-, reduciría la complejidad legal y haría del Derecho internacional privado europeo un conjunto de normas más próximo a los ciudadanos europeos, como ha destacado TH. KADNER GRAZIANO¹⁶.

13. Sin embargo, esta propuesta tropieza también con ciertos obstáculos valorativos, con algunos inconvenientes de política jurídica y con dificultades técnicas de envergadura, bien evidenciados por J. BASEDOW¹⁷. En realidad, en efecto, no todas las normas de conflicto europeas presentan los mismos fundamentos valorativos y éstos son decisivos para resolver estos “problemas de aplicación de la norma de conflicto”. Por ello, una única normativa sobre los mismos podría resultar poco adecuada. Se trata de una propuesta propia de la Modernidad poco apropiada para tiempos líquidos y postmodernos en los que la motorización legislativa hace envejecer rápidamente toda parte general del Derecho internacional privado. En la actualidad, este “Reglamento Cero” de la UE todavía no existe. Por el contrario, como antes se ha subrayado, cada texto legal de Derecho internacional privado europeo dispone de su propio *set* particular de “normas de funcionamiento”, específicamente adaptado a la materia que regula y a las normas de conflicto que contiene cada reglamento europeo

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

14. De modo diametralmente opuesto al legislador europeo, es fácil apreciar que el legislador español todavía cree en la “parte general” del Derecho internacional privado. Su profesión de fe en esta “parte general” vio la luz, precisamente, en 1974, hace cincuenta años, cuando el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil introduce el texto, entero de nuevo cuño, del art. 12 CC¹⁸. El Derecho internacional privado español

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

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

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

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

sí dispone, pues, de un conjunto de “normas de aplicación” o “normas de funcionamiento” válidas para todas las normas de conflicto españolas de producción interna y para toda materia regulada. Dichas normas se contienen, fundamentalmente, en los seis párrafos del art. 12 CC. Se trata de normas generales, diseñadas con un carácter básico y genérico, sin atender ni a las circunstancias concretas de los casos ni al sector concreto de la materia regulada. Ello exige, aún más, una labor de modulación en su aplicación concreta por parte del operador jurídico, que debe adaptar estas normas de funcionamiento a la materia objeto de regulación. Existen también algunas normas especiales de funcionamiento en la Ley 54/2007 de adopción internacional (LAI) y en la Ley 19/1985 cambiaria y del cheque, que se aplican, en dichos ámbitos, con preferencia sobre las normas recogidas en el art. 12 CC¹⁹. Son soluciones específicas para sectores concretos. Su impacto es reducido, como es lógico, pues se ocupan de casos muy determinados y no constituyen reglas generales. Por tanto, puede afirmarse, como conclusión, que el art. 12 CC es el “precepto madre” en cuyos seis párrafos se encuentran encapsuladas las normas de funcionamiento del sistema español de Derecho internacional privado.

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

1. El Derecho internacional privado como precipitado histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. ANCEL²¹. En segundo lugar, una estatutaria holandesa, obra fundamentalmente de N. BURGUNDIO, P. VOET, J. VOET y U. HUBER ya en los siglos XVI, XVII y XVIII, sigue los pasos territorialistas dados por B. D'ARGENTRÉ, y aporta consideraciones de gran relieve, tales como la idea de la aplicación del Derecho extranjero fundada en la "cortesía internacional" (*comitas gentium*), la tesis de los derechos adquiridos en otros países (*vested rights*) y la caracterización del Derecho extranjero como un mero hecho procesal. En tercer lugar, una *neo-Estatutaria francesa*, ya en los siglos XVII y XVIII, con autores como L. FROLAND, J. BOUHIER y L. BOULLENOIS, forja las reglas, estatutarias, que se recogerían en la Codificación estatal del Derecho internacional privado francés en el *Code* de 1804. En cuarto lugar, tres grandes mentes europeas proporcionan al Derecho internacional privado su fisonomía actual. El primero es J. STORY, norteamericano nacido el 18 septiembre 1779 en Marblehead, Massachusetts, pero descendiente y heredero de colonos ingleses en los Estados Unidos de América. J. STORY suministra, como juez del Tribunal supremo de los Estados Unidos, un sentido práctico al Derecho internacional privado y su querencia, de nuevo, por soluciones territoriales, típicamente inglesas y holandesas, marca el Derecho internacional privado de los Estados Unidos de América. El segundo es P.S. MANCINI, que impulsa la idea de la aplicación de la *lex patriae*, -la ley personal que sigue a la persona como la sombra al cuerpo-, así como el valor supremo de la libre elección de ley en áreas de Derecho dispositivo. En tercer lugar, F.K. VON SAVIGNY, incontrovertible e incomparable genio jurídico europeo, diseña un sistema sencillo de Derecho internacional privado en el que se abandona la defensa de los intereses de los Estados para centrarse en los intereses de los particulares. En quinto lugar, finalmente, la jurisprudencia francesa del siglo XIX introduce los elementos de la parte general clásica del Derecho internacional privado y la doctrina francesa del siglo XIX otorga a la disciplina una dogmática cartesiana y napoleónica, lógica y racional, cercana a la matemática. De modo paralelo, los autores alemanes del siglo XIX descendieron a detalles en un intenso ejercicio de cientifismo legal y la práctica anglosajona introduce también datos y razonamientos realistas en el Derecho internacional privado que dotan a este sector del Derecho de un impacto social elevado.

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

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

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

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

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

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

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

16. Nunca resulta superfluo recordar que el primer texto legal positivo de Derecho internacional privado que vio la luz en todo el mundo fue un texto letal español: las Partidas del Rey de Castilla Alfonso X el Sabio (alrededor de 1340). Allí se contenían algunas soluciones embrionarias de Derecho internacional privado, normas que fueron importadas a España desde Bolonia, actual Italia, durante la labor legislativa que el Rey Sabio llevó a cabo en la ciudad de Murcia mediante ese gran Jurista que fue JACOBO, “el de las leyes”²². Las Partidas alfonsinas, como ha destacado F.K. JUENGER, recogen las primeras normas de conflicto de leyes escritas y con rango legal de todo el mundo²³. Ciertamente es que las Partidas no contenían ninguna norma de funcionamiento que ayudase a una adecuada aplicación de sus medievales normas de conflicto, con una sola excepción: la indicación de que el Derecho de otras tierras, -el Derecho que no era el castellano-, debía ser probado ante el los jueces del Reino de Castilla cuando las normas de conflicto de las Partidas ordenaran la aplicación de dichas normas foráneas

Por otro lado, las normas de conflicto de las Partidas eran fuertemente territorialistas en sentido judicial: se procuraba que el juez castellano aplicase siempre su propio Derecho sustantivo, como se aprecia en la Partida Primera, título I, ley XV²⁴. Sin embargo, no siempre era así. Algunas normas de conflicto de leyes podían remitir a leyes extranjeras. Así, por ejemplo, la ley que regía el régimen de

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

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

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

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

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

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

El Real Decreto determinando las condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero de 17 octubre 1851 fue el primer texto legal que, de modo inequívoco, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, ciertas normas, fragmentarias y parciales, de Derecho internacional privado en el sector del Derecho aplicable y de la eficacia de documentos otorgados en el extranjero²⁶. De corte todavía medieval, el Real Decreto establecía cinco reglas y tres de ellas se correspondían con el estatuto personal, real y formal o mixto.

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

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

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

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

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

1. Rasgos básicos del artículo 12 del Código civil

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

Esta reforma ha sido fuertemente criticada y lo ha sido desde que sus normas vieron la luz en 1974. Se ha escrito que eran normas con lagunas legales relevantes, que las soluciones acogidas eran anticuadas y parcialmente estatutarias, que eran muy conflictualistas, que no se abrían a nuevas técnicas de reglamentación y que ignoraban las leyes de policía, que ensalzaban la “*nacionalidad*” como conexión y mantenían el vértigo de la Ley nacional, que presentaban claros ribetes legeforistas en instituciones como el reenvío o la aplicación del Derecho extranjero, etc., como ha enfatizado J.D. LÜTTRINGHAUS²⁸.

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

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

19. El Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil cambia el mapa normativo del Derecho internacional privado español y lo moderniza muy notablemente en lo que se refiere, muy especialmente, a las normas de aplicación o funcionamiento de la norma de conflicto²⁹. El legislador español toma conciencia de que las normas de conflicto generan una serie de cuestiones técnicas de difícil solución y que es preciso orientar a jueces y tribunales y a los operadores jurídicos en general de modo que puedan solventarlas con seguridad jurídica. El nombre del elegido es “artículo 12 del Código civil”. Este precepto se presenta como una “mini codificación” de soluciones a las cuestiones generales que suscitan la aplicación de la norma de conflicto del foro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Modificaciones legislativas del artículo 12 del Código civil

22. El texto del art. 12 CC permanece hoy día (2024) inalterado desde 1974 con una sola excepción. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000 suprimió el inciso segundo del precepto citado, que recogía una norma de funcionamiento relativa a la aplicación y prueba del Derecho extranjero³¹.

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

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

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

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

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

³¹ BOE núm.7 de 8 enero 2000.

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

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

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

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

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

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

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

26. El resultado de la combinación de estos elementos es la proliferación de “textos especiales de Derecho internacional privado” que contienen sus propias “normas de funcionamiento”. Frente a la abundancia de estos “textos especiales de Derecho internacional privado”, es evidente que una “parte general de Derecho internacional privado”, esto es, una “teoría general de los conflictos de leyes” encuentra grandes dificultades para constituir y operar como “teoría general”, esto es, como un conjunto de normas de funcionamiento válidas para todas las normas de conflicto en vigor en un Estado. La situación actual, en efecto, pone de relieve que la “teoría general de los conflictos de leyes” se halla sumida, como se puede apreciar, entre otros, en los estudios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.A. ASÍN CABRERA, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y P. RODRÍGUEZ MATEOS en una profunda crisis valorativa y sistemática que se refleja en los siguientes datos³³.

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

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

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

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

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

El art. 12 CC no recoge la cláusula “mercado interior” / “ámbito coordinado”, cláusula que obliga a no aplicar la Ley que regula una situación privada internacional en relación con materias concretas reguladas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio está establecido un prestador de servicios. Tampoco existe una norma general sobre la “cláusula del mercado interior” en el Derecho internacional privado de la UE, sino meras regulaciones sectoriales para materias específicas, apunta M. LAZOUZI³⁴.

Por otro lado, el art. 12 CC tampoco se ocupa de la “cláusula de excepción”, técnica que permite no aplicar la designada por la norma de conflicto y aplicar, en su lugar, la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación³⁵. De igual modo, tampoco existe una norma general sobre la cláusula de excepción en el Derecho internacional privado de la UE³⁶. Sólo algunos instrumentos legales europeos, como bien expone G. GOLDSTEIN, regulan esta cláusula para sectores específico³⁷.

31. En quinto término, los conflictos de Leyes, la “parte noble del Derecho internacional privado”, en célebre dicción del gran jurista francés P. MAYER-, está sujeta hoy día a un proceso de recorte debido al auge del método del reconocimiento de situaciones válidamente creadas en otros países³⁸. Ello resta, como ponen de relieve T. AZZI / O. BOSKOVIC, un cierto potencial valorativo a la “teoría general de los conflictos de leyes”³⁹.

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

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

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

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

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

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

32. En sexto lugar, se observa una grave neutralización del razonamiento conflictual debida a una explosión de técnicas, tácticas y estrategias seguidas por jueces y abogados dirigidas a no aplicar el Derecho internacional privado o a no aplicar el Derecho extranjero designado por vigentes las normas de conflicto. Son subterfugios para aplicar el Derecho nacional. En especial, se emplean las normas relativas a la prueba del Derecho extranjero, cuestión ésta dejada en las soberanas manos de los Estados miembros por los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado, con el objetivo de escapar del razonamiento conflictual, según ha denunciado M.-L. NIBOYET⁴⁰.

33. En séptimo lugar, debe subrayarse que ciertos sectores están regulados por normas de carácter semi-público o institucional. La aplicación de estas normas a los casos internacionales se realiza mediante normas unilaterales de Derecho internacional privado. Estas normas unilaterales de Derecho internacional privado hacen innecesaria, observa S. FRANCO, una parte general de Derecho internacional privado relativa a las normas de conflicto⁴¹.

34. En octavo término, determinadas cuestiones problemáticas pertenecientes a la teoría general de los conflictos de leyes nunca han gozado, en realidad, de una solución expresa ni clara por parte del legislador español ni europeo ni por la jurisprudencia como recientemente ha puesto de manifiesto S. CHAILLÉ DE NÉRÉ⁴². Es el caso de la cuestión previa, del conflicto móvil, del conflicto internacional transitorio, de la sucesión internacional de la norma de conflicto o de la adaptación. El art. 12 CC, por ejemplo, no ofrece solución explícita a estas complejas, arduas, intrincadas y graves cuestiones técnico-jurídicas. De la jurisprudencia española relativa a las mismas parece prudente, en este momento, mantener un discreto silencio.

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

36. Varios ejemplos de normas de aplicación o funcionamiento contenidas en convenios internacionales en vigor para España pueden recordarse en este momento: (a) Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996, contiene las siguientes normas de aplicación: reenvío (art. 21); orden público especializado (art. 22); remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* (arts. 47-49); sucesión temporal de la norma de conflicto (art. 53)⁴³; (b) Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en

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

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

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

⁴³ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

La Haya el 5 octubre 1961. Incluye las siguientes normas de aplicación: reenvío (art. 1); calificación específica de ciertas situaciones (art. 5); orden público internacional (art. 7); sucesión internacional de normas de conflicto (art. 8)⁴⁴; (c) Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973⁴⁵. Recoge las siguientes normas de funcionamiento: calificación (art. 8); orden público internacional (art. 10); remisión a sistemas legales plurilegislativos (art. 12); reenvío (arts. 4. 5 y 6).

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

A) La calificación (art. 12.1 CC)

a) La solución ofrecida por el art. 12.1 CC

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ SAP Baleares 16 julio 2009 [CENDOJ 07040370032009100295].

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

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

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

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

La primera cuestión a resolver es la interpretación y la definición que deben darse a los conceptos empleados por las normas de conflicto como “supuestos de hecho”, muy bien explicado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ⁵⁰. La distinción dogmática se debe, sin duda, a E. BETTI⁵¹. Ejemplo 1: el art. 9.1 CC indica que la Ley aplicable a la “capacidad” es la Ley nacional de la persona. El gran jurista francés E. BARTIN estimó, ya en el siglo XIX, que esta operación de “interpretación y definición de conceptos” debe llevarse a cabo con arreglo al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), tesis seguida posteriormente por la inmensa mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, según explican S. BOLLÉE / BERNARD HAFTTEL⁵². Por tanto, el concepto de “capacidad” debe precisarlo el Derecho español. La justificación de esta tesis es clara: las normas de conflicto que contienen estos conceptos son normas de la *Lex Fori*, por lo que sus conceptos deben interpretarse y definirse con arreglo a los criterios hermenéuticos de tal ordenamiento jurídico. El mismo E. BARTIN indicaba, en célebre frase, que el Derecho internacional privado no es más que una mera extensión del Derecho civil interno al ámbito internacional, por lo que los “conceptos civiles” que emplean las normas de conflicto deben tomarse del Derecho Civil del Estado cuyo legislador ha diseñado tanto las normas y conceptos de Derecho Civil, como las normas de conflicto⁵³. La DGRN, aunque con expresiones algo confusas y sin mucha convicción ni sistema, sigue hoy día esta tesis (RDGRN [106^a] 15 noviembre 2013 [*kafala* marroquí y patria potestad de menor]; RDGRN [11^a] 6 septiembre 2011 [*kafala* marroquí])⁵⁴.

Tras el anterior, surge otro problema. Se trata del auténtico, real genuino y verdadero problema de la “calificación”, que es uno de los problemas más clásicos y también más complicados del Derecho internacional privado. Consiste, explica B. ANCEL, en la subsunción de un “supuesto fáctico”, una concreta situación privada internacional, en el concepto jurídico empleado como supuesto de hecho (*Tatbestand*) por la norma de conflicto⁵⁵. El problema surge porque, con frecuencia, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el “supuesto de hecho” de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Éste es el auténtico problema de la “calificación”

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

En primer lugar, para subsumir el supuesto fáctico en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, debe averiguarse la “naturaleza jurídica” del supuesto fáctico controvertido. Por ello, “calificar” es “definir” una situación privada internacional en términos jurídicos, como la doctrina más clásica dejó bien argumentado⁵⁶. Una vez “calificada” la situación privada internacional, se aplicará la norma de conflicto que corresponda a la naturaleza jurídica que se ha atribuido al supuesto. Ejemplo: ¿cuál es la “naturaleza jurídica” del “contrato sucesorio”? Si se estima que presenta una “naturaleza jurídica sucesoria”, tal contrato sucesorio debe subsumirse en el “supuesto de hecho” de la norma de conflicto que regula la sucesión

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, es preciso recordar que la calificación es una operación jurídica que tiene lugar en todos los sectores del Derecho, apunta P. LOUIS-LUCAS⁵⁷. Sin embargo, esta operación presenta una particularidad muy relevante en Derecho internacional privado. Y es que la naturaleza jurídica de numerosas instituciones es “distinta” en los diferentes Derechos estatales. Ejemplo 1: en ciertos Derechos estatales, las “litisexpensas” son un “efecto personal del matrimonio”, mientras que otros Derechos consideran que se trata de un aspecto del “régimen económico matrimonial”. Ejemplo 2: en ciertos Derechos estatales, los esponsales son un contrato de Derecho de familia, mientras que en otros Derechos estatales, se consideran un supuesto de responsabilidad extracontractual. Por ello debe precisarse el Derecho estatal con arreglo al que debe realizarse la “calificación”. Pues bien: según la tesis *lege fori* recogida con diáfana claridad en el art. 12.1 CC, la calificación debe realizarse con arreglo a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. La calificación *lege fori* es la solución defendida por la mayor parte de la doctrina clásica, puesto que simplifica la operativa de la norma de conflicto, es coherente con el carácter nacional de la mayor parte de las normas de conflicto que aplican los tribunales de Justicia y asegura la previsibilidad de soluciones en el escenario internacional, como puede verse en las contribuciones seculares de E. BARTIN, F. KAHN, J. MAURY, G. MELCHIOR, J.-P. NIBOYET, P. ARMINJON, R. AGO y otros autores desde hace más de cien años⁵⁸. Esta solución se sigue, como regla general, por la inmensa mayoría de los sistemas estatales de Derecho internacional privado, como se aprecia, en el caso francés, en la sentencia civ. Seine, Francia, 19 febrero 1927 [testamento del holandés] y en la no menos famosa sentencia Cour de Cassation, Francia 22 junio 1955, *Caraslanis* [matrimonio en Francia del griego ortodoxo]⁵⁹.

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

- 1º) *Argumento lógico*. No es posible realizar la calificación con arreglo a ningún otro Derecho distinto al del país cuyos tribunales conocen del asunto. Ello es así porque el problema se plantea en un momento en que no es posible precisar cuál será la *Lex Causae*, -la Ley aplicable a la situación privada internacional-, pues con la calificación se busca, precisamente, determinar la norma de conflicto aplicable. Es el argumento del *circulus inextricabilis*, bien argumentado por T. BALLARINO⁶⁰.
- 2º) *Argumento práctico*. La solución *Lex Fori* proporciona un “catálogo único de calificaciones”. La Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) es el único sistema legal encargado de “definir jurídicamente” toda situación privada internacional, expone G.A.L. DROZ a la luz de su examen relativo a los regímenes económicos matrimoniales⁶¹.

⁵⁷ P. LOUIS-LUCAS, “Conflits de méthodes en matière de conflits de lois”, *Journal de droit international Clunet*, 1956, pp. 774-823. También en P. LOUIS-LUCAS, “Existence d’une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?”, *Revue critique de droit international privé*, 1959, pp. 405-441.

⁵⁸ J. MAURY, “Regles générales des conflits de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1936, vol.57, pp. 325-570; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, Leipzig, 1932, pp. 245-265; P. ARMINJON, “L’objet et la méthode du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.21, 1928, pp. 429-512; F. KAHN, “Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 114-3; ID., “Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t.I, 2ª ed., München/Leipzig, 1928, pp. 11-23; J.P. NIBOYET, “Froiland, les questions de qualifications et la question du renvoi”, *Revue critique de droit international privé*, 1926, pp. 125; ID., “Le probleme des qualifications sur le terrain des traités diplomatiques”, *Revue critique de droit international privé*, 1935, pp. 1-19; R. AGO, “Regles générales des conflits de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1936, vol.58, pp. 245-469, concr. pp. 279-459; R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato. Teoria generale*, Milán, 1939, pp. 333-7; R. AGO, “Convenzione dell’Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1963, pp. 335.

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

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

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

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

- 3º) *Argumento sistemático*. La norma de conflicto es una norma que pertenece al Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Por ello, parece lógico que sea tal Derecho el que lleve a cabo la calificación. Una norma jurídica debe ser interpretada con arreglo a los criterios del Derecho del Estado al que dicha norma pertenece (*ejus est interpretari cujus est condere*), como hacen notar M. MEYZEAUD-GARAUD y D. GUTMANN⁶².

43. La Ley española (*lex fori*) se utiliza para otorgar una “primera calificación” al supuesto debatido, de modo que se le otorga una naturaleza jurídica “presunta” (*qualification primaire*), en palabras de H. LEWALD⁶³. Esta naturaleza jurídica “presunta” es sólo una herramienta para determinar la norma de conflicto aplicable y el Derecho estatal que regulará la situación privada internacional, como indica expresamente el art. 12.1 CC. Y una vez designado el Derecho extranjero aplicable al caso, ese Derecho indicará si la situación privada internacional presenta relevancia jurídica, cuáles son los efectos jurídicos que se le atribuyen y su naturaleza jurídica. Esto es: la situación privada internacional es objeto de una “segunda calificación” (*califications en sous-ordre*) que se debe realizar con arreglo al Derecho extranjero aplicable (art. 15 Ley 218/95, de Derecho internacional privado Italia). Esta segunda calificación garantiza que el juez español operará como lo hubiera hecho el juez extranjero del país cuya Ley debe aplicarse, explica G. NOVELLI⁶⁴. Un famoso caso de la jurisprudencia francesa, muy bien expuesto y explicado por L.-C. HENRY, revela la importancia de la segunda calificación (sentencia Cour de Cassation, Civ., Francia, 21 abril 1959, *Dufresnes*)⁶⁵. El Sr. Dufresnes participó en la resistencia contra los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Fue deportado a un campo de concentración alemán debido a la delación de su esposa. Falleció en dicho campo de concentración tras haber sabido que su esposa lo había denunciado a sus captores y tras haberla desheredado a través de un testamento oral comunicado a sus compañeros detenidos en el campo de concentración. Acabada la guerra, se suscitó ante los tribunales franceses la cuestión de la validez del testamento del Sr. Dufresnes. La Ley que regía la validez formal del testamento era la Ley alemana, esto es, la Ley del país donde el testamento fue otorgado). Pues bien, visto que el Derecho alemán disponía de normas específicas sobre la validez jurídica de los actos otorgados en campos de concentración, el testamento fue calificado, -en su segunda calificación, como es obvio-, como un “acto otorgado en un campo de concentración” con arreglo a los criterios del Derecho alemán, actos que gozaban de reglas especiales para favorecer su validez.

44. El art. 12.1 CC rechaza de modo implícito, pero terminante, la llamada calificación “*lex causae*”⁶⁶. Esta solución indica que la “naturaleza jurídica” de la situación privada internacional la debe fijar el Derecho estatal eventualmente designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, es decir, la *Lex Causae*, como fue expuestos por sus acérrimos defensores, entre los que destacan F. DESPAGNET, G. PACCHIONI y M. WOLFF⁶⁷. No hay espacio para esta tesis en el precepto. El art. 12.1 CC deja claro que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará “*siem-*

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

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

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

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

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

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

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

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

45. Sin embargo, una mirada crítica y realista a la jurisprudencia española de los últimos cincuenta años demuestra, sin excesivo esfuerzo intelectual, que el art. 12.1 CC ha sido aplicado en sintonía con una tercera tesis: la tesis de la calificación autónoma de los conceptos empelados por las normas de conflicto españolas. La tesis se debe al sin par genio del gran jurista E. RABEL, al que siguieron posteriormente con convicción y devoción, F. DE CASTRO y L. MERIGGI⁶⁸.

Estos autores integran la llamada “tercera escuela” (*Die dritte Schule*). Según dicha tesis, el Derecho internacional privado constituye una rama del Derecho estatal independiente del Derecho Civil interno. Sus normas regulan realidades distintas y utilizan, por ello y para ello, un aparato conceptual propio y diferente del que maneja el Derecho Civil. A partir de dicho presupuesto, es fácil afirmar que conceptos empleados como “supuestos de hecho” de las normas de conflicto son “conceptos autónomos de Derecho internacional privado” o “conceptos propios de Derecho internacional privado”, como los denominan B. HAFTEL, L.-C. HENRY⁶⁹. Tales conceptos deben definirse de una forma autónoma, propia del Derecho internacional privado. Tales conceptos presentan un significado diferente al que tienen en Derecho Civil y Mercantil. Y, generalmente, estos conceptos propios del Derecho internacional privado son conceptos muy amplios, pues de ese modo pueden designar correctamente la Ley aplicable a los muy distintos y heterogéneos casos internacionales. De este modo, E. RABEL impugna la tradicional tesis de E. BARTIN y proclama la “independencia conceptual del Derecho internacional privado” en relación con el Derecho Civil⁷⁰. La nueva tesis gana adeptos rápidamente. Es, además, una tesis pragmática y de aplicación sencilla.

En la práctica, la técnica de la “calificación autónoma” está desplazando a las dos tesis clásicas, como ya puso de relieve la doctrina italiana hace años⁷¹. En efecto, muchos tribunales españoles la siguen de modo implícito. Esta técnica para llevar a cabo la calificación encaja perfectamente en el art. 12.1 CC. Este precepto marca los puntos básicos de la calificación e indica al respecto lo que sigue: (a) Está prohibido que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se realice con arreglo a las categorías jurídicas de un Derecho extranjero; (b) La calificación del supuesto legal debatido debe llevarse a cabo dentro de los parámetros conceptuales del “Derecho español”; (c) El art. 12.1 CC es una “norma de aplicación”, esto es, una norma adjetiva al servicio de las normas de conflicto, no al servicio de las normas de Derecho material español. En tal sentido, el art. 12.1 CC debe operar en el escenario internacional, esto es, debe aplicarse para mejorar la regulación de la realidad internacional, lo que evidentemente no se consigue con una mera y simplista utilización nacionalista de las categorías conceptuales del Derecho material español como supuestos de hecho de las normas de conflicto; (d) El art. 12.1 CC no obliga a acudir a las categorías jurídicas del Derecho civil, mercantil o laboral español, pues el precepto se refiere, genéricamente, al “Derecho español” y no al Derecho “interno”, “material” o “sustancial” español. Nótese que el art. 12.1 CC no se refiere a la Ley “material” española como sí lo hace, por ejemplo, el art. 12.2 CC, y hubiera podido hacerlo sin dificultad alguna. Por ello, en el contexto del “Derecho español”, el art. 12.1 CC permite que el intérprete acuda a categorías jurídicas del “Derecho internacional privado español”. En consecuencia, el operador jurídico puede atribuir un “significado propio de Derecho internacional privado” a los términos legales empleados por las normas de conflicto españolas. En suma, es posible atribuir a los supuestos de hecho de las normas de conflicto españolas, un significado que arranca del Derecho interno español pero que evoluciona, se adapta y se desarrolla para

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

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

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

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

una correcta regulación de la realidad jurídica internacional. De ese modo, puede afirmarse que el art. 12.1 CC. admite una calificación del supuesto fáctico hecho con arreglo a unos conceptos “españoles” pero que es perfectamente posible acudir a conceptos “del Derecho internacional privado español” y no necesariamente del Derecho material español. Se alcanza, así, la “autonomía relativa de los conceptos de Derecho internacional privado” en bien conocida expresión empleada por H. BATIFFOL, aceptada sin fisuras por doctrina posterior con entusiasmo dogmático⁷².

En ocasiones, el mismo legislador ya presenta, de manera explícita, el concepto propio de Derecho internacional privado a emplear por la norma de conflicto: “conceptos materiales propios de Derecho internacional privado”, “conceptos amplios propios de Derecho internacional privado”, y “conceptos externos”. Sin embargo, el problema más agudo se presenta cuando la norma de conflicto utiliza un concepto aparentemente idéntico al que utilizan las normas de Derecho material interno español: contratos (art. 10.5 CC), matrimonio (art. 49 CC), capacidad (art. 9.1 CC), etc. Pues bien, en estos casos, la mayor parte de la doctrina indica que debe arrancarse de los conceptos existentes en el Derecho material español. Tales conceptos constituyen, tan solo, un “punto de partida interpretativo”, aclara F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁷³. Tales conceptos deben ser sometidos a una “interpretación o redefinición internacional” que se lleva a cabo a través diversas variables (art. 3.1 CC): (a) La “función internacional” del Derecho internacional privado; (b) La “realidad social internacional” que debe regularse, como sugieren, entre otros, R. WIGNY y G. BARILE⁷⁴. Ello desemboca, generalmente, en un “estiramiento” de los conceptos proporcionados por la *Lex Fori*, según la famosa expresión de H. BATIFFOL⁷⁵. Ejemplo: el concepto de “matrimonio” empleado por los arts. 49 y 50 CC arranca del concepto de “matrimonio” propio del Derecho civil español, pero se “redefine” y se “estira” para que pueda cubrir, por ejemplo, un matrimonio poligámico y un matrimonio *solo consensu*, que son instituciones que el Derecho civil español no considera “matrimonios”. Los tribunales recurren con frecuencia a esta segunda tesis: la norma de conflicto emplea conceptos con un “significado propio de Derecho internacional privado”, conceptos que se forman a partir de las categorías de la *Lex Fori* pero que se desarrollan, se adaptan y se concretan a fin de alcanzar una regulación correcta de la realidad internacional

Para elaborar conceptos propios de Derecho internacional privado y emplearlos en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, ciertos expertos defendieron que no era preciso arrancar de los parámetros conceptuales de la *lex fori*, sino que era posible una auténtica tesis comparatista. En efecto, según E. RABEL, F. DE CASTRO y L. MERIGGI, para definir estos conceptos debía recurrirse a un análisis de Derecho comparado⁷⁶. Se elabora así un conjunto refinado de conceptos propios de Derecho internacional privado comunes a todos los países civilizados. La idea es muy interesante. Sin embargo, resulta de difícil realización práctica, porque estos conceptos autónomos propios del Derecho internacional privado extraídos del Derecho comparado son excesivamente inciertos y subjetivos, si es que son posibles, como critican J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ sobre las ideas ya expuestas por J. DERRUPPE⁷⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

Los convenios internacionales que contienen soluciones uniformes de Derecho internacional privado deben ser interpretados de modo uniforme. En caso contrario, la “uniformidad de soluciones” que el instrumento legal internacional persigue, se desvanece, como ya apuntara E. BARTIN y como dejó claro el fundamental y en su momento sorprendente estudio de P. LAGARDE⁷⁸. Los instrumentos legales internacionales adoptan distintas posturas al respecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) La calificación en el Derecho internacional privado europeo

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

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

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

El método unilateral europeo “Reglamento por Reglamento” consiste, explican de modo más que brillante T. VIGNAL y F. BERNER, en lo siguiente⁷⁹. Cada Reglamento europeo determina, de modo propio e independiente, la materia a la que es aplicable, esto es, las situaciones jurídicas internacionales cubiertas por el mismo. El operador jurídico debe sólo comprobar que la situación jurídica concreta debatida aparece cubierta por un específico Reglamento europeo y si es así, el Reglamento en cuestión se aplicará y sus normas de conflicto fijarán la ley aplicable a la situación jurídica debatida

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

50. Este método unilateral europeo hace completamente inútiles, en el marco jurídico europeo, las clásicas y decimonónicas teorías de la calificación *lege fori* y *lege causae*. Es irrelevante, recuerda F. BERNER, la calificación jurídica que la cuestión debatida reciba en la *lex fori*, esto es, en la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto⁸⁰. Es también irrelevante la calificación jurídica

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹ SAP Asturias 7 febrero 2018 [ECLI: ES:APO:2018:293].

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

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

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

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

d) Ámbito operativo actual del art. 12.1 CC

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

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

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

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

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

(ii) Las instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español

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

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

(b) No todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo “grado de desconocimiento” en Derecho español, como ya fuera indicado por J. GARDE CASTILLO en su clásica aportación al estudio del tema⁸². Por ello, resulta necesario practicar con detalle y cuidado una distinción básica.

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

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

⁸³ SAP Burgos 30 julio 2007 [CENDOJ 09059370022007100245].

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

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

- a) *Primera tesis. Los “conceptos amplios positivos”*. Ciertas normas de conflicto españolas utilizan, deliberadamente, “conceptos amplios” como “supuestos de hecho”. De ese modo, ciertas instituciones “no conocidas en el Derecho español”, pero que desarrollan una función similar a la que despliegan en Derecho español otras figuras sí conocidas, pueden ser subsumidas fácilmente en el “supuesto de hecho” de la norma de conflicto. Ejemplo 1: el art. 9.6.I CC señala la Ley aplicable a la “protección de menores”. Ejemplo 2: el art. 9.3 CC indica la Ley reguladora de los “pactos” o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio.
- b) *Segunda tesis. La “calificación por la función” o “método analógico”*. Se trata de una tesis impulsada por el gran jurista francés H. BATIFFOL⁸⁴. Coincide con la tesis de la calificación autónoma que forma sus conceptos a partir del Derecho material español pero que los somete a un proceso de “evolución conceptual” para regular de manera correcta la realidad internacional. Varios aspectos relativos a esta tesis deben destacarse.

Esta tesis indica que la “calificación” de las instituciones desconocidas debe descomponerse en dos fases: (a) *Primera fase o “fase de definición” (“phase d’analyse”)*. Se analiza la función que desarrolla la “institución desconocida” en el Derecho extranjero a cuyo amparo se creó o conforme a la que se ejercita la acción, como muestra la doctrina francesa que se ha ocupado del espinoso tema del *trust* anglosajón⁸⁵. Se consulta el Derecho extranjero sólo “a título informativo”, con el objetivo de averiguar la “función” que la institución desarrolla en el Derecho extranjero, explica H. BATIFFOL y B. AUDIT⁸⁶; (b) *Segunda fase o “fase de decisión” (“phase de jugement”)*. Debe hallarse una institución jurídica del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que desarrolle la función que la institución desconocida despliega en el ordenamiento extranjero o, al menos, una “función similar” o “equivalente” (Resolución IDI 27 octubre 2007). Pues bien: la norma de conflicto que señala la Ley aplicable a esta institución “conocida”, señalará también la Ley aplicable a la institución extranjera “desconocida”, tal y como puso de relieve en su momento L. RAAPE con ocasión de su famoso curso en la Academia de La Haya de Derecho internacional⁸⁷. La “equivalencia” de la función desarrollada no debe ser absoluta. Ello será prácticamente imposible. Debe ser, eso sí, una equivalencia “suficiente”, señala L. HÜBNER⁸⁸. También pueden encontrarse distintas instituciones jurídicas en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que, “sumadas”, desarrollan la misma función que la institución extranjera desconocida.

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, esta tesis de la “calificación por la función” no sirve para señalar la Ley aplicable a una institución jurídica extranjera que sea completamente desconocida en Derecho español. No sirve, explican P. MAYER y E. VITTA, para calificar un supuesto en el que sea imposible encontrar, en Derecho español, una institución jurídica que desarrolle una función similar a la desplegada por la institución legal extranjera en el Derecho extranjero⁹⁰. Algunos casos de instituciones completamente desconocidas en Derecho español pueden citarse: (a) El *trust* anglosajón: relación jurídica creada por acto *inter vivos* o *mortis causa* por una persona, constituyente del *trust*, mediante la colocación de bienes bajo el control de otra persona, *trustee*, en interés de un beneficiario, *beneficiary*, o con un fin determinado; (b) El *ketubah* del Derecho judío: promesa a la mujer de ventajas materiales en el matrimonio que permiten asegurar su bienestar en caso de defunción del marido o de divorcio; (c) El *lobola* o matrimonio mediante compra previsto en el Derecho sudafricano (*vid.* Section 11(1) de la *Bantu Administration Act*, núm.38 de 1927). Los célebres “daños punitivos” del Derecho norteamericano y de otros países de *Common Law*, así como los daños por litigación temeraria del Derecho italiano, -muy bien explicados por H. WAIS-, son buenos ejemplos de instituciones jurídicas desconocidas con un impacto real en el escenario legal internacional del siglo XXI⁹¹.

- c) *Tercera tesis. Creación jurisprudencial de una norma de conflicto “ad hoc”*. En casos extremos, esto es cuando la institución jurídica extranjera desarrolla, en Derecho extranjero, una función que no despliega ninguna institución jurídica en Derecho español, las dos soluciones anteriores son inviables. Pero una tercera solución es siempre posible. Se trata de permitir que los tribunales, mediante un desarrollo judicial, puedan “crear” una específica norma de conflicto que señale la Ley aplicable a la “institución desconocida”, opción por la que la doctrina española muestra una querencia evidente, como se aprecia desde la clásica contribución de J. GARDE CASTILLO hasta las mucho más recientes aportaciones de S. ALVAREZ GONZÁLEZ, M. CHECA MARTÍNEZ y M.A. ASÍN CABRERA⁹². La tendencia, sin embargo, no es unánime, pues otros autores, como C. GONZÁLEZ BEILFUSS y M. VIRGÓS SORIANO, la rechazan y prefieren descomponer la figura legal extranjera, -en concreto, el *trust* anglosajón-, y aplicarle diversas normas de conflicto por analogía⁹³. Varios aspectos pueden subrayarse al respecto: 1º) Los tribunales deben poder “crear Derecho internacional privado” cuando

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1º) *Primera hipótesis: la Ley aplicable es una Ley extranjera que contempla y regula la institución que es desconocida en Derecho español.* Este caso no plantea problemas. Ejemplo: si un *trust* anglosajón queda regulado por el Derecho irlandés, ningún problema surge, nada hay que objetar y no se presentan problemas específicos, pues el Derecho irlandés conoce y regula el *trust*.
- 2º) *Segunda hipótesis: la Ley aplicable a la “institución desconocida” es una Ley de un Estado que no regula ni contempla tal institución.* Esta segunda hipótesis suscita enormes problemas. Es conveniente distinguir, con E. CASTELLANOS RUIZ, diversos casos que deben abordarse con estrategias jurídicas diferentes⁹⁴.
 - a) *Tesis de la transposición.* Existen instituciones jurídicas extranjeras que, aunque son “desconocidas” en el Derecho material aplicable a la misma, sí persiguen fines que, en el Derecho material aplicable, cumplen otras figuras jurídicas. En este caso debe detectarse, en el Derecho aplicable a la cuestión, una institución que desarrolle una “función equivalente” a la desplegada por la “institución extranjera desconocida”. El régimen jurídico de esa “institución típica” será aplicable a la regulación material de la “institución desconocida extranjera”.
 - b) *Tesis del desconocimiento.* Existen, por otro lado, instituciones jurídicas que persiguen finalidades y/o despliegan funciones que el legislador que ha promulgado la Ley aplicable no protege ni comparte. En ese caso, debe estimarse que la institución en cuestión es inexistente. Ejemplo: la “compra de la esposa”, el “contrato de esclavitud”, o el “*trust* anglosajón” son instituciones jurídicas que pueden quedar sujetas al Derecho español. En tal caso, visto que el legislador español no ha querido admitir los fines de estas instituciones, éstas deben estimarse “inexistentes” como tales. No son válidas y no producen ningún efecto jurídico ante las autoridades españolas. Un *trust* regulado por el Derecho español no existe como tal, porque en Derecho español, el *trust* no existe, ya que el legislador español ha considerado que es una institución que no debe existir, como tal, en Derecho español.

B) Reenvío (art. 12.2 CC)

a) Concepto y antecedentes legislativos y jurisprudenciales en Derecho español

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

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

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

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

63. La redacción originaria del Código Civil de 1889 guardaba un silencio sepulcral y muy sospechoso sobre el reenvío. En efecto, el reenvío se conocía en toda Europa desde el célebre caso *Forgo* (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 24 junio 1878) pero el legislador español de 1889 calló totalmente al respecto y dejó a los tribunales sin una guía al respecto⁹⁶. Por ello, existían enormes dudas, en doctrina y jurisprudencia, sobre la admisión del reenvío en Derecho internacional privado español.

La jurisprudencia de ciertos tribunales había admitido el reenvío de retorno (*vid.* Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900, Auto JPI núm. 20 Madrid 7 febrero 1951; RDGRN 30 junio 1956)⁹⁷. Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia había negado el reenvío (SAT Palma Mallorca 17 febrero 1965). Lo más relevante era el hecho de que el Tribunal Supremo no se manifestó en ningún caso de forma clara. Lo cierto es que dicho tribunal no era ni partidario ni contrario al reenvío. Simplemente ignoraba la cuestión como hacía el Código civil, que también la ignoraba (STS 10 febrero 1926; STS 21 febrero 1935; STS 27 mayo 1968; STS 6 junio 1969; STS 5 noviembre 1971)⁹⁸. Ambos silencios hicieron que la doctrina española de la época se enzarzara en interminables y controvertidas polémicas apasionadas sobre la admisión o rechazo del reenvío en el sistema español de Derecho internacional privado⁹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

b) La solución ofrecida por el art. 12.2 CC

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

65. El art. 12.1 CC ni regula ni admite figuras especiales del reenvío como el “doble reenvío” (*Foreign Court Theory / Total Renvoi / Double renvoi*), construcción exclusiva del Derecho internacional privado anglosajón bien expuesta por J.D. FALCONBRIDGE¹⁰⁰. Tampoco acoge el reenvío de competencia judicial (*hidden renvoi*), ni el reenvío total habilitante de competencia judicial internacional (sentencia Cour de Cassation, Francia, 23 junio 2010 [nacional francés con domicilio en Madrid y fallecido en Madrid y herencia que comprende inmuebles en Francia y España, así como varios muebles])¹⁰¹.

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

67. El art. 12.2 CC, justo es subrayarlo, es víctima de su muy confusa redacción: a) Comienza con una afirmación contradictoria: si la remisión al Derecho extranjero, se dice, lo es en favor de su Ley material, resulta paradójico que se afirme, acto seguido, que se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras si éstas remiten al Derecho español; b) Añade una “doble negación”: no se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras que no remitan al Derecho español. Es uno de los preceptos peor redactados del Derecho español, lo cual no es fácil. Los estudiantes españoles de Derecho internacional privado lo saben muy bien. La doctrina española denunció desde su nacimiento la complejidad innecesaria y la falta de claridad del art. 12.2 CC¹⁰³. Con posterioridad a 1974, la mejor doctrina influyó en la jurisprudencia para que ésta hiciera del reenvío un expediente de corrección de la localización de la norma de conflicto dirigido a lograr la aplicación de la ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica a regular¹⁰⁴.

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

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

¹⁰² SAP Barcelona 28 septiembre 2004 [ECLI:ES:APB:2004:11341].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

71. En caso de “reenvío de retorno”, la norma de conflicto extranjera debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho ordenamiento extranjero, como indica la mejor doctrina, bien representada por E. JAYME, P. FRANCESKAKIS, G. KEGEL e Y. LEQUETTE¹⁰⁷. Varias observaciones adicionales son ahora precisas: (a) El juez español debe aplicar una norma de conflicto extranjera si ésta se contiene en un convenio internacional que no está en vigor en España pero que sí lo está en el país al que remite la norma de conflicto española, específica C. CAMPIGLIO¹⁰⁸; (b) El juez español debe aplicar criterios de conexión extranjeros aunque éstos no sean conocidos en Derecho español. Así, la sucesión mobiliaria de un inglés con “domicilio” en España se rige por el Derecho inglés (art. 9.8 CC). El Derecho inglés reenvía al Derecho español porque en Derecho internacional privado inglés, la sucesión mobiliaria se regula por la Ley del domicilio del causante. Pues bien: el concepto de “domicilio” que emplea el juez español para aceptar el reenvío es el concepto de domicilio del Derecho inglés, que no coincide con el concepto “español” de domicilio, puesto que palabras iguales no siempre se corresponde con significados iguales, escriben J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ¹⁰⁹. El concepto inglés de *domicile* es un “concepto poético”: el lugar al que la persona, cuando está lejos de él, quisiera volver, según señalan B. BAREL / ST. ARMELLINI y como confirma la jurisprudencia española (SAP Murcia 30 noviembre 2011 [causante inglesa con *Domicile of Choice* y bienes inmuebles en España])¹¹⁰; (c) Es frecuente que los tribunales españoles empleen incorrectamente el reenvío como una mera excusa fácil para aplicar el Derecho sustantivo español y que, para ello, tergiversen el sentido de una norma de conflicto extranjera. Ejemplo: el divorcio entre dos italianos se rige por el Derecho de italiano y en tal ordenamiento, el divorcio se rige por la Ley nacional de los cónyuges en el momento del divorcio. Por ello, en tal caso no hay ningún reenvío en favor del Derecho español. Carece de sentido y resulta antijurídico decir que el art. 706 del Código de Procedimiento Civil italiano “*deja a la decisión del tribunal que conoce del litigio la conveniencia de aplicar la ley del país en el que transcurre preferentemente la vida conyugal de la pareja*”, porque dicho precepto nada tiene que ver con dicho asunto y no dice lo que el tribunal español indica. Tampoco el art. 31 *legge* 218/95 provoca ningún reenvío de retorno, pues el precepto obliga al juez que conoce del asunto a aplicar la Ley nacional común de los cónyuges (con profundísimo error: SAP Barcelona 29 febrero 2012 [régimen económico matrimonial de cónyuges argentinos en el momento del matrimonio, pero italianos en el momento del divorcio])¹¹¹.

72. Si la situación jurídica que debe regularse por un Derecho extranjero recibe según tal Derecho extranjero, una calificación distinta a la que ha recibido en Derecho español, se aplicarán las normas de conflicto del Derecho extranjero correspondientes a la calificación que en tal ordenamiento recibe la institución. Dichas normas de conflicto extranjeras pueden remitir a la Ley española. Es el llamado “reenvío de calificaciones”, muy bien expuesto por B. BAREL / ST. ARMELLINI e Y. LEQUETTE¹¹². Ejemplo: si la ruptura de los esponsales se considera en España una cuestión de “responsabilidad civil” y la norma

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

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

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

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

¹¹¹ SAP Barcelona 29 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100103].

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

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

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

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

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

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

74. A finales de los años noventa del pasado siglo, el Tribunal Supremo puso orden, de manera decidida, sugestiva y creativa, en la interpretación del art. 12.2 CC. El Tribunal Supremo dotó, así, al precepto de un acentuado efecto útil y de una justicia conflictual muy relevante. Tal y como el TS ha interpretado el art. 12.2 CC, en el Derecho internacional privado español el reenvío no es una “solución general” ni un “mecanismo automático”. El reenvío es una mera herramienta jurídica. Es un puro instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto. El art. 12.2 CC es una norma auxiliar o ancilar respecto de las normas que indican el “Derecho aplicable”. Por ello, el reenvío no puede traicionar el sentido de las normas de conflicto, sino facilitar su correcta aplicación. El reenvío desarrolla una “función instrumental”, en feliz expresión de A.-L. CALVO CARAVACA¹¹⁶. Esta “concepción instrumental del reenvío” comporta diversas consecuencias, puestas de relieve con claridad, rigor y precisión técnico por M. VIRGÓS SORIANO¹¹⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, el reenvío debe estar justificado por motivos de Justicia en el caso concreto. El juez español puede emplear el reenvío de primer grado o puede no emplearlo. Pues bien, lo utilizará sólo y exclusivamente si dicho reenvío resulta útil para alcanzar soluciones satisfactorias, razonables y justas en el caso concreto (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío]; STS 15 noviembre 1996; STS 21 mayo 1999, SAP Alicante 5 octubre 2010 [causante holandesa y reenvío al Derecho español]; SAP Alicante 27 mayo 2015 [testamento otorgado en España por causante inglés y reenvío], SAP Baleares 21 noviembre 2017 [legítima de causante belga y reenvío])¹¹⁸. El operador jurídico debe demostrar que el reenvío conduce a resultados justos. A tal efecto, el tribunal español debe realizar un “test de oportunidad del reenvío”. En dicho test, deben ponderarse los elementos del caso concreto y los resultados que comporta el reenvío en dicho caso concreto. Este modo de concebir el reenvío se conoce como “reenvío funcional” o “reenvío expediente” y no es una interpretación de tiempos actuales, pues ya H. LEWALD y Ph. FRANCESCAKIS, explica P. COURBÉ, lo habían acuñado como un mecanismo de mejora de la aplicación de la norma de conflicto¹¹⁹.

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

(i) La condición básica del reenvío

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

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

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

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

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

y Derecho inglés]: SAP Alicante 27 mayo 2015 [testamento otorgado en España por causante inglés y reenvío]; SAP Madrid 10 septiembre 2012 [causante californiano e inexistencia de reenvío]; SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitios en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno]; SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitios en España y *domicile* en España del causante]; AAP Barcelona 31 marzo 2010 [sucesión de causante francesa y bienes inmuebles sitios en España]; SAP Málaga 18 diciembre 1996; SAP Málaga 13 marzo 2002; SAP Alicante 7 junio 2001 [se rechaza el reenvío de la Ley inglesa a la española porque provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes sucesorios litigiosos en Inglaterra y en España]; SAP Alicante 10 marzo 2003; SAP Asturias 1 septiembre 2005; SAP Badajoz 11 julio 1995; SAP Tarragona 13 mayo 2004; SAP Granada 19 julio 2004)¹²¹. Esta idea aparece ya muy claramente en la más que centenaria STS 14 diciembre 1901¹²². De este modo, el TS se reencuentra a sí mismo. Este criterio se sigue también en Francia (sentencia Cour de Cassation, Francia, 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española cuyo último domicilio se encontraba en Francia y con bienes inmuebles en España: el reenvío se justifica si permite alcanzar la unidad legal de la sucesión]; sentencia Cour de Cassation, Francia, 21 marzo 2000, *Ballestrero*; sentencia Cour de Cassation, Francia, 20 junio 2006, *Wildenstein*)¹²³. De todos modos, la jurisprudencia española sobre el reenvío en el sector sucesorio sólo resulta operativa en relación al art. 12.2 CC, y este precepto es inaplicable a los supuestos internacionales a partir del 17 agosto 2015. Aunque el art. 9.8 CC es aplicable a los casos de Derecho interregional, tampoco el reenvío funciona en este sector, pues el reenvío está prohibido en el Derecho interregional (art. 16.2º CC).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) Los índices positivos de reenvío

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

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

¹²⁵ STS 12 enero 2015 [CENDOJ 28079110012015100048].

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, sin perjuicio de lo anterior, pueden surgir casos difíciles. En relación con tales casos la “idea regulativa general”, esto es: toda sucesión está más estrechamente vinculada con el país de la última nacionalidad del causante-, puede fallar en el caso concreto. Y puede fallar porque en ciertos supuestos específicos, el país más estrechamente vinculado con una concreta sucesión internacional puede no ser el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, los casos difíciles aparecen cuando el punto de conexión no presenta un ligamen real entre el caso específico y un país concreto. Puede afirmarse que el punto de conexión pierde su “razón de ser”: ya no proporciona “seguridad jurídica internacional” ni “previsibilidad de la Ley aplicable”. El punto de conexión se aparta de la *ratio* de la norma. Y se convierte en un punto de conexión “vacío de potencial localizador”. Es, entonces, un punto de conexión que queda “privado de su justificación interna”, como ha subrayado de modo brillante C. CAMPIGLIO¹²⁹.

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

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

¹²⁸ STS 15 enero 2019 [ECLI: ES:TS:2019:56].

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

Los elementos que reflejan una más estrecha localización del supuesto sucesorio con España que con el país de la nacionalidad del causante pueden ser de distinta naturaleza: contactos personales y territoriales. Ahora bien: esa “más estrecha vinculación del supuesto con España” debe resultar de manera muy clara y evidente. Y ello ocurrirá, sin duda, cuando el causante hubiera tenido su último domicilio o residencia habitual en España y cuando, además, todos los bienes inmuebles sucesorios estuvieran situados en territorio español, según destaca A.-L. CALVO CARAVACA¹³⁰. Así lo indica también de modo decidido la SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles situados en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno]¹³¹. Precedente muy claro en este sentido, esto es de la ecuación “inmuebles en España + domicilio del causante en España, equivalen a conexión claramente más estrecha del caso sucesorio con España”, es el muy célebre, afamado, notorio y también pionero Auto del Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900, que se pronunció en el supuesto de un causante escocés que había vivido cincuenta años en Barcelona, hasta su fallecimiento, y todos sus bienes inmuebles, incluidas sus industrias, se hallaban en Cataluña, caso emblemáticamente estudiado por J.M. TRIAS DE BES¹³². La mera existencia aislada de algún bien inmueble en España no parece ser un dato suficiente que denote mayor vinculación del supuesto con España, como señala la STS 15 noviembre 1996¹³³. Y la mera y aislada residencia habitual del sujeto en España tampoco parece reflejar una vinculación más estrecha con España. De tal modo, dichos datos aislados no justifican un reenvío para “afinar” y “perfeccionar” la localización, en particular si existen inmuebles situados fuera de España.

Para escapar de una “localización legal rígida” efectuada por puntos de conexión “vacíos de potencial localizador”, el reenvío puede resultar muy útil. El reenvío se convierte, así, en un “elemento flexibilizador” del rígido sistema de conflicto de Leyes, como han señalado P.M. PATOCCHI y B. AUDIT¹³⁴. Por otro lado, de modo curioso, el reenvío, en estos casos, opera como una subespecie de la cláusula de excepción, precisa P. RÉMY-CORLAY¹³⁵. Ello explica que en el Derecho internacional privado del siglo XXI el reenvío se vea desplazado por la citada “cláusula de excepción”, como ha mostrado S. CORNELOUP¹³⁶.

El reenvío, en esta perspectiva, resulta un ejercicio metodológico extraordinariamente interesante porque representa un “ejercicio de humildad” del legislador español o, como escribe H. SCHACK, una muestra de actitud cosmopolita del legislador¹³⁷. A la hora de precisar la Ley aplicable a la sucesión en los casos internacionales, los legisladores de los diferentes países del mundo adoptan ópticas distintas. Todos los legisladores “localizan” la sucesión en uno u otro país cuando señalan la “Ley aplicable” a la sucesión en sus normas de conflicto. El legislador inglés localiza la sucesión de los inmuebles en el país de situación de los mismos, mientras que el legislador español localiza la sucesión de los inmuebles en el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. Ambos “localizan”. La “localización” de las situaciones privadas internacionales en un país, cuya Ley regirá el supuesto, es un arte, un ejercicio de prudencia jurídica. No es aritmética. La aritmética es igual en España, en Londres, en Sebastopol y en Vancouver. Pero la “localización”, -esto es, la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales-, no es una ciencia exacta. Ni es álgebra ni es geometría euclidiana.

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

¹³¹ SAP Alicante 28 mayo 2012 [CENDOJ 03014370062012100272].

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

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

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

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

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

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

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

Entendido como un mecanismo para “perfeccionar la localización”, el reenvío de primer grado opera como una escotilla que facilita el “diálogo entre ordenamientos”, en feliz expresión de A. QUIÑONES ESCÁMEZ¹³⁸. Dicho diálogo arranca de un dato fundamental. La localización es un arte difícil: es conveniente escuchar y tener en cuenta “cómo se practica la localización” en otros ordenamientos jurídicos para aceptar, en su caso, la localización más correcta llevada a cabo por las normas de conflicto e - tranjeras. Un artista aprende de otros artistas. Naturalmente, el ajuste de la localización exigiría aceptar no sólo el reenvío de primer grado, sino también el reenvío de segundo grado, como se admite en otros países (= es el caso de Francia). El legislador español no llega a tanto, y se limita a aceptar el reenvío de primer grado y prohíbe el reenvío de segundo grado.

85. Por lo que se refiere al segundo *índice positivo de reenvío*, éste puede utilizarse como mecanismo para resolver un «falso conflicto de Leyes». Si el Derecho material extranjero y el Derecho material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío es aconsejable (STS 15 noviembre 1996; STS 21 mayo 1999; SAP Málaga 13 marzo 2002; SAP Alicante 10 marzo 2003)¹³⁹. En efecto, según el TS, en este caso, realmente, es indiferente aplicar Derecho extranjero o Derecho material español. Pues bien: el reenvío permite aplicar el Derecho español, lo que siempre es más fácil, rápido y económico para los tribunales, y no perjudica a ninguna de las partes en el litigio. En otras palabras: para el TS, el reenvío es aconsejable y positivo cuando opera para resolver un “falso conflicto de Leyes” (*false conflict*), es decir, cuando logra una “armonía internacional de soluciones materiales”. Este primer índice positivo de reenvío no concurre en el caso de que el contenido del Derecho material extranjero difiera sensiblemente del contenido del Derecho material español. Es un índice positivo de reenvío por el que el TS siente especial debilidad y aprecio (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 23 septiembre 2002). Aunque todo hay que decirlo: el TS jamás ha aplicado este índice positivo para admitir un reenvío de primer grado en favor de la Ley española¹⁴⁰.

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

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

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

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

mismo se logra que la Ley aplicable a la situación privada internacional sea la misma, ya conozca del caso un tribunal español o un tribunal del Estado a cuya Ley remite la norma de conflicto española. Es el “reenvío-coordinación” defendido por H. BATIFFOL, que potencia la seguridad jurídica internacional. Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable y es dudoso que tenga cabida en el art. 12.2 CC. Y ello por varios motivos: a) Es claro que el legislador español no emplea el reenvío como instrumento al solo servicio de la armonía internacional de soluciones. Si fuera así, se aceptaría el reenvío de segundo grado, que sin embargo está expresamente prohibido por el art. 12.2 CC, subraya E. RODRÍGUEZ PINEAU¹⁴¹; b) El TS nada ha indicado sobre este índice de armonía internacional de soluciones “conflictuales”. Para el TS, sólo es relevante la armonía internacional de soluciones “materiales”: si la Ley material extranjera es similar a la Ley material española, entonces es posible aceptar el reenvío en favor de la Ley material española. Por tanto, este tercer índice positivo de reenvío es, hasta hoy, en Derecho internacional privado español, una mera propuesta doctrinal sin refrendo legal ni jurisprudencial. En el Derecho internacional privado europeo, el reenvío, en las raras ocasiones en las que se admite, sí persigue el objetivo de lograr la armonía internacional de soluciones (art. 34 RES).

87. El cuarto índice positivo de reenvío se presenta, se dice, cuando éste se emplea para conseguir resultados “materialmente orientados”. Algunos autores indican que el reenvío podría ser aconsejable cuando conduce a resultados constitucionalmente ajustados. Ejemplos: el reenvío debería aceptarse si a través del mismo se logra la aplicación de la Ley material española, Ley que permite la determinación de la filiación del hijo (*favor filii*), o la disolución del matrimonio por divorcio (*favor divortii*). Este índice positivo de reenvío (“reenvío *in favorem*”) ha sido acogido por otros sistemas extranjeros de Derecho internacional privado (art. 13.3 LDerecho internacional privado Italia 1995 [establecimiento de la filiación]). Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Si la Ley extranjera presenta un contenido “inaceptable”, debe entonces utilizarse el “orden público internacional” para excluir la aplicación de la Ley extranjera y provocar así la aplicación de la Ley española (*lex fori*), y el reenvío es impropio e innecesario, como bien destaca P. JIMÉNEZ BLANCO¹⁴².

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

88. Los convenios internacionales vigentes en Derecho español pueden dividirse, de acuerdo con la propuesta metodológica de sobre el reenvío defendida con acierto y solvencia intelectual por L. MIGLIORINO, en varios grupos diferentes¹⁴³. Un primer grupo de convenios, -notablemente más numeroso-, niegan todo reenvío y emplean al efecto diversas estrategias de técnica jurídica. Un segundo grupo de convenios, -más restringido-, lo admiten, aunque cabe albergar ciertas reservas, dudas y preguntas inquietantes al respecto.

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

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

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

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

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

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

91. Finalmente, un tercer grupo de convenios internacionales contienen una prohibición implícita del reenvío. Tales convenios sólo contienen una “causa tasada” de inaplicación de la ley designada por la norma de conflicto convencional, la contrariedad de la ley designada con el orden público internacional del Estado de que se trate. Se trata, pues, de una interpretación *a sensu contrario* del articulado convencional. Dicha lectura se trata de justificar en el carácter de *excepción* del orden público internacional. Un ejemplo de este proceder es el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos¹⁵⁰. El convenio no contiene norma alguna sobre el reenvío, pero la única causa que establece sobre inaplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto es su contrariedad con el orden público internacional del Estado en cuestión: *a sensu contrario*, un posible reenvío no puede ser causa de inaplicación de la ley designada por la norma de conflicto convencional. El art. 4 del Convenio citado indica: “*La ley indicada por el presente Convenio solamente podrá dejar de aplicarse si fuera manifiestamente incompatible con el orden público*”. Ante el silencio del Convenio sobre el reenvío, procede, se dice, una lectura *a sensu contrario* del convenio y en particular de este precepto: el reenvío no puede ser una causa de inaplicación de la ley designada por la norma de con-

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

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

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

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

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

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

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

flicto convencional (art. 1 Convenio de Munich), puesto que la única causa de inaplicación de dicha ley es su contrariedad con el orden público internacional del Estado de que se trate¹⁵¹. No obstante, cierta doctrina ha estimado que el art. 1 del Convenio de Munich declara aplicable la *Ley tout court* del Estado del que es nacional una persona, y no solamente sus normas sustanciales, como se había previsto en un principio¹⁵². En el mismo caso se encuentra el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del que cierta doctrina afirma que acepta el reenvío¹⁵³.

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

En primer lugar, puede citarse el Convenio de Washington de 18 marzo 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados¹⁵⁴. Su art. 42 parece admitirlo expresamente, y aun así, autores como A. GIARDINA y G.R. DELAUME manifiestan sus dudas con argumentos muy solventes¹⁵⁵.

En segundo lugar, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños] adopta, en este punto, una posición polémica que exige distinguir diversos aspectos¹⁵⁶. Como regla general, las normas de conflicto recogidas por el convenio remiten siempre al “*Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes*” (art. 21.1 CH 1996). Ello significa que cuando una norma de conflicto del convenio remite a la Ley de un concreto Estado, se aplica la Ley sustantiva de dicho Estado y no sus normas de conflicto. En consecuencia, el reenvío es imposible, ya sea de primer o de segundo grado o reenvíos ulteriores. Ahora bien, si la ley aplicable en virtud del art. 16 CH 1996 fuera la de un primer Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro segundo Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado (art. 21.2 *in primis* CH 1996). Si este otro Estado no contratante no aplicaría su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16 (art. 21.2 *in fine* CH 1996). En todo caso, el reenvío de tercer grado o superior no puede tener lugar cuando resultan aplicables las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños]. Este controvertido art. 21 CH 1996 suscita una serie de consideraciones y anotaciones de importancia: (a) El precepto acepta un reenvío de segundo grado porque dicho reenvío garantiza una “armonía internacional de soluciones de Derecho internacional privado”, ya que el Estado parte en el convenio, el Estado no contratante primero al que remiten las normas de conflicto de dicho convenio y el Estado no contratante segundo al que remiten las normas de conflicto del Estado no contratante primero, aplicarán todos ellos, así, la misma Ley sustantiva, la Ley sustantiva del segundo Estado no contratante; (b) En el caso de que este otro segundo Estado no contratante no aplicara su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16 CH 1996, esto es, se niega el reenvío de segundo grado y se aplica la Ley sustantiva designada por la norma de conflicto contenida en el convenio (Informe explicativo *Lagarde*, n.118); (c) Si el segundo Estado es un “Estado contratante”, el reenvío es imposible y se aplica la Ley del país designada por la norma de conflicto contenida en el convenio; (d) Debe señalarse que esta regla que permite el reenvío de segundo grado sólo es operativa en

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

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

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

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

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

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

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

En tercer lugar, a los dos convenios internacionales anteriores deben añadirse, según cierta doctrina, otros convenios que no excluyen expresamente el reenvío. En concreto, el ya citado Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, y el también citado Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que darían cobijo al reenvío tanto de primer grado como de ulteriores grados. Sin embargo, esta opinión, -basada en una interpretación del silencio de los convenios internacionales sobre la cuestión del reenvío-, es más que dudosa, como han puesto de relieve con argumentos poderosos A.V.M. STRUYCKEN, A.E. ANTON y G. CARELLA¹⁵⁷. Admitir el reenvío en estos convenios de un modo mecánico puede vulnerar los objetivos materiales perseguidos por los mismos, por lo que sólo podría aceptarse, en su caso, y con reservas de calado notable, cuando la observancia del reenvío sirva a dichos objetivos materiales.

e) Reenvío en Derecho internacional privado de la Unión Europea

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

La regla general en Derecho internacional privado europeo es el rechazo global del reenvío. La gran mayoría de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado impiden en reenvío con una “fórmula *standard*”, que suele expresarse de este modo: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país” (art. 24 RR-II, art. 20 RR-I, art. 11 RR-III, art. 7.1 R.2015/848 [el reenvío está implícitamente prohibido], art. 12 Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007). Dos razones, muy bien desarrolladas por S. CORNELOUP, explican esta exclusión general¹⁵⁸.

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

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

La regla especial se basa en una admisión limitada del reenvío. Sólo dos reglamentos europeos permiten el reenvío y lo hacen en situaciones muy concretas y por motivos distintos relacionados con la materia en cuestión, por lo que puede afirmarse, de nuevo bajo la guía de S. CORNELOUP, que el Derecho europeo ha hecho del reenvío algo „raro“ en el Derecho internacional privado de la Unión Europea¹⁵⁹:

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

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

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

(a) El art. 34 R. 650/2012 (Reglamento sucesorio europeo) permite el reenvío de primer y segundo grado para lograr una armonía internacional de soluciones, de modo que la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea la misma ya se litigue ante un tribunal de un Estado miembro o ante un tribunal de un tercer Estado; (b) El art. 20 RR-I indica que, con arreglo al art. 7.3.II RR-I, pueden aplicarse ciertas normas de conflicto de los Estados miembros en materia de seguros si dichas normas “*conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro*”, escribe P. LAGARDE¹⁶⁰. El objetivo es permitir una más amplia libertad para elegir la Ley aplicable en relación con estos contratos de seguro.

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

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

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

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

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

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

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

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

C) Orden público internacional (art. 12.3 CC)

a) La solución ofrecida por el art. 12.3 CC

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

99. a) *Imprecisión del orden público al que se refiere el art. 12.3 CC*. El art. 12.3 CC alude, simple y llanamente, al “orden público”. Sin embargo, la expresión debe ser interpretada como orden público “internacional” en virtud de varios argumentos bien expuestos por T. BALLARINO¹⁶¹: (a) *Argumento sistemático*. El precepto está situado en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, que está dedicado a las normas de Derecho internacional privado; (b) *Argumento funcional*. El precepto desarrolla una función muy definida: impedir la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios básicos de Derecho español.

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

En primer lugar, para si la “aplicación” de un Derecho extranjero “resulta” contraria al orden público internacional, los “datos de hecho” del supuesto concreto son relevantes, observa P. MENGOZZI¹⁶². En efecto, el orden público internacional es un “concepto jurídico indeterminado” (ATS 24 octubre 1979; SAP Guadalajara 23 marzo 2006; SAP Gipúzcoa 29 febrero 2008 [divorcio entre cónyuges marroquíes y custodia de menores], STSJ Murcia 28 junio 2012 [impugnación de laudo arbitral y noción de “orden público”]), que se concreta “caso por caso” como demuestra P. LAGARDE¹⁶³. Por ello, la aplicación de una determinada Ley extranjera puede resultar contraria al orden público internacional español en ciertos casos, pero no en otros supuestos con características distintas. El orden público internacional español no debe intervenir contra la aplicación de Leyes extranjeras que, aunque están construidas sobre principios opuestos a los del Derecho español, conducen a “resultados similares” a los que hubiera conducido la aplicación del Derecho español.

En segundo término, visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse “caso por caso”, son los tribunales los que deben decidir la cuestión de si la aplicación de un Derecho extranjero vulnera, en el caso concreto, el orden público internacional. A tal efecto, los tribunales actúan de modo discrecional, pero nunca arbitrario. Sólo pueden descartar la aplicación de una Ley extranjera en nombre del “orden público internacional” si dicha decisión está plenamente justificada y motivada. La intervención del orden público internacional debe sujetarse a la “prudente valoración del juzgador”, apuntan B. BAREL / St. ARMELLINI¹⁶⁴. El peligro de este protagonismo de los tribunales radica en que los estamentos judiciales más acomodados suelen exagerar la intervención del “orden público in-

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

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

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

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

ternacional” con la intención de aplicar así el Derecho sustantivo de su país (*Lex Fori*) y no complicarse la vida con la aplicación de un Derecho extranjero. Esta actitud lesiona de modo muy grave la seguridad jurídica y los derechos de los particulares a la certeza del Derecho, apunta G. PARRA ARANGUREN¹⁶⁵. En definitiva, el art. 12.3 CC acepta esta “perspectiva abierta”. El precepto no contiene ninguna “lista cerrada” de casos en los que debe intervenir el orden público internacional español. Sin embargo, pero los jueces y tribunales deben justificar con solvencia, escribe K. CHNG, por qué se recurre al orden público internacional con una carga argumentativa que apuntale perfectamente la aplicación del art. 12.3 CC¹⁶⁶.

101. c) El “resultado” de la aplicación del Derecho extranjero. El art. 12.3 CC indica que no se aplicará la Ley extranjera cuando “resulte” contraria al orden público internacional. El precepto no indica que la Ley extranjera no se aplicará cuando “sea” contraria al orden público internacional (STS 9 diciembre 1986)¹⁶⁷. Ello significa que no es el “contenido” del Derecho extranjero lo que puede vulnerar el orden público internacional. Es el “resultado” que provoca la aplicación de tal Derecho extranjero en el caso concreto lo que puede comportar un perjuicio para el orden público internacional (RDGRN [12ª] 4 julio 2011 [matrimonio en España entre mujer filipina y varón noruego])¹⁶⁸. Así lo señalaban ya H. MARTI y J. MAURY hace años¹⁶⁹. Esta precisión comporta distintas consecuencias.

- 1º) El hecho de que las normas del Derecho extranjero contengan una regulación simplemente “distinta” a la regulación jurídica del Derecho español no activa, por sí solo, el orden público internacional español.
- 2º) Las normas de Derecho extranjero cuya aplicación en España puede provocar efectos contrarios al orden público internacional español son tanto las normas sustantivas extranjeras como las normas de conflicto extranjeras que pudieran tenerse en cuenta en virtud de reenvío de retorno (art. 12.2 CC), como correctamente han indicado B. BAREL / ST. ARMELLINI¹⁷⁰.

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

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

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

¹⁶⁷ STS 9 diciembre 1986 [CENDOJ 28079110011986100706].

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

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

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

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

de un modo total. Sin embargo, en el caso de, con arreglo a la Ley extranjera dicho cónyuge no quede privado de asistencia económica y haya sido él mismo el que ha renunciado a tal prestación, el resultado de la aplicación de la Ley extranjera no será contrario al orden público internacional español, como han señalado U.P. GRUBER y CH. CHALAS¹⁷². En dicho sentido se ha pronunciado la muy relevante, también para España, sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 8 julio 2015 [contrato matrimonial regido por el Derecho alemán y renuncia a la prestación por desequilibrio]¹⁷³.

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

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

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

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

- (c) En otros casos, se aprecia la existencia de normas de conflicto extranjeras con puntos de conexión aparentemente discriminatorios pero que responden a una *ratio legis* no discriminatoria. Éste es el caso de la norma de conflicto francesa en materia de filiación. El art. 311-14 *Code civil* francés indica que la filiación se rige por la Ley nacional de la madre¹⁷⁴. Ahora bien, aunque lo parezca, la designación como aplicable de la Ley nacional de la madre no responde a una razón de ser discriminatoria. No se prefiere la Ley nacional de la madre porque el Derecho francés considere que la madre tiene una “mejor condición legal” que el padre o que es jurídicamente superior al varón. Se prefiere la Ley nacional de la madre por motivos de certeza legal y seguridad jurídica, ya que *mater semper certa est nunquam pater*. Por tanto, ese punto de conexión no es discriminatorio por razón de sexo. En consecuencia, si con arreglo al art. 9.4 CC el caso se rige por la Ley francesa y la Ley española resulta ser la Ley nacional de la madre, podrá aplicarse el Derecho sustantivo español si el caso aparece más estrechamente vinculado con España que con Francia (“reenvío por ajuste de la localización”).

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

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

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

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

¹⁷⁵ SAP Burgos 30 julio 2007 [CENDOJ 09059370022007100245].

¹⁷⁶ STS CA 9 diciembre 2011 [CENDOJ 28079130032011100535].

¹⁷⁷ SAP Pontevedra 16 mayo 2014 [ECLI:ES:APPO:2014:1255].

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

¹⁷⁹ SAP Guadalajara 19 enero 2011 [CENDOJ 19130370012011100008].

104. La excepción contemplada en el art. 12.3 CC protege el “orden público internacional”. Ello exige perfiles, en la línea sugerida de modo inmejorable por P. LOTTI, estos tres términos¹⁸⁰.

- *Primero.* La expresión “orden” hace referencia a la “estructura jurídica básica del Derecho español”. Se protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad española, una estructura, un orden que permite mantener la paz social. Ahora bien, no se trata de un “orden público de dirección”, esto es, de los principios básicos de un determinado modelo de sociedad, sino más bien de un “orden público de protección”, orientado a garantizar los derechos individuales de toda persona, ilustra P. FRANZINA¹⁸¹. No se trata de “dirigir” u “obligar” a los particulares a seguir un determinado modelo de organización social sino de proteger los derechos fundamentales sobre los que se construye la sociedad española.
- *Segundo.* La expresión “público” hace referencia a la defensa de la “sociedad española”. La “sociedad española” es una estructura supraindividual. El adjetivo “público” tiene sentido porque esta excepción protege intereses públicos y generales: protege la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad del Estado en el que va a ser aplicado un Derecho extranjero, escribe G. CUNIBERTI¹⁸². Protege la identidad cultural de la sociedad y del Estado, en expresión más que afortunada de C. CAMPLIGLIO¹⁸³.
- *Tercero.* La expresión “internacional” significa, simplemente, que la excepción sólo opera en casos con elementos extranjeros. El orden público “internacional” es, realmente, “nacional”, pues protege la estructura jurídica fundamental de la sociedad “española”. Naturalmente, la excepción de orden público internacional “español” no protege la estructura fundamental del país extranjero cuya Ley debe ser aplicada (con flagrante error: SAP Madrid 20 mayo 2010 [divorcio entre cónyuges peruanos])¹⁸⁴.

b) Principios que integran el orden público internacional español

105. El orden público internacional está compuesto por los principios jurídicos del ordenamiento jurídico español que constituyen los ejes maestros sobre los que se edifica el Derecho Privado español, esto es la *lex materialis fori*, apuntan G. CERQUEIRA / N. NORD¹⁸⁵. Los principios que constituyen el orden público internacional español se extraen de distintos cuerpos legales del Derecho español y europeo (SAP Madrid 23 marzo 2006)¹⁸⁶.

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

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

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

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

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

¹⁸⁴ SAP Madrid 20 mayo 2010 [Aranzadi JUR, n. 238493].

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

¹⁸⁶ SAP Madrid 23 marzo 2006 [Aranzadi JUR, n. 20733].

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

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

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

107. b) Normas de protección de los derechos humanos recogidas en convenios internacionales vigentes para España. Están en vigor para España numerosos instrumentos legales internacionales que recogen, protegen y defienden ciertos derechos humanos. De tales instrumentos jurídicos es posible extraer principios básicos del Derecho español que forman parte del orden público internacional español, como ha mostrado P. MAYER¹⁹¹. La doctrina se pregunta si “*todos*” los derechos humanos recogidos en textos legales internacionales, constituyen un “*contenido necesario*” del orden público internacional español. Dos respuestas son posibles.

- 1º) *Tesis de la “jerarquía de los derechos humanos”*. Esta tesis arranca de estos postulados: la noción de derechos humanos es proteiforme, vaga, indefinida, imprecisa y nebulosa. No todos los derechos humanos presentan la misma importancia y no todos los Estados admiten los mismos derechos humanos o los protegen con la misma intensidad, señala P. HAMMJE¹⁹². Resultado: existen un grupo de “*derechos humanos absolutos*” que, en todo caso, forman

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

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

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

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

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

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

- 2º) *Tesis de los derechos humanos absolutos.* Según esta segunda tesis, todos los derechos humanos y derechos fundamentales recogidos en instrumentos legales en vigor para España forman parte del orden público internacional “español”. Varios argumentos, bien ordenados por T. HELMS, apoyan esta segunda tesis¹⁹³: (a) Desde el momento en el que España ha incorporado a su ordenamiento jurídico un “cuadro de derechos humanos”, éstos deben ser defendidos; (b) Los instrumentos legales sobre derechos humanos no contienen ningún “índice de vinculación” que indique que tales derechos sólo se protegen “en situaciones conectadas con España”; (c) La distinción entre derechos humanos “de primera división” y “de segunda división” no está recogida en Derecho español. Resultado: no procede la aplicación de Leyes extranjeras que, en el caso concreto, vulneran algún derecho humano, sea éste cual sea.

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

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

- 1º) El Derecho europeo es un ordenamiento jurídico en sí mismo, distinto del Derecho español. Es curioso, sagazmente escribe F. MARRELLA, que el legislador de la UE, siempre atento a salvaguardar la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional, no haya dispuesto nada sobre el “orden público internacional europeo” en los reglamentos de Derecho internacional privado¹⁹⁵. Todos ellos se refieren al “orden público del foro” (*vid. ad ex. art. 16 RR-I*). Estos reglamentos no aluden al orden público “de la UE” o “europeo” o “transnacional” sin más, sino al orden público internacional “del foro”, esto es, al orden público nacional de cada Estado miembro cuyos tribunales deben aplicar, en principio, un Derecho extranjero.
- 2º) El art. 12.3 CC se refiere al “orden público”, sin más. Los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de la Haya también se refieren, sin más, al “orden público”

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

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

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

- 3º) Sin embargo, cuando conoce del litigio un tribunal español, dicho tribunal opera como juez español y como juez europeo al mismo tiempo. En consecuencia, un tribunal español debe emplear el art. 12.3 CC y las cláusulas de orden público presentes en los instrumentos legales europeos y en convenios internacionales para rechazar la aplicación de un Derecho extranjero para defender: (i) los principios básicos del ordenamiento jurídico nacional y (ii) los principios básicos y esenciales del Derecho de la UE, precisa S. POILLOT-PERUZZETTO¹⁹⁶. En suma, el orden público de cada Estado miembro engloba tanto el “orden público internacional nacional”, formado por los principios que inspiran su ordenamiento jurídico nacional, como el orden público europeo, compuesto por los principios fundamentales sobre los que se edifica el Derecho de la Unión Europea. En efecto, el Derecho de la Unión Europea es Derecho vigente en España y prevalece sobre el Derecho español. Los jueces españoles operan como jueces españoles y también como jueces europeos. Por ello, están obligados a defender un orden público internacional formado por principios derivados tanto del Derecho español como del Derecho de la Unión Europea. En suma, el orden público internacional cubre tanto el orden público internacional propio de cada Estado miembro como el orden público internacional europeo, esto es, que constituye la estructura valorativa primordial del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Así lo ha entendido el TJUE en la STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China* y STJCE 11 mayo 2000, C-38/98, *Renault*¹⁹⁷. El orden público europeo no está integrado en el orden público nacional o estatal de cada Estado miembro. Es más correcto afirmar, por el contrario, que los jueces de un Estado miembro defienden tanto el orden público internacional nacional de su concreto Estado miembro como el orden público internacional de la Unión Europea. En algunos casos, una Ley extranjera puede resultar contraria tanto al orden público europeo como español, pero en otros casos puede ser contraria al primero y no al segundo y viceversa.
- 4º) En este sentido, puede afirmarse que el orden público internacional europeo está integrado por los principios básicos sobre los que se construye la legislación europea de Derecho Privado. Se trata de principios fundamentales como la libre competencia (art. 101 TFUE, antiguo art. 81 TCE), protección de los consumidores, protección del agente, protección del autor de obras protegidas por la propiedad intelectual e industrial, libre circulación de ciudadanos de la UE, libre circulación de mercancías, tutela judicial efectiva, el *favor divortii*, -que inspira los Reglamentos Bruselas II-ter y Roma III-, la libertad de pactos en materia contractual, -que vertebró el Reglamento Roma I-, el interés superior del menor, -que inspira el Reglamento Bruselas II-ter-, etc.
- 5º) Por otro lado, el TJUE ha desplegado una actividad importante a la hora de concretar el significado de la cláusula del orden público. En tal sentido, puede afirmarse lo siguiente
- (a) El TJUE ha señalado que un principio jurídico concreto propio del Derecho de la UE puede ser considerado como es “esencial” y que, por tanto, debe ser protegido a través de la cláusula del “orden público internacional del foro”. Así lo ha subrayado en relación, por ejemplo, con el principio de defensa de la libre competencia en la UE, derecho a audiencia en el proceso civil (STJCE 1 junio 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*; STJCE 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*)¹⁹⁸.

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

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

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

- (b) El TJUE también ha destacado que un principio jurídico concreto propio del Derecho de la UE no siempre debe ser considerado como “esencial” y que, por tanto, no forma parte, necesariamente, del “orden público internacional europeo”.
- (c) El TJUE puede indicar que un principio jurídico propio del Derecho de un Estado miembro no puede integrar su orden público internacional porque es incompatible con la construcción de la UE y/o con la correcta aplicación del Derecho de la UE. En tal sentido, subraya acertadamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el TJUE limita el alcance del orden público de cada Estado miembro¹⁹⁹.
- (d) El TJUE no puede decidir la lista de principios específicos que constituyen el orden público de un concreto Estado miembro. Ello corresponde a cada Estado miembro en concreto (STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgenstein*, FD 38)²⁰⁰.

c) Caracteres de los principios de orden público internacional español

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

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

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

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

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

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

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

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

En primer lugar, el orden público internacional está compuesto por “principios”. Y los principios son siempre, por definición, directrices “generales”. Ejemplos: no discriminación por raza o sexo, igualdad de los cónyuges ante la ley, protección del patrimonio artístico y medioambiental, monogamia matrimonial, propiedad privada, derecho a la herencia, tutela judicial efectiva, estabilidad del estado civil, interés del menor (SAP Palma Mallorca - Maó 5 junio 2008 [Derecho búlgaro: los tribunales españoles no pueden aplicar una Ley extranjera que suponga perjuicio al interés superior del menor]), etc²⁰⁴. El orden público internacional no está formado por “normas” del Derecho español, sino por determinados “principios” del mismo (RDGRN 6 abril 1979; STS 5 abril 1966)²⁰⁵. Por ello, la expresión, todavía muy utilizada, de “normas de orden público”, es inexacta e incorrecta e induce a confusión y a engaño al jurista y a los particulares. Debe, más bien, hacerse referencia a “normas que contienen principios integrantes del orden público internacional”.

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

112. c) Principios “actuales”. Los principios que conforman el orden público internacional cambian en el tiempo como también cambia la legislación de cada Estado (SAP Madrid 23 marzo 2006; RDGRN 6 abril 1979; STS 13 octubre 1976)²⁰⁷. El orden público internacional español está compuesto por los principios que, en el momento presente, forman los pilares fundamentales del Derecho Privado español, en palabras de A. PILLET bien glosadas y analizadas, en España, por M. DE ANGULO²⁰⁸.

113. d) Principios jurídicos “nacionales”. Cada Estado organiza la convivencia de “su” sociedad como tiene por conveniente a través de sus propias Leyes. Por tanto, cada Estado dispone, también, de “su” conjunto de principios básicos que operan como “su” excepción de orden público internacional (RDGRN 6 abril 1979)²⁰⁹. El orden público internacional es, por tanto, diferente de Estado a Estado, es una noción nacional, una *nationale Vorstellung*, destaca H. MEISE²¹⁰. El orden público internacional es, realmente, “nacional”. Existe un orden público internacional “español”, distinto al orden público internacional “marroquí” y al orden público internacional “japonés”, “francés” o “australiano”. Así lo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Naturaleza restrictiva del orden público internacional

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

El carácter restrictivo del orden público internacional significa que éste operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello. A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto y una vez que ha quedado probado el contenido del Derecho extranjero y el efecto negativo que produciría su aplicación en España en el supuesto específico del que se trate, apunta acertadamente S. CLAVEL²¹². De todos modos, la naturaleza restrictiva del orden público internacional no debe impedir, en ningún caso, que éste sea activado, siempre, para defender los derechos humanos de los particulares afectados por la aplicación de un Derecho extranjero que ignora tales derechos, como enfatizan J. OSTER y A. DIONISI-PEYRUSSE²¹³.

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

(i) Orden público internacional parcial

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

(ii) Orden público internacional atenuado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) Orden público internacional de proximidad

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

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

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

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

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

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

g) Efectos del orden público internacional

124. La intervención del orden público internacional produce varios efectos jurídicos que afectan al modo de determinar la Ley aplicable a una situación privada internacional, efectos ya bien ilustrados en su tiempo por J.-P. NIBOYET²²².

- (a) *Efecto directo o negativo del orden público internacional.* Las disposiciones del Derecho extranjero cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán en España. Es el único efecto al que se refiere el art. 12.3 CC. Ejemplo: no se aplican en España las Leyes extranjeras que permiten a un varón contraer, en España, un matrimonio poligámico (RDGRN [11^a] 17 noviembre 2008 [matrimonio islámico celebrado en España], RDGRN [1^a] 22 octubre 2004, RDGRN [4^a] 10 diciembre 2004, RDGRN 27 octubre 2006, RDGRN [3^a] 29 septiembre 2006 [matrimonio en España de español, marroquí de origen y casado en Marruecos con otra mujer])²²³.
- (b) *Efecto indirecto o positivo del orden público internacional.* Rechazada la aplicación de la Ley extranjera por producir efectos contrarios a los principios básicos del Derecho español, debe precisarse la Ley estatal aplicable para resolver el caso. El art. 12.3 CC nada establece al respecto. Ante la laguna legal, pueden apuntarse estas soluciones, propuestas por K.H. NEUMAYER y E. VITTA²²⁴.
 - (1) *Sistema subsidiario. Normas de conflicto con varios puntos de conexión.* En este caso, si el Derecho extranjero designado por el punto de conexión principal resulta contrario al orden público internacional español, puede entonces acudir al Derecho designado por el punto de conexión “sucesivo” (SAP Madrid 28 septiembre 2000, SAP Castellón 6 marzo 2007 [divorcio entre cónyuges iraníes, aunque es un caso de falta de prueba del Derecho iraní], SAP Barcelona 14 febrero 2012 [falta de prueba del Derecho nacional común y aplicación de la Ley de la residencia habitual común])²²⁵. Esta solución se sigue en Italia (art. 14.2 *Legge* 218/95 de Derecho internacional privado Italia 1995).
 - (2) *Sistema latino. Normas de conflicto con puntos de conexión únicos.* En este caso, debe aplicarse el Derecho sustantivo español (*Lex Fori*). Se trata de una solución sencilla y lo cierto es que parece “la única posible”, como ha indicado abundante doctrina especializada (E. VITTA, J.M. BISCHOFF, S. SCHWUNG, C. FOCARELLI). Esta solución se basa en el “principio de proximidad”: si los vínculos del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto justifican la “no aplicación” del Derecho extranjero, esos mismos vínculos justifican la aplicación de la *Lex Foro*, manifiesta P. LAGARDE²²⁶. Es el llamado “sistema latino”²²⁷.

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

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

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

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

²²⁶ P. LAGARDE, “Private International Law: Public Policy”, *IECL*, 1994, pp. 1-64.

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

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

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

125. Numerosos convenios internacionales vigentes para España contienen cláusulas específicas sobre el “orden público internacional” (art. 10 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 [Ley aplicable a la responsabilidad por los productos], art. 10 Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 [ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera]; art. 4 Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 [Ley aplicable a los nombres y apellidos], art. 16 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores]). El orden público internacional contemplado en estas disposiciones presenta los siguientes caracteres, como destaca K. LIPSTEIN²²⁹.+

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

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

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

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

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

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

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

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

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

127. El art. 12.3 CC, como se ha visto, siguen siendo una disposición legal con un ámbito de aplicación material extenso. Es cierto que se ha visto superado por la regulación del orden público internacional contenida en ciertos convenios internacionales de Derecho internacional privado y en normas de Derecho europeo. Sin embargo, como ha subrayado con rigor M. BROSCHE, visto que algunos sectores del Derecho de familia internacional están todavía regulados por normas de conflicto españolas de producción interna, resulta que el art. 12.3 CC tiene mucho que decir en materias como el matrimonio, la capacidad jurídica y de obrar, la protección de adultos, la filiación y la adopción²³⁰. Allá donde sobrevive el punto de conexión “nacionalidad”, allá habrá orden público.

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

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

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

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

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

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

²³¹ Sentencia Cour de Cassation, Francia, 18 marzo 1878, *Beaufremont vs. Bibesco* [Sirey. 1878, p. 193, nota LABBE].

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

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

132. En primer lugar, el art. 12.4 CC describe el concepto de fraude de Ley en relación con la norma de conflicto. Pero ahí se queda, pues el precepto no establece ninguna sanción para el mismo. Para integrar esta laguna del art. 12.4 CC, puede emplearse el art. 6.4 CC. Por tanto, la sanción al fraude de ley en Derecho internacional privado consiste en la aplicación de la norma material que se ha tratado de eludir mediante el cambio artificioso de la circunstancia que constituye el punto de conexión de la norma de conflicto. En otras palabras: la sanción al fraude es la ineficacia o inoponibilidad del resultado pretendido con la maniobra fraudulenta, como bien han aclarado A.-L. CALVO CARAVACA y B. AUDIT²³². Sin embargo, la “herramienta del fraude” no es objeto de represión. Así, por ejemplo, la adquisición por sujeto español de una nacionalidad de conveniencia con el solo objetivo de otorgar un testamento sin sujeción a legítimas, constituye fraude de Ley. Por ello, la Ley de la nueva nacionalidad del testador no regirá el contenido del testamento. Pero ello no supone la nulidad de la adquisición de la nacionalidad extranjera.

133. En segundo término, el art. 12.4 CC sólo prevé el fraude a la ley imperativa “española”. Dos consideraciones son precisas: (a) El presunto fraude a las normas dispositivas españolas no está castigado, pues no constituye ningún fraude la no aplicación de normas jurídicas españolas o extranjeras que no son imperativas. Donde hay libertad no puede haber fraude; (b) La doctrina entiende que el fraude a las normas imperativas extranjeras puede sancionarse por dos cauces: (1) Aplicación analógica del art. 12.4 CC en favor del Derecho imperativo extranjero; (2) Existencia de fraude a la norma de conflicto española, ya que si ésta designa como aplicable una Ley extranjera, dicha Ley debe ser aplicada a pesar de las maniobras artificiosas de las partes, precdisa P. LOUISLUCAS²³³. La jurisprudencia comparada castiga el fraude internacional a Leyes extranjeras, como muestran J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, y así se aprecia en la práctica legal en Francia (sentencia Cour d’appel de Paris, Francia, 18 junio 1964, *Gunzburg*)²³⁴.

134. Se distinguen varios elementos básicos en el fraude de Ley internacional, ya bien pergeñados por H. BATIFFOL²³⁵.

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

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

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

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

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

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

- *Primero*. Debe tratarse de un cambio “voluntario”, como destacara W. NIEDERER²³⁷. Ejemplo: un sujeto solicita y obtiene la nacionalidad de un Estado. Frente a ello, el cambio involuntario de la circunstancia empleada como punto de conexión impide la existencia de “fraude de Ley internacional”. Así, el otorgamiento *ex lege* de una nacionalidad por nacimiento no es un cambio “voluntario” de nacionalidad. En dicho caso no existe ningún fraude, aunque dicho cambio de nacionalidad comporte un cambio de Ley aplicable.
- *Segundo*. Debe tratarse de un cambio “malicioso” o “artificioso”. Ello significa que el cambio de punto de conexión es sólo un cambio “aparente”. Las partes crean una “conexión fraudulenta”, indica A.-L. CALVO CARAVACA²³⁸. Es una conexión que existe, y que es, incluso, ajustada a la Ley. Pero es también una conexión que no refleja una “vinculación auténtica” con un país, sino sólo una “vinculación aparente”. En realidad, el supuesto continúa “realmente vinculado” con un Estado, aunque las partes hayan creado una “vinculación aparente” o “meramente formal” con otro Estado. Por eso dicha vinculación, que existe, no debe producir efectos jurídicos. Y no debe producirlos porque es una “conexión meramente aparente” o “conexión vacía”, de modo que el supuesto continúa estando más estrechamente vinculado con otro Estado. Ejemplo: ciertos países otorgan su nacionalidad en cuestión de días a sujetos que no tienen la más mínima relación sustancial con dicho país (Liechtenstein: STIJ 6 abril 1955, *Nottebohm*)²³⁹. Una persona puede adquirir de modo muy sencillo la nacionalidad de Liechtenstein con el objetivo de provocar un cambio en su Ley nacional, por lo que su sucesión *mortis causa* quedará regida por esa “nueva Ley nacional” (art. 9.8 CC).

2º) *Elemento subjetivo o intencional (animus)*. Es la intención de uno o varios sujetos de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico, esto es, la aplicación de una Ley que, en circunstancias normales, no debería haber regulado la situación privada internacional (STS 14 septiembre 2009). Este elemento está presente en el art. 12.4 CC, precepto que indica que el fraude se produce mediante la utilización de una norma de conflicto “*con el fin de eludir*” la ley imperativa española, como sagazmente apunta F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ²⁴⁰.

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

²³⁶ STSJ Asturias Social 1 febrero 2013 [CENDOJ 33044340012013100225].

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

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

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

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

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

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

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

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

El fraude de Ley internacional debe evitarse y castigarse porque, en caso contrario, el Estado no podría cumplir sus fines de organización básica de la sociedad mediante sus “normas imperativas”. La “autoridad de la Ley” se vería perjudicada, en afamada frase de H. BATIFFOL / P. LAGARDE²⁴².

En el caso de fraude de Ley a las normas de conflicto inspiradas por el principio de proximidad, dicho fraude de Ley comporta un encarecimiento de las soluciones jurídicas, una elevación de los costes conflictuales, pues la maniobra fraudulenta comporta, si no se ataja, la aplicación a la situación privada internacional del Derecho de un país con el que dicha situación no presenta los vínculos más estrechos. Desde este punto de vista, el fraude de ley debe combatirse porque perjudica a los particulares no implicados en dicho artificio. Por todo ello debe combatirse el fraude de Ley, esa “*típica mala hierba del Derecho conflictual*”, en célebre expresión debida a M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN²⁴³.

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

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

138. El *forum shopping* es un fenómeno que se verifica cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado Estado, porque persiguen con ello la aplicación de una Ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada, comenta K.F. JUENGER²⁴⁴. El *Forum Shopping* puede ser “legítimo” (*Good Forum Shopping*) o “fraudulento” (*Bad Forum Shopping*).

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

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

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

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

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

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

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

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

140. Existe *forum shopping malus* o *bad forum shopping* cuando concurren estas circunstancias: 1º) Las partes acuden o litigan ante autoridades de un país con el que el supuesto no tiene ningún contacto sustancial. El caso es, en realidad, un caso “no internacional”, un mero caso “interno” o “nacional”. Pero las partes lo “internacionalizan”, pues acuden a autoridades extranjeras. El *Bad Forum Shopping* es “arbitrario”: las partes crean un supuesto “ficticiamente internacional”; 2º) Las partes crean una conexión “meramente aparente”, pero no “real”, entre el caso y un concreto país. Por ello, el *Forum Shopping* es un caso particular de “abuso de derecho”: los particulares emplean las normas extranjeras de competencia internacional de un modo contrario a su finalidad. El *Bad Forum Shopping* es una maniobra “artificial”; 3º) Las partes persiguen un único resultado: obtener una resolución destinada a producir efectos, exclusivamente, en otro país, que es el país con el que el supuesto está “naturalmente conectado”, país cuyos tribunales habrían rechazado la pretensión en el caso de haber conocido directamente del asunto, destacan P. MAYER / V. HEUZÉ²⁴⁶. En dicho sentido, y aunque el *bad forum shopping* es diferente del fraude de Ley internacional, también es “fraudulento”.

141. El *Forum Shopping* fraudulento debe combatirse por una sencilla razón: porque cada Estado dispone de la facultad de organizar “su sociedad” como considera conveniente a través de sus Leyes, y dicha facultad resulta perjudicada si las partes “sustraen” a la aplicación de dichas Leyes un supuesto completamente vinculado con dicho Estado. El *Forum Shopping* fraudulento vulnera la “autoridad de la Ley”. Se han propuesto muy distintas técnicas jurídicas para combatir el *Bad Forum Shopping*. La más seguida en Derecho internacional privado español consiste en la simple denegación del reconocimiento y del *exequatur* en España de las resoluciones obtenidas ante autoridades extranjeras a través de un *Bad Forum Shopping*. Es la tesis también seguida en Francia (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 6 febrero 1985, *Simitch*) y la que en España sigue el Tribunal Supremo²⁴⁷. Por tanto, la sanción contra el “*Forum Shopping* fraudulento” es, sencillamente, la “no efectividad”, en el país naturalmente conectado con el supuesto, del resultado alcanzado en otro país. Es una técnica antigua, seguida por la mayor parte de los Estados. Así, en tiempos pasados, cuando dos españoles obtenían un “divorcio fácil” ante autoridades de otro país en el que ninguno de los cónyuges residía, el TS denegaba los efectos jurídicos de ese divorcio en España (ATS 26 octubre 1999, ATS 14 marzo 2000, ATS 15 febrero 2000): nada de *exequatur* de la sentencia extranjera en España²⁴⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado". Se trata de un considerando enigmático, remarca A. FONT I SEGURA, pues su alcance normativo no resulta, en absoluto, claro²⁵⁰. El Reglamento sucesorio europeo permite, pues, activar la excepción de fraude de Ley internacional, pero no la regula, sino que se remite al DIPr. de los Estados miembros, al fraude de Ley recogido en cada Estado miembro. Existe una cierta dejación europea en la cuestión que supone pagar el precio de la falta de uniformidad jurídica. Cada Estado miembro aplicará su propia excepción de fraude de Ley. Ello puede conducir al resultado, paradójico, de ver cómo un caso es estimado fraudulento en un Estado miembro pero no en otro. Y ese resultado puede perjudicar los mismos objetivos del Reglamento, porque si se recurre a una excepción nacional de fraude de Ley internacional demasiado agresiva y activa, se pone el riesgo la misma libre circulación de personas, la certeza de la Ley aplicable a la sucesión y la facilidad de organización de los asuntos sucesorios, como muy bien precisa L.F. CARRILLO POZO²⁵¹.

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

d) Aplicación del art. 12.4 CC por la jurisprudencia

147. Los tribunales de los Estados occidentales, España incluida, naturalmente, aprecian la existencia de fraude de Ley internacional en escasísimas ocasiones, como ha destacado E. CORNUT²⁵². Varias razones, escribe P. MAYER, explican esta situación²⁵³.

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

En segundo término, el fraude de Ley internacional es una institución jurídica de elevado nivel técnico. En particular, la prueba de la intención fraudulenta es muy difícil. Y sin tal intención fraudulenta, no puede castigarse un hipotético "fraude de Ley", como mostró hace años ya D. MADAY en relación con el Derecho suizo²⁵⁵. Así, resulta muy complicado probar que un sujeto ha cambiado de nacionalidad con la intención exclusiva de ostentar un nombre y unos apellidos que no podía ostentar con arreglo a la Ley de su anterior nacionalidad.

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

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

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

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

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

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

²⁵⁵ D. MADAY, *Die sogenannte Gesetzumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht*, Berna, 1941.

jurisprudencia alude al “fraude de Ley internacional”, éste no existe²⁵⁶. En efecto: a) Se alude al fraude de Ley, con frecuencia, para reforzar la no aplicación de una Ley que produce resultados contrarios al orden público internacional español; b) Otras veces, el TS alude al fraude a la Ley aunque, en realidad, el supuesto es un caso de *forum shopping*: los particulares han acudido a las autoridades de un país que no tiene ninguna conexión con el supuesto. No hay ningún fraude de Ley internacional.

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

e) El fraude de Ley en Derecho interregional español

148. La STS 5 marzo 1994 apreció “fraude de Ley” en relación con un matrimonio que otorgó testamentos según el Derecho foral vizcaíno²⁵⁷. Los datos del caso eran los siguientes. Dos esposos, ambos nacidos en Préjano (Logroño), localidad en la que contrajeron matrimonio, tuvieron toda su vida la vecindad del Derecho civil común. Residieron durante numerosos años en Bilbao-Erandio, en donde el marido disponía de una tienda de ultramarinos y de una zapatería y, salvo un chalet, todo el patrimonio de ambos estaba ubicado en Bilbao-Erandio, territorio de Derecho común. Pero al final de su vida, a la ya muy respetable edad de 76 y 75 años, ambos esposos adquirieron la vecindad foral vizcaína, y dos días después, anularon los testamentos anteriores que habían otorgado con arreglo al Derecho Civil común y otorgaron nuevo testamento con arreglo al Derecho vizcaíno, en el que existe una muy notable libertad de testar (= entre los descendientes: Ley 3/1992 de Derecho civil vasco). Pues bien, el TS subrayó varios aspectos: a) Los interesados habían adquirido la vecindad civil vizcaína con exquisito cumplimiento de todos los requisitos legales. Pero con ello crearon una vinculación meramente “aparente” del supuesto sucesorio con Vizcaya, ya que los sujetos seguían residiendo *de facto* en territorio de Derecho Común, donde tenían todos sus bienes. Había, pues, cambio “voluntario” y “malicioso” del punto de conexión de la norma de conflicto; b) Los causantes habían abandonado su “vecindad civil común” para abrazar fervorosamente la “vecindad civil vizcaína” con el exclusivo interés de testar con arreglo al Derecho Foral vizcaíno y así, alcanzar una “desheredación práctica de sus hijos” y favorecer a uno solo de sus herederos, sin causa alguna que justificara tal desheredación. Concurría también, por lo tanto, el *animus* o intención fraudulenta. El TS indicó que los testadores se acogieron a la “aparente vecindad foral vizcaína” (Ordenamiento jurídico de cobertura), para así eludir la aplicación de la Ley sucesoria del Derecho Civil Común (Código Civil: Ordenamiento jurídico defraudado) a la que siempre habían estado sometidos.

149. La STS 14 septiembre 2009 no apreció “fraude de Ley” en el siguiente caso. Un sujeto de vecindad civil catalana adquirió la vecindad civil navarra, lo que afectó a su esposa en virtud de la legislación entonces vigente²⁵⁸. La esposa otorgó testamento con arreglo a la normativa navarra. Dicho testamento fue impugnado al entenderse, entre otros motivos, que la adquisición de la vecindad civil navarra se había realizado en fraude de Ley (art. 12.4 CC). No obstante, quedó probado que la causante ya había adquirido la vecindad civil catalana por haber residido en Cataluña durante más de diez años y sin declaración en contrario. En consecuencia, la alegación del fraude de Ley en la adquisición de la vecindad civil navarra carecía ya de sentido. No obstante, el TS indicó que “*puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude*”, pero todo fraude “*siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta*”. No todo cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto debe ser considerado fraudulento, “*sino sólo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable*”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

154. En primer lugar, debe dejarse claro que el art. 12.5 CC emplea un sistema de “remisión indirecta”. Debe consultarse, pues, el Derecho interregional o interfederal extranjero (*Foreign Interterritorial or Inter-personal Rules*), esto es, las normas extranjeras que fijan los criterios de aplicación de las distintas normativas allí vigentes, ya se trate de Derecho inter-territorial o de Derecho inter-personal. La aplicación del “Derecho interlocal extranjero” es una solución defendida por los primeros estudiosos del problema en Derecho internacional privado, especialmente, por P. ARMINJON y A. PILLET, entre otros²⁶⁰. Esta solución encaja perfectamente con el principio de la “aplicación integral del Derecho

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

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

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

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

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

b) Jurisprudencia española y art. 12.5 CC

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

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

En otros casos, los tribunales cierran los ojos, no detectan el problema y no se preocupan (STS 30 enero 1960, STS 27 abril 1978)²⁶³. Una excepción: la SAP Alicante 19 noviembre 1991 aplicó correctamente el art. 12.5 CC²⁶⁴.

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

²⁶¹ SAP Madrid 27 septiembre 2013 [CENDOJ 28079370252013100430].

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

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

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

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

157. Algunos Estados disponen, en efecto, de un sistema único de Derecho interregional, como es el caso de España. Frente a ello, ciertos países carecen de un sistema único de Derecho interregional. Es el caso de Canadá, Estados Unidos de América y Australia. Pues bien, si la norma de conflicto española remite a uno de estos ordenamientos plurilegislativos, el art. 12.5 CC no proporciona solución a la cuestión, y se genera una laguna legal (STS 5 noviembre 1971)²⁶⁵. Varias soluciones son posibles, muy bien sistematizadas por R. DE NOVA²⁶⁶.

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

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

En un el caso de que el ordenamiento plurilegislativo sea un “sistema de base territorial”, se aplicará analógicamente la conexión “residencia habitual”. Ello resulta procedente por varios motivos: (a) En Derecho internacional privado español, la “residencia habitual” es conexión subsidiaria de la “nacionalidad” (*vid.* art. 9.10 CC); (b) Ciertos convenios internacionales siguen esta solución: art. 1.II Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [forma de las disposiciones testamentarias]. Resultado: el Derecho aplicable será el correspondiente a la unidad territorial con Derecho propio en la que el sujeto tenga su residencia habitual. Si el individuo no tiene su residencia en el Estado a cuyo ordenamiento remite la norma de conflicto, el Derecho aplicable debe ser aquél con el que el supuesto presente un “vínculo más estrecho”, que bien puede coincidir con el correspondiente a aquella unidad territorial con Derecho propio en la que el sujeto tuvo su última residencia habitual, sus bienes o donde desarrolló preponderantemente su vida. En la STS 5 noviembre 1971, el TS recurrió a esta solución y aplicó el Derecho de Connecticut a la separación de dos cónyuges casados en dicho State, porque era éste el territorio más vinculado con la situación jurídica²⁶⁷.

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

²⁶⁵ STS 5 noviembre 1971 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 4524].

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

²⁶⁷ STS 5 noviembre 1971 [Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, n. 4524].

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

158. Los convenios internacionales vigentes para España no siguen todos la misma solución en relación con esta cuestión, como muy correctamente indican P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL²⁶⁸.

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

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

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

f) Ámbito operativo actual del art. 12.5 CC

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

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

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

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

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

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

a) Los términos de la cuestión

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

162. En Derecho español, como regla general, las normas de Derecho Privado son dispositivas, al menos en el sector patrimonial (*vid. ad ex.* art. 1255 CC). Sólo cuando el legislador lo indica expresamente entonces la norma de Derecho Privado es imperativa. Esta perspectiva debió en toda probabilidad influir en el legislador de 1974 para decidirse a redactar el texto del art. 12.6 CC todavía hoy en vigor. De ese modo se evitaba que pudiese afirmarse que, visto que las normas de Derecho internacional privado son normas de Derecho Privado, debía considerarse que eran dispositivas. El legislador español quiso evitar dicha interpretación, como también hizo el legislador austríaco en su sistema legal (art. 12.1 Ley de Derecho internacional privado Austria 1978). En otros ordenamientos jurídicos, el punto de partida es opuesto. Todas las normas son imperativas salvo el legislador indique su facultatividad. Es el caso del Derecho internacional privado belga, muy bien analizado, en este particular, en los estudios de P. WAUTELET²⁶⁹.

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

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

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

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

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

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

166. El art. 12.6 CC permite que las normas de conflicto españolas proporcionen soluciones iguales y equitativas y refuerza la seguridad jurídica para las partes y para terceros, señalan J.J. MARTÍNEZ NAVARRO/A.A. BARBEITO²⁷¹. Las normas de conflicto imperativas aseguran que los casos similares se resuelvan con arreglo al mismo régimen jurídico. La precisión del Derecho aplicable se realiza siempre del mismo modo y el Derecho aplicable es siempre el mismo. La determinación del Derecho aplicable no depende de la actitud de las partes ni del juez. Por tanto la imperatividad de la norma de conflicto refuerza la seguridad jurídica para las partes y para terceros. Así, por ejemplo, un acreedor de un cónyuge sabe que está casado en el régimen determinado por la ley nacional común y debe tener la seguridad de que dicha ley aplicable no cambia por voluntad de las partes (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos])²⁷².

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

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

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

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

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

²⁷² SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947].

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

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

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

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

d) Consecuencias de la imperatividad de la norma de conflicto

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

- 1º) Las partes no pueden acordar la aplicación de un Derecho estatal distinto a aquél al que remite la norma de conflicto. Dichos acuerdos son nulos de pleno derecho. Se exceptúan, obviamente, los casos en que el legislador permite expresamente que las partes elijan el Derecho aplicable. Así, cuando el art. 10.1 CC indica que la propiedad sobre los inmuebles se rige por el Derecho del país en cuyo territorio están sitios tales inmuebles, demandante y demandado no pueden pactar que el litigio se decida con arreglo al Derecho de otro país distinto. Por el contrario, si la norma de conflicto permite a los contratantes elegir la Ley reguladora de su contrato internacional, éstos podrán hacerlo en los términos legalmente establecidos (art. 3.1 RR-I, art. 22 RES).
- 2º) Todas las autoridades españolas, judiciales y no judiciales, están obligadas a aplicar la norma de conflicto en los casos en que concurren las condiciones de su aplicación (RDGRN 3 agosto 2016 [compraventa de inmueble situado en España entre contratantes alemanes]). A tal efecto, resulta irrelevante para las autoridades españolas: (a) El hecho de que las partes aleguen o reclamen la aplicación de la norma de conflicto europea o española; (b) El hecho de que las partes hayan alegado un Derecho estatal distinto a aquél al que remite la norma de conflicto aplicable y en tal Derecho hayan fundamentado jurídicamente su pretensión; (c) El propio deseo y/o voluntad de los tribunales y autoridades españolas de aplicar el Derecho sustantivo español al fondo del asunto. En definitiva, los tribunales y autoridades españolas no pueden ignorar las normas de conflicto españolas, y aplicar, en su lugar, el Derecho material español. No aplicar el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española y aplicar, en su lugar, el Derecho material español, constituye un error *contra legem*, pues supone ignorar el carácter imperativo de la norma de conflicto. En realidad, la aplicación de un Derecho extranjero es consecuencia natural de la imperatividad de la norma de conflicto española y europea. Aplicar un Derecho extranjero es “*dar estricto cumplimiento a la normativa española de Derecho internacional privado*” (SAP Valencia 14 marzo 2019 [régimen económico matrimonial en Derecho marroquí musulmán])²⁷⁷. Por eso mismo se explica que el art. 281.2 LEC conceda amplias facultades a los tribunales para intervenir en la prueba del Derecho extranjero. En esta perspectiva, el juez se convierte en protagonista y defensor de la imperatividad de la norma de conflicto, como destacan D. BUREAU y G. CUNIBERTI²⁷⁸.
- 3º) El art. 12.6 CC obliga a las autoridades y tribunales españoles a aplicar de oficio “las normas de conflicto del Derecho español” y el art. 288.II TFUE hace lo mismo en relación con las normas de conflicto europeas contenidas en reglamentos de la UE. Sin embargo, ninguno de los dos preceptos citados obliga a las autoridades españolas a probar y a aplicar de oficio el Derecho extranjero al que puede remitir la norma de conflicto europea o española (SAP Málaga 8 enero 2019 [causante marroquí]; RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], STS 30 abril 2008 [*trust*]), SAP Barcelona 25 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos])²⁷⁹. Con carácter general, y sin perjuicio de ciertas excepciones, la prueba del Derecho extranjero al que conduce la norma de conflicto es una carga que recae sobre las partes en el litigio, no sobre el tribunal (arts. 281.2 y 282 LEC). Así lo ha subrayado la jurisprudencia española.

²⁷⁷ SAP Valencia 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APV:2019:431].

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

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

- 4º) Cuando un litigio internacional se rige, según las normas de conflicto, por un Derecho extranjero y el juez de instancia español ha aplicado, sin embargo, el Derecho material español, el tribunal que conoce de la apelación está obligado a rectificar dicho error y a aplicar el Derecho extranjero correspondiente. Los arts. 12.6 CC y 288.II TFUE están sujetos al principio *jura novit curia*, de modo que el tribunal que conoce de la apelación debe aplicar dichos preceptos y a través de los mismos, debe aplicar también la norma de conflicto que proceda y el Derecho extranjero al que conduzca la norma de conflicto europea o española en cuestión (SAP Barcelona 30 septiembre 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes], STC 17 enero 2000 [divorcio entre cónyuges armenios])²⁸⁰.
- 5º) Como ha indicado con agudeza y elegancia, no exenta también de rigor técnico, la AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [accidente de circulación en España], la cuestión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales no es una cuestión formal o procesal, sino material o sustantiva²⁸¹. En efecto, la precisión de la Ley aplicable es necesaria porque ésta regula los derechos y obligaciones de las partes, es decir, disciplina la relación jurídica que nace del supuesto normativo, y condiciona en nuestro caso la responsabilidad en jurídica de los particulares.

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

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

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

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

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

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

²⁸¹ AAP Tarragona 9 septiembre 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1277A].

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

²⁸³ SAP Barcelona 22 septiembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:8694].

²⁸⁴ H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Kripto-Internationales Privatrecht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1986, pp. 246-262.

la norma de conflicto. En efecto, estos tribunales y autores han subrayado que en estos casos de “falsos conflictos de Leyes”, es indiferente aplicar uno u otro Derecho sustantivo estatal. Por ello, el tribunal puede aplicar tranquilamente su propio Derecho sustantivo y no el Derecho al que conduce la norma de conflicto de su Estado. Tal solución será siempre más veloz y menos laboriosa para el tribunal. Ejemplo: la filiación de un español con residencia habitual en Italia se rige por el Derecho italiano (art. 9.4.I CC), pero el tribunal español puede aplicar el Derecho sustantivo español si es sustancialmente idéntico al Derecho sustantivo italiano, porque el resultado final del litigio no cambia. Esta tesis, edificada sobre la “economía conflictual” y la “economía procedimental” (“*economie procédurale*”), subraya que la “*similitude de résultats*” justifica la no aplicación de las normas de Derecho internacional privado y la no aplicación del Derecho extranjero eventualmente reclamado por tales normas, apunta PH. MALAURIE²⁸⁵. En favor de esta tesis se pronuncia numerosa jurisprudencia extranjera (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 13 abril 1999) y española, si bien con tantos matices como colores existen en el arco iris (SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]; SAP Barcelona 13 julio 2018 [accidente en Francia])²⁸⁶. Esta tesis no es casualidad. A la jurisprudencia española le atrae esta tesis como los dulces atraen a los niños, por dos razones: (a) A los tribunales españoles les resulta extremadamente más cómodo y rápido aplicar la *Lex Fori* (Ley española) que la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, todo ello aunque se trate de una tesis *contra legem*. Por ello, por pura comodidad judicial, suelen emplear esta tesis; (b) En ocasiones, el tribunal español determina la Ley aplicable y ésta resulta ser una Ley extranjera, pero en el fondo, no está muy seguro de ello y piensa que, quizás, el caso debía regirse por la Ley española. Por tanto, el tribunal realiza la siguiente finta argumentativa: sea cual fuere la Ley aplicable, la Ley extranjera o la Ley española, el resultado no cambia, de modo que puede aplicarse la Ley española (SAP Girona 6 junio 2012 [contrato de préstamo regido por el Derecho holandés]: “[e]n consecuencia tanto si aplicamos el derecho holandés como el español, la cesión es válida y obliga a los demandados frente al nuevo deudor...”)²⁸⁷; (c) En otros casos, la Ley aplicable es una Ley extranjera pero ante su falta de prueba fiable, el tribunal aplica la Ley española y afirma, para evitar recursos y otras complicaciones, que el contenido del Derecho extranjero no probado de manera correcta es, de todos modos, igual o equivalente al contenido del Derecho material español (SAP Madrid 17 enero 2019 [accidente en Portugal])²⁸⁸.

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

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

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

²⁸⁷ SAP Girona 6 junio 2012 [CENDOJ 17079370012012100233].

²⁸⁸ SAP Madrid 17 enero 2019 [ECLI:ES:APM:2019:773].

²⁸⁹ SAP Barcelona 26 febrero 2010 [CENDOJ 08019370122010100117].

²⁹⁰ SAP Barcelona 17 abril 2013 [CENDOJ 08019370122013100217].

175. Otros autores han subrayado que, también en relación con estos casos de “falsos conflicto de leyes” resulta necesario determinar, siempre, qué concreto “Derecho estatal” rige el supuesto y es forzoso aplicar, en su caso, la Ley extranjera a la que remite la norma de conflicto. Esta segunda tesis es correcta y ello por varios motivos: (a) Conocer el Derecho aplicado al fondo del asunto es un derecho subjetivo de las partes, que sólo de este modo pueden, en su caso, interponer un recurso jurídicamente bien construido ante una instancia judicial superior. En efecto, en el recurso contra una decisión judicial deben ser citados los concretos preceptos legales presuntamente infringidos y en caso contrario, el recurso se desestimarán; (b) Determinar qué concreto Derecho estatal rige un supuesto internacional es necesario para solventar problemas de formación de la jurisprudencia. En efecto, si el tribunal aplica Derecho español, puede generar “jurisprudencia” (art. 1.6 CC), pero si aplica Derecho extranjero, lo que el tribunal indique sobre tal Derecho extranjero no constituye “jurisprudencia”; (c) Precisar el concreto Derecho estatal aplicable es necesario, también, porque sólo el Derecho extranjero debe ser probado. Por tanto, si se aplica Derecho español, las partes no deben probarlo, pero si se aplica Derecho extranjero, la parte que invoca la aplicación del mismo debe acreditar su contenido y vigencia (art. 281.2 y 282 LEC); (d) La tesis de la equivalencia entre Ley extranjera y *lex materialis fori* no cuenta con ningún soporte legal. Ninguna norma jurídica autoriza a “no aplicar” el Derecho extranjero por su presunta igualdad o similitud con el Derecho sustantivo español. Todo lo contrario. En efecto, cuando una norma de conflicto española conduce a la aplicación de un Derecho extranjero, el carácter imperativo de tal norma de conflicto (art. 12.6 CC) obliga a los tribunales españoles a aplicar tal Derecho extranjero y prohíbe, *contrario sensu*, la aplicación del Derecho material español a la situación privada internacional de la que se trate; (e) La afirmación de que dos Derechos estatales son “idénticos” o “sustancialmente similares” o “equivalentes”, raramente se verifica en la práctica. Ciertas diferencias siempre existen y pueden resultar relevantes para la resolución del fondo del asunto. Así, dos Derechos estatales pueden ser iguales, pero la interpretación que se hace de cada Derecho estatal es diferente en cada país. Así en el célebre caso fallado por la importante sentencia de la Cour de Cassation, Comm., Francia, 4 marzo 1963, *Hocke*, los tribunales alemanes y franceses aplicaban la misma norma, la contenida en el Convenio de Ginebra de 7 junio 1930 sobre letra de cambio y pagaré, en vigor para ambos países²⁹¹. Dicho texto indicaba que el aval se presumía otorgado para el librador. Sin embargo, los tribunales alemanes entendían que se trataba de una presunción simple o *juris tantum* que admitía prueba en contrario, mientras que los tribunales franceses opinaban que se trataba de una presunción legal *juris et de jure* sin posible prueba en contrario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tercer lugar, debe destacarse también el Derecho internacional privado facultativo germánico (*Fakultatives Kollisionsrecht*). Las normas de conflicto en materias de Derecho dispositivo, generalmente Derecho Patrimonial, deben ser “facultativas”, apunta esta doctrina. Las partes pueden elegir la aplicación la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*), o bien la Ley designada por tales normas de conflicto como explica A. FLESSNER y una nutrida pléyade de autores germanos²⁹⁵.

En cuarto lugar, la tesis del Derecho internacional privado facultativo español o tesis de la “imperatividad formal” de las normas de conflicto no puede tampoco obviarse, como adecuadamente explica J.C. FERNÁNDEZ ROZAS²⁹⁶. En España, el TS proclama, “formalmente”, que las normas de conflicto son “imperativas”, qué remedio le queda, ya que lo dice expresamente el art. 12.6 CC. Sin embargo, el TS permite que las partes “descarten” fácilmente la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto por el simple mecanismo de “no alegar ni probar” la Ley extranjera. De ese modo, el supuesto queda sometido a la Ley española (*lex fori*). Hecha la Ley (*imperatividad de la norma de conflicto*), hecha la trampa (*pasividad de las partes = aplicación de la Ley española*). En suma, como ha mostrado J. VERHELLEN, es frecuente que los jueces activen toda una paleta de excusas basada en la dificultad de acceso al Derecho extranjero para no aplicar tal Derecho extranjero y para apartarse de la norma de conflicto de leyes, por mucho que el legislador proclamen la imperatividad de la mism²⁹⁷.

h) Ámbito operativo actual del art. 12.6 CC

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

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

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

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

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

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

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

180. Antes de la promulgación del Código Civil de 1889, ya la Sala Primera del TS español había elaborado unas reglas sobre la aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Dichas reglas están basadas en la Ley XV, Título XIV de la Partida III del Rey Alfonso X el Sabio, que luego recogió la Novísima Recopilación de 1805 (Ley I, Título XIV, Libro XI), como ha puesto de relieve el muy documentado estudio de P.P. MIRALLES SANGRO²⁹⁸. En el citado texto de las Partidas se afirma que en los litigios que debían decidirse con arreglo a un Derecho extranjero, las partes debían alegar y probar tal Derecho extranjero (*[los jueces] bien pueden recibir la prueba, o la ley o el fuero de aquella tierra que alegaron antel e déjese por ella averiguar e delibrar el pleyto*). En efecto, en el régimen jurídico español anterior al Código Civil de 1889, la alegación de los hechos y también del Derecho aplicable, español o extranjero, debía realizarse a instancia de parte. Cuando el Código Civil español de 1889 entra en vigor, el legislador impone la aplicación de oficio, exclusivamente, del Derecho español (*jura novit curia*), de modo que tanto los meros y puros hechos procesales como el Derecho extranjero quedaron sujetos al régimen de alegación y prueba a instancia de parte, esto es, siguieron sujetos al régimen jurídico que establecieron las Partidas alfonsinas en el siglo XIV. Pues bien, las reglas que, a partir del citado texto de las Partidas aplicó el TS desde su STS 21 junio 1864 [sucesión del Duque de Cadaval e inaplicación de las Leyes portuguesas por falta de prueba], pueden resumirse en tres grandes proposiciones²⁹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tercer lugar, la Constitución de 1978 no contenía mandatos específicos sobre la cuestión. Es completamente cierto que la CE 1978 sí que recoge principios y valores que deberían haber inclinado al legislador a elaborar un régimen de la aplicación del Derecho extranjero en España “constitucionalmente orientado” que desarrollara los principios de “tutela judicial efectiva” y “seguridad jurídica”, explica P.P. MIRALLES SANGRO³⁰⁴. No obstante, el legislador no introdujo ninguna regulación “constitucionalmente orientada” de la cuestión. Y la jurisprudencia del TS y del TC, aunque con ciertas excepciones, tampoco elaboró un modelo de interpretación de la normativa vigente con arreglo a la Constitución. En conclusión: para el TS, el art. 12.6.II CC elaborado en 1974 y la Constitución española de 1978 no tuvieron la más mínima incidencia práctica en la cuestión del tratamiento procesal del Derecho extranjero.

b) La triple regulación actual de la cuestión

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

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

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

³⁰⁴ P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 19-21.

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

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

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

a) La cuestión problemática y la presunta laguna legal

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

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

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

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

En definitiva, el Derecho internacional privado español carece de una norma expresa que contemple este problema. Sin embargo, el art. 12.5 CC puede ser aplicado por analogía (SAP Alicante 18 abril 2013 [custodia de menores hijos de varón español y mujer británica])³⁰⁸. Resultado: la determinación del Derecho aplicable debe realizarse mediante la aplicación del “Derecho interregional español”, contenido, básicamente, en el art. 16 CC. Este precepto indica que, con ciertas limitaciones, la determinación del Derecho aplicable en supuestos de Derecho interregional, se llevará a cabo a través de las normas de Derecho internacional privado “*contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil*”. Tales normas decidirán qué Derecho español es aplicable, esto es si debe aplicarse el Derecho civil común español o un Derecho civil autonómico español. La solución consistente en la aplicación del Derecho interregional español merece diversos comentarios.

185. En primer lugar, y por desgracia, frente a esta cuestión, la mayor parte de los tribunales españoles ignoran el problema porque no lo perciben. En consecuencia, ignoran también la posibilidad de aplicar el art. 16 CC para solventar la cuestión. Aplican, simplemente, el Derecho civil español común o autonómico correspondiente al territorio donde dicho tribunal opera (*Lex Magistratus*). Ejemplo: si dos marroquíes se divorcian en Barcelona y el Derecho marroquí no resulta probado, el tribunal barcelonés aplicará el Derecho catalán a la disolución del régimen económico matrimonial, lo que constituye un

³⁰⁵ Auto Juzgado distrito del Hospital de Barcelona 3 agosto 1900 [*Revista Jurídica de Cataluña*, t. VII, 1901, pp. 173-180].

³⁰⁶ SAP Barcelona 28 julio 2009 [CENDOJ 08019370122009100525]; SAP Barcelona 24 enero 2008 [CENDOJ 08019370122008100044].

³⁰⁷ SAP Barcelona 19 junio 2023 [ECLI:ES:APB:2023:6953].

³⁰⁸ SAP Alicante 18 abril 2013 [CENDOJ 03014370042013100158].

error claro de inaplicación no justificada del art. 16 CC (SAP Barcelona 28 julio 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes])³⁰⁹.

186. En segundo lugar, una ardua cuestión surge en relación con la aplicación del Derecho español a los ciudadanos extranjeros. La aplicación del Derecho interregional español para precisar si se aplica el Derecho Civil común o el Derecho civil autonómico no solventa todos los problemas. En especial, porque el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto. Ejemplo 1: la validez de fondo del testamento de un sujeto de vecindad civil catalana se rige por el Derecho catalán y no por el Derecho civil común (art. 16.1º CC y art. 9.8 CC). Ejemplo 2: divorcio entre cónyuges dominicano y español con residencia habitual en España, regido por el Derecho español *ex art. 8.c) RR-III*. Pues bien, se plantean graves problemas cuando se trata de un sujeto extranjero, pues sólo los españoles poseen alguna “vecindad civil” en España.

La solución a la inadaptación de la vecindad civil en estos supuestos, vista la laguna existente, puede llegar mediante la aplicación directa del principio de la “vinculación más estrecha” o “mayor proximidad”. De ese modo, el juez competente debe aplicar el Derecho Civil común o autonómico que corresponda a la Comunidad Autónoma española más estrechamente vinculada con el caso. En otros casos, cuando la norma de conflicto emplea un punto de conexión que puede emplearse para hacer aplicable un concreto Derecho Privado español, debe utilizarse a tal efecto. Así, el divorcio entre dominicana y español se debe regir por la Ley de la Comunidad Autónoma donde los cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda (SAP Barcelona 3 junio 2013 [divorcio entre español y dominicana])³¹⁰.

b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo

187. Cuando la norma de conflicto contenida en un reglamento europeo de Derecho internacional privado conduce a la aplicación de la “Ley española”, surge la duda de saber si debe aplicarse el art. 16 CC para decidir si el Derecho aplicable es el Derecho civil común o un Derecho civil autonómico. La solución es sencilla.

En primer lugar, si el reglamento europeo en cuestión utiliza una “cláusula de remisión directa”, dicha cláusula debe observarse y el art. 16 CC es inaplicable. Tal previsión determinará de modo directo, el Derecho Privado español, común o autonómico, que debe regir el supuesto. Es el caso del art. 22.1 RR-I, art. 25.1 RR-II y art. 14 RR-III.

En segundo término, si el reglamento europeo en cuestión emplea una “cláusula de remisión indirecta”, el art. 16 CC será aplicable, pues dicho reglamento europeo así lo exige. Y a través del art. 16 CC, se aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil para decidir si el Derecho aplicable es el Derecho Civil español civil común o un Derecho civil español autonómico. Es el caso del art. 36.1 RES y art. 15 *in primis* RR-III.

Finalmente, en tercer lugar, en los casos en los que procede aplicar una cláusula de remisión indirecta contenida en un reglamento europeo, puede producirse, de nuevo, un problema técnico relacionado con la “vecindad civil”, pues el Derecho interregional español basa gran parte de sus soluciones en la “vecindad civil” que ostenta el sujeto. Si el extranjero carece de “vecindad civil” en España, deberá recurrirse, ante la laguna legal existente y mediante la aplicación analógica del art. 9.10 CC, a la aplicación del Derecho Civil español que corresponda al territorio donde la persona resida habitualmente, que será, normalmente, el Derecho del lugar que presenta la “vinculación más estrecha” o “mayor proximidad” con la cuestión litigiosa (muy correctamente: SAP Zaragoza 20 abril 2012 [menores marroquíes], SAP Zaragoza 27 noviembre 2013 [alimentos a menores hijos de padre alemán y madre dominicana])³¹¹.

³⁰⁹ SAP Barcelona 28 julio 2009 [CENDOJ 08019370122009100525].

³¹⁰ SAP Barcelona 3 junio 2013 [CENDOJ 08019370122013100397].

³¹¹ SAP Zaragoza 20 abril 2012 [*Aranzadi JUR*, n. 158423]; SAP Zaragoza 27 noviembre 2013 [CENDOJ 50297370022013100382].

Si el sujeto no reside habitualmente en España se aplicará el Derecho privado español que corresponde a la unidad territorial con la que el supuesto en cuestión presenta una vinculación más estrecha (= principio general del Derecho internacional privado: “conexión más estrecha”).

c) Ley española aplicable a la sucesión de causantes extranjeros en virtud del Reglamento sucesorio europeo

188. Surgen gravísimos problemas técnicos en relación con España cuando se trata de extranjeros con residencia habitual en España cuya sucesión *mortis causa* se rige por el Derecho español, apunta J. RODRÍGUEZ RODRIGO³¹². En efecto, con arreglo al art. 36.1 RES son aplicables, en estos casos, los arts. 12.5, 16 y 9.8 CC. Ello conduce, en teoría, a la aplicación del Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante extranjero³¹³. Ahora bien, sabido es que los extranjeros carecen de “vecindad civil” en España. Ante la laguna, varias posibilidades, muy bien sistematizadas por M.E. GINEBRA MOLINS, se han sugerido³¹⁴.

- 1º) *Aplicar el Derecho civil común*. Esta solución carece de todo soporte legal, pues el art. 13.2 CC no está diseñado para estos casos, sino para suplir lagunas materiales de los Derechos privados autonómicos. Además, el Derecho civil común no dispone de ninguna preferencia aplicativa sobre los demás Derechos privados españoles.
- 2º) *Aplicar el Derecho de la entidad territorial que presente la “vinculación más estrecha” o una “mayor proximidad”*. Este principio, cierto es, inspira el DIPr. español y el Derecho interregional español. Es la opción seguida por la RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España]³¹⁵.
- 3º) *Aplicar por analogía el art. 36.2 RES*. Este precepto indica que si el Estado cuya Ley rige la sucesión carece de un Derecho interregional, entonces “a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”. Esta tesis arranca de una interpretación amplia de la frase “[a] falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes” que recoge el inicio del párrafo 2 del art. 36 RES. Para estos autores, España dispone de normas internas sobre conflicto de leyes, es cierto, pero tales normas, existentes, aunque se apliquen, no permiten especificar la unidad territorial cuyo Derecho debe regir la sucesión. Se trata, pues, para estos expertos, de equiparar la “ausencia de normas de Derecho interregional” a la “falta de solución jurídica por parte de las normas de Derecho interregional” (P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES)³¹⁶. Una vez efectuado el salto lógico que permite a estos autores

³¹² J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-290, esp. p. 264.

³¹³ M. ÁLVAREZ TORNÉ, “El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia sucesoria”, en C. PARRA, (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 291-324.

³¹⁴ M.E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. GINEBRA MOLINS / J. TARABAL BOSCH, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 2016, pp. 237-262, esp. pp. 255-257. *Vid.* también E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (cords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 137-155.

³¹⁵ RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España] [BOE núm. 231 de 27 septiembre 2023].

³¹⁶ P. QUINZÁ REDONDO / G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, 2013-3, julio 2013 (*indret.com*), pp. 1-27. También C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Art. 38», en A.-L. CALVO CARAVACA / A. DAVÍ / H.-P. MANSSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 521-539, así como I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret*, 2/2013, *www.indret.com*, abril 2013; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Las sucesiones*

ignorar el art. 36.1 RES, el art. 36.2 RES les confiere la posibilidad de aplicar, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la “unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento” y, en el caso de que el Reglamento se refiera a la nacionalidad del causante, entonces las autoridades competentes pueden aplicar ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha. La entrada en acción del principio de proximidad aplicado, ahora, como norma jurídica resuelve el problema. La DGRN parece seguir esta tesis, aunque sin mucha convicción ni sistema. En la RDGRN 24 julio 2019 [causante alemán con residencia habitual en Formentera], la DGRN acude a la Ley de la residencia habitual del causante alemán, Ley balear vigente en Formentera a través de dicho precepto pero tras indicar que el causante carece de vecindad civil³¹⁷. La RDGRSJFP 20 enero 2022 [pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente según la Ley de Galicia] corrobora esta opción que parece asentarse en la práctica registral española³¹⁸. La SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] opta con firmeza por esta interpretación³¹⁹. También lo hace la STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*]³²⁰. Esta sentencia también acude, al mismo tiempo, a otra solución: aplicar directamente el punto de conexión de la residencia habitual del causante que no ha realizado *professio juris* tal y como se recoge en el art. 21 RES³²¹. Dice además el TSJ balear que de ese modo se evitan discriminaciones por razón de la nacionalidad entre los habitantes de Baleares, pues “*en orden al ejercicio del derecho a la libre circulación, es imperativo garantizar que cualquier ciudadano de la Unión Europea extranjero pueda organizar su sucesión de manera efectiva conforme a las previsiones del Reglamento sucesorio europeo, sin que pueda quedar sometido a la discriminación que supondría impedirselo por razón de su nacionalidad. Y no nos cabe duda de que la norma europea aplicable es clara, en los términos antecedentemente expuestos, y de que en el mismo sentido sería aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Ingenioso pero discutible, pues no existe discriminación legal alguna en tratar de modo diferente, -que no menos favorable-, al ciudadano que ostenta nacionalidad de otro país. Casos distintos, soluciones legales diferentes.

- 4º) *Aplicar el art. 9.10 CC y, a través del mismo, el Derecho de la entidad territorial donde el causante tenía su residencia habitual.* Esta solución es perfectamente defendible si se aplica por analogía al caso de falta de vecindad civil del causante y constituye, quizás, y como señala M.A. CUEVAS DE ALDASORO, la solución más correcta de todas las posibles³²².

189. La solución que se funda en el art. 36.2 RES no parece adecuada y ello, según destaca de nuevo M.A. CUEVAS DE ALDASORO, por varios motivos: (a) El art. 36.2 RES no debe aplicarse cuando existen normas de Derecho interregional en la *Lex Causae*. Si ello así fuere, resultaría contrario a la

„*mortis causa*“ en Europa. Estudio del Reglamento UE n° 650/2012, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 750-754.

³¹⁷ RDGRN 24 julio 2019 [BOE núm. 231 de 25 septiembre 2019] [causante alemán con residencia habitual en Formentera].

³¹⁸ BOE núm. 40 de 16 febrero 2022.

³¹⁹ SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608].

³²⁰ STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*] [ECLI:ES:TSJBAL:2021:460]: “*Por tanto, ante la ausencia de norma de conflicto aplicable, por razón de que la disponente, de nacionalidad francesa, no puede adquirir la vecindad civil conforme al art. 15 del Código Civil, su residencia habitual en Mallorca constituye el punto de conexión aplicable en función de ser ésta su vinculación más estrecha con el territorio...*”.

³²¹ STSJ Islas Baleares 14 mayo 2021 [ciudadana francesa con residencia habitual en España: donación *mortis causa*] [ECLI:ES:TSJBAL:2021:460]: “*Es, por tanto, en aplicación directa del Reglamento sucesorio europeo, que la residencia habitual de la disponente constituye el factor determinante de la conexión aplicable a su sucesión, y no las disposiciones internas del Código Civil que prevén un elemento conectivo diferente, referido a la vecindad civil, de imposible aplicación al caso, y por tanto exclusivamente operativo respecto de los ciudadanos españoles*”.

³²² M.A. CUEVAS DE ALDASORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, p. 62.

directriz básica del Reglamento sucesorio europeo, que consiste, como se ha indicado antes, en dejar en manos del Derecho de cada Estado miembro la precisión del Derecho regional aplicable; (b) No se trata de arreglar con soluciones europeas una cuestión que corresponde tomar e implementar, por decisión del mismo Reglamento sucesorio europeo, al legislador nacional; (c) La posición textual del art. 36.2 RES respecto del art. 36.1 RES resulta indicativa. El párrafo 2 del art. 36 RES sólo puede aplicarse si, con arreglo al párrafo 1 del precepto, el Estado en cuestión carece de normas para resolver los conflictos internos. Elevar una solución subsidiaria por encima de la principal no parece procedente; (d) El tenor literal es también clave: el art. 36.2 RES precisa que la solución basada en el principio de proximidad sólo puede activarse si el Estado en cuestión carece de normas para resolver los conflictos internos, esto es si “faltan” en tal Derecho, dichas normas de Derecho interregional. La voluntad de legislador europeo es clara: respetar normas nacionales que existen. Acudir raudos a la solución subsidiaria cuando las normas nacionales de Derecho interregional existen, supone violentar la voluntad del legislador europeo; (e) No debe olvidarse que el art. 36 RES es una “norma de selección de sistemas”. El legislador europeo selecciona el sistema de Derecho interregional que debe aplicarse para resolver la cuestión y en este caso, ha preferido seleccionar el sistema nacional del Estado cuya Ley rige la sucesión. Una vez seleccionado el sistema de Derecho interregional aplicable, el art. 36 RES ha cumplido su misión y es ahora tarea de tal Derecho interregional la determinación del Derecho sustantivo aplicable. Recurrir al art. 36.2 RES cuando el sistema nacional de Derecho interregional existe, supone confundir el objetivo del art. 36 RES con el objetivo del Derecho interregional nacional³²³.

190. Llamativo resulta, cuando no paradójico, que la sucesión de un causante chino que tuvo su última residencia habitual en Vigo se rija por el Derecho sucesorio gallego. En realidad, los Derechos sucesorios autonómicos españoles, antes llamados “forales”, están ligados a una población determinada y a un territorio muy concreto. Son Derechos pensados y diseñados para la población que habita un territorio concreto y que sólo ocasionalmente se encuentra o reside fuera de tales territorios. Las instituciones jurídicas de estos Derechos sucesorios autonómicos españoles recogen instituciones propias de tales áreas geográficas, vinculados a propiedades y explotaciones de dichos territorios y especialmente a personas vinculadas con tales territorios. El Derecho sucesorio navarro está, en realidad, diseñado para ser aplicado a navarros y por eso el legislador español, con buen tino y acierto indudable, lo hacía aplicable a los ciudadanos con vecindad civil navarra a través del art. 9.8 CC y 16 CC. Aplicar el Derecho sucesorio navarro a chinos y marroquíes que habitan en Navarra no parece encajar con el sentido nuclear, con los objetivos y con el espíritu del Derecho sucesorio navarro. Hasta que el legislador español no reforme los criterios de aplicación de los Derechos civiles autonómicos españoles y del Derecho civil común español, el problema persistirá y la precisión del Derecho sucesorio español aplicable tendrá que realizarse a través del criterio “residencia habitual” pese a la contradicción valorativa señalada. Que no es irrelevante. Esta situación provoca problemas graves. Así, en la SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca], resulta que el juzgador emplea el art. 36.2 RES, de modo que a un pacto sucesorio entre franceses se aplica el Derecho balear. Sin embargo, el Derecho balear exige, expresamente, que los sujetos implicados sean de vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina. Ello conduciría a la no aplicación del Derecho balear al caso a pesar de que el art. 36.2 RES conducía a dicho ordenamiento. Pues bien, para salvar el contrasentido, el juzgador considera que esta exigencia de vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina es una norma de Derecho internacional privado y no un requisito de fondo para la aplicación del Derecho balear. Así consigue que el Derecho balear se aplique a un pacto sucesorio celebrado entre sujetos franceses, pese a que el Derecho balear exige que tengan vecindad civil balear y sub-vecindad civil mallorquina³²⁴. Su argumento

³²³ M.A. CUEVAS DE ALDASORO, *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, pp. 60-63.

³²⁴ SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608]: “*Ahora bien. El art. 50 de la Compilación contiene una exigencia singular, que la actora no cumple, cual es que el donante tenga vecindad civil (subvecindad) mallorquina. La representación apelante ha puesto de relieve en su escrito de recurso la existencia de un debate en la doctrina científica, con cita de autores, acerca de si la exigencia en cuestión es una norma de conflicto (puesto que contempla un punto de conexión), o es una norma sustantiva o material de*

es la claridad normativa: si el Reglamento sucesorio europeo hace aplicable el Derecho balear, ahora no puede el Derecho balear rechazar su propia aplicación³²⁵.

Frente a la posición anterior, la RDGRSJFP salvaba el escollo a través de la teoría de las normas de delimitación interior, que funciona de esta manera. Si un supuesto sucesorio se rige por el Derecho español debido a la aplicación del Reglamento sucesorio europeo y es aplicable un Derecho Foral español, será preciso que se cumplan los criterios de dicho ordenamiento. Si tal Derecho foral exige que el causante tenga vecindad civil de esa comunidad autónoma con Derecho propio, por ejemplo, vecindad civil gallega, entonces el Derecho gallego no es aplicable, pues no se verifican sus criterios de aplicación. De ese modo, la sucesión *mortis causa* de un causante francés con residencia habitual en Galicia se rige, según el Reglamento sucesorio europeo, por el Derecho español y en concreto (art. 36.2 RES) por el Derecho gallego. Ahora bien, la ley de Derecho Civil de Galicia establece en su art. 4 que “*la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común*”. Y como el causante francés ni tiene ni puede tener vecindad civil gallega porque no es español y sólo los españoles disponen de vecindad civil, resultará que no puede acogerse al Derecho gallego para otorgar un pacto sucesorio de mejora (RDGRSJFP 20 enero 2022 [pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente según la Ley de Galicia])³²⁶. Sin embargo, el criterio parece haberse abandonado tácitamente en la RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España]. En esta resolución, la sucesión *mortis causa* de una causante con doble nacionalidad italiana y argentina con residencia habitual en Cataluña se sujeta al Derecho catalán, sin que se invoquen las exigencias que requiere el Derecho catalán para su propia aplicación³²⁷.

C) Conflicto móvil

a) El conflicto móvil. Concepto y soluciones parciales en Derecho internacional privado español.

191. Se produce el “conflicto móvil” cuando se verifica un cambio en la circunstancia empleada por la norma de conflicto como punto de conexión: un cambio de nacionalidad de la persona, un cambio del país donde se halla un bien, etc. La locución “conflicto móvil” fue acuñada por el gran jurista francés

derecho civil balear; criterio, este último, que asume la RDGRN de 24.05.19 en su FJ 18º, en el que, tras señalar que no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión, concluye señalando que no se está ante “un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín”.

³²⁵ SAP Baleares 30 diciembre 2020 [pacto sucesorio entre personas de nacionalidad francesa y residencia habitual en Mallorca] [ECLI:ES:APIB:2020:2608]: “*Sea como fuere, la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídico privada internacional, una interpretación de la exigencia de “ de vecindad mallorquina “ del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con el Reglamento (UE) nº 650/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50 Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexa general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “ se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés. En este sentido, cabe citar la STJUE (Sala Segunda) de 15.07.10, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof- Alemania, y en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: “ 99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate... ”. En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden “...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas...” (en tal sentido, SS TJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007)”.*

³²⁶ BOE núm. 40 16 febrero 2022.

³²⁷ RDGSJFP 24 julio 2023 [causante italiana y argentina con residencia habitual en España] [BOE núm. 231 de 27 septiembre 2023].

E. BARTIN³²⁸. La doctrina alemana emplea el vocablo *Statutenwechsel* (“cambio de Estatuto” o “cambio de Ley aplicable”), debido a E. ZITTELMANN.

192. El Derecho internacional privado español carece de una solución general sobre el “conflicto móvil”. El art. 12 CC no contempla la cuestión. La solución a la cuestión en Derecho internacional privado español debe arrancar de una distinción básica.

Las normas de conflicto que recogen puntos de conexión mutables congelados en el tiempo evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser “inmutable” y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Un ejemplo se encuentra en el art. 9.4 CC [versión de 2015], que hace aplicable la Ley de la residencia habitual del hijo en el momento de ejercicio de la acción de filiación

Por otro lado, ciertas normas de conflicto españolas contienen reglas específicas que solventan el conflicto móvil. Tales normas ordenan, normalmente, aplicar la Ley del país al que conduce el punto de conexión antes del cambio de la circunstancia en cuestión para proteger así la seguridad jurídica y la previsibilidad de respuesta de la norma de conflicto. Ejemplo: el art. 9.1 *in fine* CC indica que “*el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior*”. La mayor edad se rige, pues, por la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba el sujeto en el momento de alcanzar dicha edad.

Cuando los puntos de conexión son mutables y no están fijados en un determinado momento temporal por el legislador, surge verdaderamente el problema del “conflicto móvil”. A falta de indicación expresa por el legislador, debe arrancarse de la “tesis de la Ley anterior”. Como explica G. BARILE, el legislador tiende a evitar el cambio de la Ley aplicable en el tiempo³²⁹. Por ello, debe presumirse que la norma de conflicto fija la Ley aplicable en un momento determinado. Y tal momento es el correspondiente al “nacimiento” de la situación jurídica. Ello permite concretar el Derecho aplicable *ab initio*, sin que cambios posteriores de las circunstancias alteren el Derecho aplicable. Así se fomenta la seguridad jurídica y se evitan fraudes (correctamente, en el sector de la filiación, pero en relación a una norma de conflicto cuyo texto hoy es distinto [art. 9.4 CC]: RDGRN [3^a] 18 febrero 1997³³⁰).

b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo

193. El Derecho internacional privado de la UE carece de una solución general sobre el “conflicto móvil”. Cada instrumento legal europeo suele disponer de soluciones específicas que aclaran el momento temporal relevante para tomar en consideración el punto de conexión de la norma de conflicto. Debe subrayarse que, en la mayor parte de los casos, las normas de conflicto europeas emplean puntos de conexión congelados en el tiempo (*constant connecting factors*). Las normas de conflicto que contienen este tipo de puntos de conexión evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser “inmutable” y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Algunos ejemplos pueden resultar útiles.

El art. 21 RES indica que ...: “*la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*”. Es irrelevante que el causante haya ostentado diversas nacionalidades durante su vida. La única nacionalidad que cuenta, a efectos sucesorios, es la que tenía en un momento concreto, en el momento de su fallecimiento.

El art. 4.1.a) RR-I indica que a falta de elección de Ley por los contratantes, “*el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*”. Señala el art. 19.3 RR-I que “[l]a residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”.

³²⁸ E. BARTIN, *Principes du droit international privé*, vol.I, Paris, DomatMontchrestien, 1935, pp. 139-149.

³²⁹ G. BARILE, “Criteri di collegamento”, *AA.VV., Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano*, vol.VIII, Milán, 1960, pp. 350-375.

³³⁰ RDGRN [3^a] 18 febrero 1997 [*BIMJ*, 1 mayo 1998, núm. 1820, pp. 1022-1023].

El art. 8.a) RR-III precisa que a falta de una elección de Ley por los cónyuges, el divorcio se regirá por la Ley del Estado en cuyo territorio tengan los cónyuges “*su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda*”.

D) Cuestión previa

a) La cuestión previa. El problema

194. Existe “cuestión previa de Derecho internacional privado” cuando, para regular una relación privada internacional, -la denominada “cuestión principal” (*Hauptfrage*)-, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente, llamada “cuestión previa” (*Vorfrage, Incidental Question, question préliminaire*), que opera como presupuesto de la anterior y que es preciso resolver antes que la cuestión principal. La “cuestión previa” es una construcción de la doctrina alemana, en especial, de W. WENGLER y de G. MELCHIOR³³¹. La Ley que regula la cuestión principal es la Ley que indica si existe una cuestión previa y si ésta debe resolverse antes que la cuestión principal.

195. En Derecho internacional privado español el problema de la “cuestión previa” debe resolverse a partir de diversos datos.

En primer lugar, el art. 12 CC guarda silencio sobre la “cuestión previa”: no existe una solución general al problema ni tampoco existen legales soluciones positivas específicas. La jurisprudencia española no ha proporcionado respuestas claras sobre la “cuestión previa” en forma de una teoría general sobre este problema (STS 15 marzo 1955, STS 10 octubre 1960; STS 29 septiembre 1961, STS 27 febrero 1964, STS 4 junio 1964, STS 12 noviembre 1964, STS 4 abril 1991, SAP Asturias 4 abril 1995, SAP Málaga 5 junio 1993)³³².

En segundo término, visto el silencio legal y el páramo jurisprudencial existente, los tribunales pueden, mediante el “desarrollo judicial”, construir soluciones específicas para solventar los casos de “cuestión previa”.

196. En general, puede afirmarse que la solución básica a esta cuestión en Derecho internacional privado español debe ser la llamada “tesis de la *Lex Formalis Fori*” o “tesis de la de la conexión independiente” (*selbständige Anknüpfung*). Según esta tesis, debe aplicarse a la cuestión previa, la norma de conflicto prevista para tal cuestión en el Derecho internacional privado del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Una vez resuelta la cuestión previa con arreglo al Derecho del país al que remite la norma de conflicto que en el Derecho internacional privado español regula dicha “cuestión previa”, se resolverá la cuestión principal, cuya Ley reguladora se determinará, naturalmente, conforme a la norma de conflicto española que sea aplicable a tal cuestión. La jurisprudencia española, aunque sin una construcción jurídica muy depurada, en la práctica opta por esta solución básica (AAP Madrid 17 enero 2013 [cuestión previa de cualidad de heredero y Ley china], SAP Alicante 26 enero 2009)³³³.

La tesis preserva la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC), salvaguarda la exclusividad del Derecho internacional privado español, protege la armonía interna de soluciones y potencia la seguridad jurídica.

³³¹ W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, vol.I, Berlin-New York, 1981, pp. 284-287; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationales Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85.

³³² STS 15 marzo 1955 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 767]; STS 10 octubre 1960 [*Jurisprudencia Civil*, vol. 92, p. 129]; STS 29 septiembre 1961 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3271]; STS 27 febrero 1964 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 811]; STS 4 junio 1964 [*Jurisprudencia Civil*, p. 137]; STS 12 noviembre 1964 [*Jurisprudencia Civil*, p. 269]; STS 4 abril 1991 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 2634]; SAP Asturias 4 abril 1995 [*Revista española de Derecho internacional*, 1997-II, vol.XLIX, pp.273-276]; SAP Málaga 5 junio 1993 [*Aranzadi AC*, n. 1882].

³³³ AAP Madrid 17 enero 2013 [CENDOJ 28079370122013200002]; SAP Alicante 26 enero 2009 [CENDOJ 03065370092009100050].

197. En ciertos supuestos, no obstante, cabe aceptar soluciones diferentes a la tesis de la *Lex Formalis Fori*. Son las que siguen.

- 1º) *Tesis de la Lex Materialis Causae*. Ciertos instrumentos internacionales sujetan la cuestión previa a la Ley material designada por la norma de conflicto que regula la cuestión principal. Ejemplo: el art. 1.II del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 (Ley aplicable al nombre) indica que la Ley nacional del sujeto, que rige su nombre y apellidos (cuestión principal), debe regular también las cuestiones previas al nombre de la persona, como el matrimonio o la filiación. Esta solución sólo debe seguirse si un instrumento legal internacional así lo indica.
- 2º) *Tesis de la cuestión previa creada y agotada en el extranjero*. Cuando la situación jurídica ha sido creada en un país extranjero y en él ha desplegado sus efectos principales, pero ahora se cuestiona su validez en otro país como cuestión previa, aplicar las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto es inconveniente. Puede hacer inválida una situación perfectamente eficaz en otro país. Por ello, en este caso, la validez de la situación que se presenta como cuestión previa debe valorarse con arreglo al Derecho internacional privado del país en el que la situación se creó y desplegó sus efectos principales, como puede observarse en los magníficos trabajos de PH. FRANCESKAKIS³³⁴. Esta excepción convence: refuerza la seguridad jurídica y la continuidad internacional de las situaciones válidamente constituidas en un país. Ejemplo: en un pleito en el que se trata de establecer la filiación matrimonial o extramatrimonial de un menor marroquí (“cuestión principal”) se duda sobre la validez de su matrimonio contraído por sus padres en Marruecos (“cuestión previa”). En este caso, aplicar a dicho matrimonio las normas de conflicto españolas no tiene sentido. El matrimonio es una situación ya creada en Marruecos, en cuyos Registros consta. Es más conveniente aplicar, para decidir sobre la validez del matrimonio, las normas de conflicto marroquíes y la Ley a la que conducen tales normas de conflict

198. En determinados litigios de Derecho Público, es preciso acreditar con carácter previo una circunstancia de Derecho privado. Es la llamada “cuestión previa impropia”. Ejemplo 1: para que una persona pueda acceder a pensiones o prestaciones de la Seguridad social española, es necesario probar la cualidad de “hijo” o “cónyuge” del beneficiario (STSJ Com. Valenciana Social 10 junio 2008 [esposa rumana de sujeto fallecido y pensión de la Seguridad Social], STSJ Asturias Social 26 septiembre 2008 [cuestión previa de matrimonio entre argentinos y pensión de viudedad])³³⁵. Ejemplo 2: para poder acreditar la nacionalidad española de un nacido en España, es preciso, con frecuencia, acreditar su filiación, es decir, “quiénes son sus padres” (RDGRN [1ª] 18 junio 2008 [nacido en España hijo no matrimonial de marroquíes])³³⁶.

b) Soluciones en el Derecho internacional privado europeo.

199. En Derecho internacional privado europeo no existe una norma general que resuelva de modo específico la “cuestión previa”. A pesar de dicho silencio, puede afirmarse que ello confirma que, cuando existen normas de Derecho internacional privado europeo aplicables a la cuestión previa, ésta debe quedar regulada por la Ley a la que conduce la norma de conflicto europea prevista para regular dicha cuestión previa. El Derecho internacional privado sigue, por tanto, la tesis de la *lex formalis fori* o “tesis de la conexión independiente”.

³³⁴ PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; Id., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *Revue critique de droit international privé*, 1952, p. 89; Id. “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 582 ss.; Id., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakakis)*, vol.I, Paris, 1968, pp. 470-497.

³³⁵ STSJ Com. Valenciana Social 10 junio 2008 [CENDOJ 46250340012008102234]; STSJ Asturias Social 26 septiembre 2008 [CENDOJ 33044340012008102542].

³³⁶ RDGRN [1ª] 18 junio 2008 [Aranzadi JUR, n. 397311].

Ejemplo: se discute si un bien inmueble sito en España pertenecía a un causante inglés cuya sucesión *mortis causa* se ha abierto en España y ello depende de la validez del contrato de compra de dicho bien que el causante firmó con una empresa japonesa vendedora. La cuestión principal es la “sucesión *mortis causa* del causante inglés”. La cuestión previa es la “validez del contrato de compra del inmueble”. Pues bien, para saber si el contrato (cuestión previa) es válido se aplicará la Ley a la que conducen las normas de conflicto europeas en el sector de los contratos, recogidas en el reglamento Roma I, y no la Ley a la que conducen las normas de conflicto europeas en el sector de la sucesión *mortis causa*, contenidas en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012.

200. Varias razones aconsejan seguir la “tesis de la *Lex Formalis Fori*” en el Derecho internacional privado europeo.

- 1º) La tesis de la *lex formalis fori* respeta la “imperatividad de la norma de conflicto europea” (art. 288.II TFUE). Si existe una norma de conflicto en el Derecho de la UE, norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la cuestión que ha surgido como “cuestión previa”, dicha norma debe aplicarse. Es el clásico enfoque debido a L. RAAPE³³⁷. Dicha norma de conflicto no puede ignorarse. Es incorrecto, pues, aplicar a la cuestión previa la norma de conflicto que regula la cuestión principal
- 2º) Esta solución asegura el “efecto útil” de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Los reglamentos europeos, explica muy acertadamente S.L. GÖSSL, deben desplegar su eficacia ya surja la cuestión discutida como una cuestión “previa” o “principal”³³⁸.
- 3º) La tesis de la *lex formalis fori* respeta el principio de exclusividad del Derecho internacional privado europeo. En efecto, el juez español sólo debe aplicar de oficio las normas de conflicto europeas y en su defecto, las españolas, pero no las normas de conflicto extranjeras (art. art. 288.II TFUE y art. 12.6 CC). La aplicación de las normas de conflicto extranjeras no está prohibida, pero sólo podrá tener lugar cuando así lo indique expresamente el legislador europeo (art. 34 RES) o español (art. 12.2 y 5 CC: casos de reenvío y remisión a sistemas plurilegislativos), observa F. DEBY-GÉRARD³³⁹.
- 4º) La tesis de la *lex formalis fori* favorece la armonía interna de soluciones (*innerer Entscheidungseinklang*). En efecto: en todos los Estados miembros las cuestiones jurídicas se regularán siempre por la misma Ley, ya se presenten como “previas” o “principales” (G. VAN HECKE). Con ello se evita también el *Forum Shopping*.
- 5º) La tesis de la *Lex Formalis Fori* es una solución sencilla y potencia la seguridad jurídica. En efecto, para designar la Ley aplicable a los casos internacionales, los tribunales de los Estados miembros operan con un “catálogo único” de normas de conflicto, las normas de conflicto del Derecho de la UE. Ya surja la cuestión debatida como cuestión “previa” o como “cuestión principal”, su Ley reguladora no cambiará.

201. En el caso de una cuestión principal sujeta al Derecho internacional privado europeo y una cuestión previa no regulada por el Derecho internacional privado europeo, ciertos reglamentos indican expresamente que la cuestión previa debe quedar sujeta la Ley a la que remiten las normas de conflicto de cada Estado miembro. Esta tesis se sigue en relación con cuestiones jurídicas que no han sido objeto de regulación por normas de Derecho internacional privado europeas. Por tanto, el Derecho internacional privado de la UE, con el objetivo de respetar la soberanía legislativa de los Estados miembros, se limita a indicar que las cuestiones jurídicas que surgen como cuestiones previas y que no están reguladas por el Derecho internacional privado europeo, quedan en las manos del Derecho internacional privado de cada Estado miembro.

³³⁷ L. RAAPE, “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.50, pp. 405544.

³³⁸ S.L. GÖSSL, “Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht der EU (Zum „Allgemeinen Teil“ des europäischen IPR)”, *Zeitschrift für Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung*, abril 2011, pp. 65-71.

³³⁹ F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, París, Dalloz, 1973, pp. 5461.

Así, el Cons. [10] del Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010 [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial] indica que la Ley aplicable “*las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (...)* deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”. Por tanto, para saber si existe un matrimonio (= cuestión previa) y es válido, se aplicará la Ley estatal a la que conducen las normas de conflicto de cada Estado miembro que señalan la Ley que rige el matrimonio y no las normas de conflicto aplicables al divorcio (= cuestión principal). Una vez aclarado que el matrimonio existe, el divorcio y la separación judicial se regirán por la Ley a la que remite la norma de conflicto europea relativas al divorcio y a la separación judicial, contenida en dicho Reglamento Roma III (arts. 5 y 8).

202. Una corrección a la regla anterior es posible. Como apunta P. WAUTELET, visto que numerosos Reglamentos europeos contienen “cláusulas de excepción”, es posible activar dicha cláusula para que la cuestión previa quede sujeta a la Ley del país con el que la misma presenta los vínculos más estrechos (*vid. ad ex. art. 4.3 RR-I*)³⁴⁰. Así, en el caso de un daño infligido a un automóvil de lujo (cuestión principal) puede ser preciso acreditar si dicho automóvil pertenecía al demandante, que sostiene que el automóvil le pertenece porque lo heredó de su tío (cuestión previa). Si el daño (cuestión principal) se rige, con arreglo al art. 4.1 RR-II, por la Ley francesa, y aunque la sucesión *mortis causa* quede, en principio, sujeta *ex* Reglamento sucesorio europeo a la Ley española, el juez puede considerar que la sucesión está más estrechamente vinculada con Francia, de modo que puede activar la cláusula de excepción recogida en el art. 21.2 RES y aplicar, así, la Ley francesa a la sucesión (cuestión previa).

E) Sucesión temporal de la norma de conflicto

a) Descripción y términos del problema

203. El problema de la “sucesión en el tiempo de la norma de conflicto” surge cuando una situación privada internacional, regulada por una determinada norma de conflicto, pasa a ser regulada por una nueva norma de conflicto que sustituye o deroga a la anterior (*intertemporales Kollisionsrecht des Inlands*). Dicho cambio de “normas de conflicto” puede comportar una variación en el Derecho aplicable a la situación. En efecto: es posible que la “nueva norma de conflicto” utilice un punto de conexión distinto al que acogía la “norma de conflicto anterior”

b) La laguna legal del art. 12 CC y disposiciones específicas

204. El art. 12 CC no dispone de una solución legal general para resolver el problema de la “sucesión temporal de la norma de conflicto”. Ante el silencio legal, ante esta laguna del precepto, -también observada en otros sistemas jurídicos extranjeros-, la doctrina mayoritaria, encabezada por P. ROUBIER, indica que la solución más correcta exige arrancar de un principio clave: el Derecho que debe determinar qué norma de conflicto es aplicable, la antigua o la nueva, es precisamente ese Derecho, el Derecho al que pertenecen las normas de conflicto antigua y nueva (Res. IDI Dijon, 1981: “*Le problème intertemporel en droit international privé*”)³⁴¹. A partir de ahí es preciso distinguir varias situaciones.

205. a) Disposiciones específicas de Derecho transitorio contenidas en las nuevas leyes. En ocasiones, el legislador proporciona soluciones concretas a las cuestiones de Derecho transitorio entre

³⁴⁰ P. WAUTELET, “Party autonomy in international family relationships: a research agenda”, en *The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 23-48; P. WAUTELET, “Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales”, en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 139-168.

³⁴¹ P. ROUBIER, “De l'effet des lois nouvelles sur les proces en cours”, *Mélanges J. Maury*, vol.II, París, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 513337.

normas de conflicto. En tal caso, como es obvio, debe observarse lo previsto por el legislador. Ejemplo 1: el art. 28 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], dispone que las normas de conflicto de dicho Reglamento se aplicarán “a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009”. Ejemplo 2: el art. 8 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre forma de los testamentos, indica que dicho convenio se aplica sólo a los testamentos otorgados por causantes fallecidos después de la entrada en vigor de dicho Convenio.

206. b) Criterios subsidiarios. En el supuesto de que el legislador guarde silencio sobre la cuestión, y siempre en defecto de norma de fuente internacional, debe resolverse este asunto con arreglo a los criterios del Derecho transitorio español (art. 2 CC). Resultado: rige el principio de la “irretroactividad de la nueva norma de conflicto”, confirmado por la jurisprudencia española (SAT Granada 12 febrero 1975, *Swinkels*)³⁴². Es también la solución de la jurisprudencia francesa (sentencia Cour de Cassation 1^{ère} ch., Francia, 13 enero 1982)³⁴³. El principio general de la “irretroactividad de la nueva norma de conflicto” produce estas consecuencias, bien ilustradas por CH. GAVALDA en su clásica obra sobre el tema³⁴⁴.

- 1º) *Relaciones jurídicas que se desarrollan instantáneamente.* Estas relaciones se verifican en un momento determinado. Se rigen por el Derecho al que conduce la norma de conflicto en vigor en el momento en que se verifica el acto en cuestión. No obstante lo anterior, el TS ha estimado que en ciertas ocasiones, la nueva norma de conflicto exige su propia aplicación incluso cuando no estaba en vigor cuando se produjeron los hechos jurídicamente relevantes (STS 17 abril 2018 [filiación de menor con residencia habitual en Suiza])³⁴⁵. Así, el art. 9.4 CC redacción de 2015 exige su aplicación a la determinación de la filiación aunque el hijo haya nacido antes de la entrada en vigor de dicho nuevo art. 9.4 CC. Ello es así, indica el TS, por varias razones: (a) Este nuevo art. 9.4 CC es una norma materialmente orientada “que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial”. Esta norma contendría, según el TS, un mandato de aplicación inmediata desde que entra en vigor que alcanzaría incluso a las situaciones jurídicas producidas antes de su entrada en vigor; (b) En realidad, dice el TS, ello no supone aplicar de modo retroactivo la nueva norma de conflicto, pues “el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos”. En efecto, la filiación sigue produciendo efectos tras el nacimiento, eso es cierto; (c) El TS lleva a cabo un desarrollo judicial superador de la ley al añadir que “parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia, en atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes”. Es decir: el antiguo art. 9.4 CC, -que conducía a la Ley nacional del hijo-, comportaba resultados injustos, pues no era previsible, para los interesados, la aplicación de dicha Ley nacional del hijo, mientras que la aplicación de la Ley de la residencia habitual del hijo sí que lo es. Por eso, el TS aplica una norma mejor, más justa, que es el nuevo art. 9.4 CC en perjuicio de la norma peor, el antiguo texto del art. 9.4 CC. Esta postura del TS supera el mandato del art. 2 CC, que queda totalmente desplazado e ignorado. Para que este precepto no resulte inaplicado y sufra la argumentación jurídica del TS, la justificación más solvente consiste en estimar, como antes se ha avanzado, que la filiación no produce efectos jurídicos solamente en el momento del nacimiento del hijo, sino también después, esto es, cuando ya la norma de conflicto nueva, el art. 9.4 CC, ha entrado en plen vigor *ratione temporis*.

³⁴² SAT Granada 12 febrero 1975 [*Revista española de Derecho internacional*, 1992, pp. 236-239].

³⁴³ Sentencia de la Cour de Cassation 1^{ère} ch., Francia, 13 enero 1982 [*Bulletin*, 1982, n. 22 / *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 551, nota H. BATIFFOL].

³⁴⁴ CHR. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, París, Sirey, 1955.

³⁴⁵ STS 17 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1281].

- 2º) *Relaciones jurídicas duraderas*. Estas relaciones jurídicas se rigen por el Derecho designado por la norma de conflicto antes vigente. No obstante, una vez en vigor la nueva norma de conflicto, pasan a regularse, a partir de dicho momento, por el Derecho designado por la nueva norma de conflicto (STS 18 diciembre 1981, STS 6 octubre 1986, STS 9 diciembre 1986, SAP Palma Mallorca, Sec.4ª, 23 diciembre 1994)³⁴⁶. Se produce, por lo tanto, una “segmentación” de los efectos jurídicos producidos por una misma situación jurídica. Un primer grupo de efectos jurídicos quedan regulados por la Ley a la que conducía la norma de conflicto hasta que tal norma de conflicto fue derogada. Un segundo grupo de efectos jurídicos quedan sujetos a la Ley a la que conduce la nueva norma de conflicto a partir de su entrada en vigor.

F) Adaptación. Laguna del art. 12 CC y posibles soluciones

207. Esta cuestión surge cuando varios aspectos de una misma situación privada internacional o diversas situaciones privadas internacionales conexas entre sí, resultan sujetos, por efecto de las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, a Leyes estatales distintas, explica W. WENGLER, auténtico creador, o descubridor, del problema, según se mire³⁴⁷. En dicho caso, puede surgir un “desajuste” entre los contenidos de los distintos Derechos aplicables, lo que puede dar lugar a resultados injustos, pues los derechos de los particulares implicados pueden resultar perjudicados de manera inadecuada. Se trata de una situación que ha sido gráficamente ilustrada por el citado W. WENGLER con su famosa “metáfora de la bicicleta”: el juez español es como un mecánico que debe ensamblar las diferentes partes de una bicicleta que han sido fabricadas en países distintos y que, precisamente, por ello, pueden no encajar correctamente, de modo que la bicicleta no funciona como debería.

208. Los fenómenos de “incoherencia de reglamentación” son muy variados y su clasificación sistemática resulta muy complicada. Se plantean tanto en el Derecho internacional privado nacional como en el Derecho internacional privado de la Unión Europea, como muy bien expone S.L. GÖSSL, y el silencio del legislador al respecto no hace que el problema desaparezca³⁴⁸. La “incoherencia de reglamentación” ya es, de por sí, una cuestión ardua y compleja pero es que, además, se suele presentar, como ya ilustró H. LEWALD, conectada con casos de “conflicto móvil” y “cuestión previa”³⁴⁹. Tales supuestos de incoherencia de reglamentación pueden ser superados mediante distintas técnicas interpretativas. Lo más relevante, en este momento, es poner de relieve, con E. VITTA, tres datos³⁵⁰.

En primer lugar, el art. 12 CC no ofrece una solución general sobre la “incoherencia de reglamentación” en casos de Derecho internacional privado. Ello resulta hasta cierto punto, lógico, pues la incoherencia de reglamentación es un problema que se plantea en relación a casos muy complejos y muy diferentes entre sí. Por tanto, parece más adecuado seguir soluciones de tipo empírico y particular y no soluciones de factura general.

En segundo lugar, sí se observa la existencia de algunas soluciones particulares diseñadas por el legislador para casos muy específicos de incoherencias de reglamentación

En tercer lugar, debe recordarse que las normas de conflicto españolas son imperativas (art. 12.1 CC) (STS 30 junio 1962, caso *Amedeo Tarabusi*), y las normas de conflicto europeas también lo son,

³⁴⁶ STS 18 diciembre 1981 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5273]; STS 6 octubre 1986 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 5327]; STS 9 diciembre 1986 [CENDOJ 28079110011986100706]; SAP Palma Mallorca, Sec.4ª, 23 diciembre 1994 [*Revista general de Derecho*, 1996, n. 615, pp. 14434-14437].

³⁴⁷ W. WENGLER, “Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im Internationalen Privatrecht”, *Festschrift für Hirsch*, 1968, pp. 211237; ID., “Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 661-691.

³⁴⁸ S.L. GÖSSL, “Anpassung im EU-Kollisionsrecht”, *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 618-653.

³⁴⁹ H. LEWALD, “Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1939-III, vol.69, pp. 5 y ss., concr. pp. 136-145.

³⁵⁰ E. VITTA, “Cours Général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1979, vol.162, pp. 21243.

por lo que su aplicación es inexcusable incluso en los supuestos de incoherencia de reglamentación. En consecuencia, procede distinguir los siguientes casos³⁵¹.

209. En relación con los casos expresamente regulados por el legislador, varios supuestos deben distinguirse: a) En la mayor parte de las ocasiones, cuando el legislador español detecta un problema de incoherencia de reglamentación derivado de la aplicación de varios Derechos estatales diferentes, opta por la técnica de la “aplicación parcial de las Leyes en presencia”. Así lo hace el art. 9.8 CC, que sujeta a la Ley que regula los efectos del matrimonio, los derechos sucesorios del cónyuge viudo, así como el art. 11.2 CC, que somete a la Ley que regula el fondo las exigencias de forma *ad solemnitatem* de los actos jurídicos; b) En otras ocasiones, menos frecuentes, el legislador recurre a la adaptación *stricto sensu* y proporciona un régimen material aplicable para evitar estas incoherencias, y prescinde de la Ley aplicable a las cuestiones controvertidas, precisamente, por la imposibilidad de conciliarlas. Es el caso del art. 16.2 CC en relación con el derecho de viudedad previsto en la Compilación de Aragón; c) También existen casos en los que el legislador recurre expresamente a la “transposición”. El art. 9.8 CC precisa que la sucesión por causa de muerte “*se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*”, pero acto seguido indica que “*sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*”. Es decir: se importan o transponen los testamentos otorgados con arreglo a una Ley X (Ley nacional del testador en el momento de testar) a una sucesión regida por otra Ley Y (Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento), cuyo contenido se “modula” para recibir correctamente ese testamento “extranjero”.

210. Por lo que se refiere a los supuestos no previstos por el legislador, debe entenderse que éste ofrece libertad interpretativa al operador jurídico para emplear diversas soluciones: sustitución, transposición, o adaptación en sentido estricto, según aconseje la situación concreta controvertida. Para casos extremos puede también utilizarse la técnica de la “aplicación parcial de las Leyes en presencia”, siempre que pueda justificarse que la situación de incoherencia de reglamentación crea una laguna legal que puede resolverse con dicha técnica sin que ello suponga infracción de la imperatividad de la norma de conflicto española (art. 12.1 CC). Debe estimarse que las soluciones basadas en técnica de la *Lex Fori*, y en la Ley más vinculada con la situación global no disponen de base legal y suponen, además, una inaplicación de las normas de conflicto españolas, lo que vulnera el art. 12.1 CC, razones por las ambas que resultan rechazables.

V. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil y las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil en la tercera década del siglo XXI.

1. Las enseñanzas del artículo 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración.

211. La antes mencionada crisis de la parte general del Derecho internacional privado y del mismo art. 12 CC, superado por el Derecho europeo, por los convenios internacionales y por las normas de conflicto especializadas, no impiden que el buen jurista reconozca los méritos de este precepto y todo lo bueno que deja para el Derecho internacional privado español.

212. En primer lugar, el art. 12 CC transmitió en 1974 y transmite todavía hoy día una idea de “orden” en la aplicación de las normas de conflicto. Esto significa que el precepto opera como la “Constitución técnica del sistema conflictual español”. Es el armazón estructural de la aplicación de todas las normas de conflicto españolas, el faro que ilumina la navegación del jurista por las procelosas aguas del Derecho internacional privado nacional español y que, así, solventa los problemas que surgen en la

³⁵¹ STS 30 junio 1962 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, n. 3322].

aplicación de las normas de conflicto. Tales problemas aparecen bien sistematizados en el art. 12-2 CC, perfectamente codificados, encapsulados y recogidos en una sola y misma disposición legal

213. En segundo lugar, el art. 12 CC refleja la toma de conciencia del legislador español de 1974 en relación con la importancia de los llamados “problemas generales de aplicación de las normas de conflicto”. Son cuestiones técnicas, ciertamente, pero la técnica jurídica es imprescindible para que pueda proyectarse una auténtica justicia en la solución de las cuestiones jurídicas suscitadas por las situaciones privadas internacionales. El art. 12 CC revela la importancia de la dogmática jurídica en el Derecho internacional privado.

214. En tercer lugar, y de modo paralelo a lo antes indicado, el art. 12 CC proyecta una enseñanza fundamental: la necesidad y la importancia de la tecnificación del Derecho internacional privado en los tiempos actuales. No basta con disponer de una batería de normas de conflicto. Éstas deben completarse con los adecuados y correctos instrumentos de navegación para que puedan cumplir con su misión. La complejidad de las situaciones privadas internacionales de los tiempos actuales exigen la aludida “tecnificación del Derecho”. El art. 12.4, ya en 1974, apuntaba en esa dirección

215. En cuarto lugar, el art. 12.4 CC confirma la bilateralidad del sistema conflictual español y coloca la bilateralidad como el mejor criterio para hacer Justicia en el mundo cambiante actual en relación con los supuestos que presentan elementos extranjeros. Éste aparece compuesto por un conjunto de normas de conflicto guiadas por el principio de proximidad. Se trata de que una situación privada internacional quede sujeta a la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, de modo que las partes pueden, perfectamente, intuir la aplicación de dicha Ley en todo momento. El art. 12 CC garantiza ese objetivo conflictual. Asegura que la ley designada por la norma de conflicto, sea española o sea extranjera, se aplique para regular la situación privada internacional de la que se trate.

216. En quinto término, el art. 12 CC se presenta como un arma poderosa para combatir la arbitrariedad judicial. La Ley que debe regular un supuesto internacional es aquella designada por las normas de conflicto españolas. El art. 12 CC impide que el juez designe libremente la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales y le obliga a respetar los criterios asumidos por las normas de conflicto españolas. El precepto evita, así, que el juez frustre las legítimas expectativas jurídicas de las partes, que confían en la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto española, que es la Ley del país más estrechamente conectado con la situación de la que se trata.

217. En sexto lugar, el art. 12 CC establece una serie de mecanismos y expedientes técnicos que luchan contra el legeforismo. Visto que las normas de conflicto españolas son bilaterales, éstas pueden conducir a la aplicación de un Derecho extranjero. Pues bien, el art. 12 CC se ocupa de garantizar que eso sea así y que el juez no busque trucos, añagazas y estratagemas de tipo procesal o sustantivo para impedir la aplicación del Derecho extranjero y traicionar, así, la bilateralidad del sistema español de Derecho internacional privado. Al combatir el legeforismo, la norma de conflicto garantiza la seguridad jurídica de ordenación del sistema conflictual español y preserva y asegura, también, una resolución eficiente de los conflictos de leyes con arreglo a la Ley del Estado que present los vínculos más estrechos con el caso.

218. En séptimo lugar, el art. 12 CC aparece vertebrado también por la idea de máximo respeto del Derecho extranjero. Cuando un Derecho extranjero debe regir una situación privada internacional porque así lo ordenan las normas de conflicto españolas, el juez español debe proceder del mismo modo que lo haría un juez extranjero: es su espejo.

En virtud de lo anterior, el art. 12.1 CC ordena al juez español que respete las categorías jurídicas y la interpretación del Derecho extranjero según sus propios cánones extranjeros. En tal sentido, el art. 12.1 CC preceptúa la aplicación de la Ley española, exclusivamente, a los efectos de determina la norma de conflicto española aplicable, esto es, a los efectos de la primera calificación. Ello significa que la segunda calificación, la que tiene lugar en el marco de un Derecho extranjero a los efectos de en-

contrar la disciplina jurídica sustantiva concreta reguladora de una situación privada internacional, debe realizarse con arreglo al Derecho extranjero del que se trate.

Del mismo modo, el art. 12.5 CC garantiza que, en el caso de que coexistan diversos sistemas jurídicos en el Derecho extranjero, se aplique aquél que habría aplicado también un juez extranjero, esto es, que el sistema aplicable se determine con máximo respeto al Derecho interregional extranjero.

En esta idéntica línea, el art. 12.3 CC respeta la diversidad valorativa, normativa y técnica del Derecho extranjero. Cuando así lo ordena la norma de conflicto española, el Derecho extranjero debe aplicarse: es ésa la regla general. Por ello, el recurso al orden público es, siempre, un remedio excepcional ante una situación extraordinariamente grave. Una mera diferencia de regulación entre el Derecho español y el Derecho extranjero nunca puede ser causa suficiente para impedir la aplicación del Derecho extranjero. En este sentido, el art. 12.3 CC restringe el orden público internacional a supuestos excepcionales y le permite operar, solamente, ante un “resultado” contrario a los principios básicos del Derecho español. De esa manera, se respeta el Derecho extranjero en su contenido, en sus valores y en sus técnicas jurídicas. Sólo en supuestos muy excepcionales, esto es, cuando se verifique una externalidad negativa que pueda perjudicar la ordenación jurídica básica de la sociedad española, deberá ser rechazada la aplicación del Derecho extranjero.

219. En octavo lugar, el art. 12 CC abordó los más importantes problemas de aplicación de la norma de conflicto, los más clásicos. Algunos quedaron fuera de la norma y esas lagunas jurídicas han suscitado problemas graves en la aplicación práctica del Derecho internacional privado: la cuestión previa, el conflicto móvil, la precisión de la internacionalidad de los supuestos y otros más. Por tanto, como anteriormente se ha hecho notar, en relación a estos problemas de aplicación de la norma de conflicto, aunque sí son todos los que están, no están todos los que son. Nadie es perfecto y las normas jurídicas tampoco lo son. Sin embargo, el art. 12.4, elaborado en 1974, marcó la ruta a seguir de modo correcto al abordar, por vez primera y de manera sistemática, estas cuestiones generales de la norma de conflicto

220. En noveno lugar, el art. 12 CC es consciente de su labor: ayudar a la correcta aplicación de las normas de conflicto españolas. El art. 12 CC es una “norma que ayuda a las normas”. Su carácter ancilar se demuestra ya por su posición sistemática en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Primero vienen las normas reguladoras, los arts. 8 a 11 CC. Después viene la norma que ayuda a las normas, el art. 12 CC. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha ayudado de manera singularmente acertada a una apropiada, conveniente y oportuna intelección del art. 12 CC como norma auxiliar de las normas de conflicto españolas en su aplicación práctica

2. Las reflexiones que suscita el art. 12 del Código Civil cincuenta años después de su elaboración.

221. Una primera reflexión aparece de manera espontánea en la mente y en el corazón del jurista dedicado al Derecho internacional privado. Es sabido que la doctrina jurídica del siglo XXI duda sobre la utilidad de una “parte general” del sistema conflictual, ya sea éste nacional o europeo. Es una duda legítima. No es lo mismo el reenvío en el sector sucesorio que en el sector contractual. La incidencia del fraude de ley no es la misma ni opera del mismo modo en el campo de los derechos reales y en el ámbito de la capacidad jurídica y de obrar. Numerosos autores opinan que no tiene sentido ofrecer una paleta global y única de mecanismos propios de la parte general del Derecho internacional privado. Este debate es un signo de los tiempos. Tiempos cambiantes y veloces exigen normas concretas adaptadas a cada sector del Derecho, normas que también puedan, además, modificarse rápidamente. Las teorías generales, las explicaciones unívocas y polivalentes están en crisis. Es tarea irrenunciable de todo jurista experto en Derecho internacional privado abrir un debate intelectual sosegado sobre esta cuestión. El Derecho internacional privado europeo es, en este sentido, abiertamente post-moderno.

222. Una segunda reflexión apunta a la necesidad de atribuir al Derecho internacional privado nacional el peso que actualmente presenta en el sistema jurídico. El Derecho internacional privado espa-

ñol, como también sucede en cada Estado miembro, es ahora un ordenamiento legal residual. Prevalece sobre él toda la inmensa producción legislativa del Derecho internacional privado europeo encapsulada en los distintos Reglamentos de la Unión Europea. El valor práctico del art. 12 CC es hoy relativo y también escaso. Este precepto es, en la actualidad, una norma meramente secundaria o subsidiaria. Es un signo de los tiempos: el Derecho internacional privado nacional ha entrado en fase de cuarto menguante en beneficio del Derecho internacional privado europeo, una supernova en expansión que es visible en el horizonte con una potencia lumínica innegable.

223. La tercera reflexión se centra en distinguir entre unos y otros problemas de aplicación de la norma de conflicto. Así, la aplicación práctica del art. 12 CC ha mostrado que la calificación, el orden público, la remisión a sistemas plurilegislativos y la imperatividad de la norma de conflicto, constituyen aspectos técnicos necesarios en la aplicación de la norma de conflicto. Frente a ellos, el fraude de Ley internacional y el reenvío se presentan como mecanismos que reflejan meditaciones y especulaciones intelectuales propias de la dogmática del siglo XIX, muy preocupada por la soberanía estatal en la solución de las cuestiones de Derecho internacional privado, aspectos que hoy tienen escasa incidencia real.

224. Una cuarta reflexión apunta a la necesidad de abrir el espectro de los problemas de aplicación más clásicos a los nuevos problemas de aplicación del Derecho actual. Es preciso recapacitar sobre la conveniencia de incluir en el sistema español y europeo de Derecho internacional privado normas auxiliares sobre la cláusula “mercado interior”, sobre la “cláusula de excepción”, sobre las leyes de policía. Al mismo tiempo, y visto que el Derecho europeo deja en manos de los Estados miembros las cuestiones (procesales) relativas a la aplicación, alegación y prueba del Derecho extranjero, también resulta oportuno mediar la posibilidad de fijar criterios claros y estables sobre la cuestión que aseguren que, cuando la norma de conflicto conduzca a la aplicación de un Derecho extranjero, éste no dejará de aplicar debido a meras dificultades de acreditación de su contenido. Sólo así se puede garantizar que la imperatividad real de la norma de conflicto se impone sobre la imperatividad formal de la misma

225. La quinta reflexión llama al experto a operar correctamente con un sistema jurídico binario de Derecho internacional privado. La vigencia del art. 12 CC recuerda al jurista que las soluciones de dicho precepto sólo son aplicables en relación con las normas de conflicto españolas y no en relación con las normas de conflicto del Derecho europeo. El reenvío del art. 12.2 CC, la calificación del art. 12.1 CC, por ejemplo, constituyen soluciones que no pueden, en ningún caso, ser empleadas en relación con las normas de conflicto europeas. El operador jurídico de Derecho internacional privado debe saber vivir, trabajar y reflexionar con dos ordenamientos jurídicos, el español y en europeo. Otro signo de los tiempos. En tal sentido, se ha dicho que el art. 12 CC es una “*norma zombie*”: su letra parece querer indicar que se aplica de manera general a toda norma de conflicto vigente en España, pero es bien sabido que eso no es así. Por tanto, el art. 12 CC está parcialmente desactivado y es, en muy numerosas ocasiones, totalmente inaplicable, aunque el precepto no sea consciente de ello. El art. 12 CC vaga por el Código Civil y cree que está vivo y que todavía presenta un alcance general en relación con toda norma de conflicto vigente en España, aunque, en verdad, no es así

226. Por último, la sexta reflexión, la reflexión final es paradójica. Resulta muy curioso que el art. 12 CC sea ahora añorado por algunos expertos en Derecho europeo. En efecto, un nutrido grupo de especialistas en Derecho internacional privado europeo se lamenta de que éste carece de un paralelo al artículo 12 CC, de una norma que regule, de forma global, los problemas de aplicación de todas las normas de conflicto europeas. Esta nostalgia del futuro pasado, esta melancolía jurídica por un “Reglamento Roma Cero”, constituye un contrasentido y una paradoja intelectual en el tiempo actual. Echar de menos en el siglo XXI una ordenación sistemática propia de 1974 resulta incoherente, inapropiado y desfasado, un auténtico *oopart* (*out-of-place artifact*). Es cierto que la cuestión es polémica. Y lo es porque dos mentalidades del Derecho internacional privado se enfrentan. Por un lado, se presenta una concepción que todavía cree en la parte general del Derecho internacional privado. Es una fe en las ideas de la Modernidad, en la capacidad de la Razón para someter a reglas claras, uniformes y estables

el funcionamiento de las normas de conflicto. Por otro lado, la mentalidad propia de la post-modernidad apuesta por normas concretas, especializadas, por la solución de los problemas de aplicación de la norma de conflicto más cerca del caso concreto, y con mayor poder decisorio en los tribunales, lejos de teorías generales y cosmovisiones universales. Modernidad *versus* post-modernidad es el signo de los tiempos, también para el Derecho internacional privado, en la tercera década del siglo XXI.

Incidencia del art. 149.1.8ª de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil

Incidence of art. 149.1.8ª of the Constitution in Chapter V of the Preliminary Title of the Civil Code

ALBERT FONT I SEGURA

*Profesor titular de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)*

Recibido: 09.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9363

Resumen: El trabajo analiza la incidencia del artículo 149.1.8ª CE en el Capítulo V del Título Preliminar del Código Civil, explorando cómo la Constitución transformó el modelo territorial de España de un Estado unitario a uno compuesto. El artículo 149.1.8ª CE simboliza las tensiones entre unidad y diversidad normativa. El modelo plurilegislativo amparado por la CE, fruto de la historia y una exigencia democrática, debería reflejar un reconocimiento activo de la diversidad territorial. El texto aborda las dificultades interpretativas del artículo, especialmente respecto a los límites de la competencia autonómica en materia civil y la influencia histórica en la atribución de competencias. También analiza cómo el Tribunal Constitucional ha oscilado entre interpretaciones foralistas y autonomistas. Finalmente, se reflexiona sobre cómo la plurilegislación civil, lejos de fragmentar el ordenamiento, enriquece el sistema jurídico, asegurando la unidad bajo los principios de supremacía constitucional y pluralidad legislativa.

Palabras clave: Sistema plurilegislativo, derechos civiles, diversidad normativa, unidad del ordenamiento jurídico, competencia autonómica, competencia estatal.

Abstract: The paper examines the impact of Article 149.1.8 of the Spanish Constitution on Chapter V of the Preliminary Title of the Civil Code, exploring how the Constitution transformed Spain's territorial model from a unitary state to a composite one. Article 149.1.8 CE symbolizes the tensions between unity and legal diversity. The plurilegislative model covered by the Constitution, a product of history and a democratic necessity, should reflect an active acknowledgment of territorial diversity. The text addresses the interpretative challenges posed by the article, particularly concerning the limits of regional competence in civil law and the historical influence on the allocation of powers. It also analyzes how the Constitutional Court has oscillated between foralist and autonomist interpretations. Finally, it reflects on how civil plurilegislation, far from fragmenting the legal system, enriches it by ensuring unity under the principles of constitutional supremacy and legislative plurality.

Keywords: Plurilegislative system, civil law, normative diversity, unity of the legal system, regional competence, state competence.

Sumario: I. Introducción. II. Significado del Capítulo V del Título Preliminar del CC. 1. Antecedentes. 2. Asunción (¿definitiva?) de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles. 3. Relación vertical entre el CC y el resto de derechos civiles. 4. Regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles. 5. Regulación de los conflictos de leyes entre los derechos civiles españoles. III. Un nuevo paradigma. La Constitución y la configuración

del Estado compuesto. 1. La configuración del Estado compuesto como una apelación a la historia. 2. La configuración del Estado compuesto como una exigencia democrática. IV. Presentación del art. 149.1.8ª CE: dificultades y problemas. 1. El art. 149.1.8ª CE como muestra de las dificultades de la creación de un Estado compuesto. 2. Proceso de elaboración. V. Problemas interpretativos del art. 149.1.8ª CE. 1. Objeto de la competencia en materia civil. 2. Sujetos de la competencia en materia civil. VI. Reflexiones a modo de conclusión

I. Introducción

1. Suele decirse que la existencia de un ordenamiento plurilegislativo es fruto de factores de carácter histórico¹, lo que puede también afirmarse para el régimen jurídico español². Sin embargo, este apriorismo puede al mismo tiempo ser perverso puesto que parte de una concepción que exige una justificación del carácter plural del ordenamiento por su rareza y singularidad, cuando tan importante es la historia para explicar un ordenamiento unitario como un ordenamiento plurilegislativo. En cualquier caso, no deja de ser cierto que una aproximación histórica explica muchos de los elementos que configuran el ordenamiento plurilegislativo español actualmente vigente. Por este motivo, en una contribución que tiene por objeto la incidencia del art. 149.1.8ª CE en el Capítulo V del Título Preliminar del CC es inevitable relatar brevemente los antecedentes y principios que conformaron la coexistencia de distintos regímenes civiles en España hasta la adopción de la Constitución en 1978³, momento en el que, a mi juicio, se cierra un ciclo del ordenamiento plurilegislativo dentro del cual se suceden distintas etapas que van *del rechazo a la tolerancia, pasando por la reticencia*. El epígrafe II pone de manifiesto una dinámica histórica ya conocida en la que se expresa la contraposición de voluntades entre la *subsistencia*⁴ de un ordenamiento que en materia civil se quiere unitario y la conformación de un ordenamiento que de hecho es plural. No obstante, como decía, debe evitarse que los factores históricos condicionen por sí solos la interpretación y construcción del sistema. En realidad, la CE da un vuelco a los precedentes históricos que, aun siendo relevantes, dejan de ser determinantes.

2. La adopción de la CE determina el inicio de un nuevo paradigma al establecer una organización compleja y singular, especialmente por su enfoque en la estructura territorial del Estado, que pasa de ser unitario a compuesto. El giro propiciado por la CE deriva directamente del reconocimiento del derecho a la autonomía en un modelo territorial consagrado en el art. 2 CE, presidido por los principios de unidad y diversidad⁵, que se proyectan también en lo que respecta al derecho civil y su atribución competencial. El origen y los fundamentos sobre los que reposa la estructura de la organización territorial del Estado obedece tanto a una apelación a la historia, como, quizá más importante aún, a una exigencia democrática de la que deriva la pluralidad política y territorial, condensadas en las líneas maestras establecidas en el art. 1 CE y en el art. 2 CE. El epígrafe III profundiza en estos fundamentos que encuadran el marco en el que debe efectuarse la interpretación del artículo 149.1.8ª CE, una norma de competencia que al mismo tiempo que condensa las discrepancias acerca de la pluralidad normativa, encarna las dificultades para implantar un plan constitucional en construcción sobre la base de dichos fundamentos.

3. La complejidad tanto de la disposición en sí misma como del alcance y efectos que ésta tenía, considerando el cambio de rumbo tomado, obliga a realizar un examen detenido del art. 149.1.8ª CE. Por ello, se dedican los dos siguientes epígrafes a analizar dicha disposición. En efecto, este artículo

¹ En este sentido, *vid.* E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali: saggio comparativo*, Turín, G. Giappichelli, 1954, pp. 23-32; E. VITTA "Interlocal Conflict of Laws", capítulo 9 de "Private International Law" (K. LIPSTEIN, ed.), vol. III de *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubinga/La Haya/Boston/Londres, J. C. B. Mohr, 1985, p. 3.

² Considerando aconsejable también una aproximación histórica *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, "La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Madrid, 1998, p. 291; igualmente, *vid.* P. DOMÍNGUEZ LOZANO, "Internal Conflicts and "Interregional Law" in the Spanish Legal System", *SYLL*, 1997, V, p. 48 y ss.

³ Un análisis más amplio puede consultarse en la contribución en esta obra de R. ARENAS GARCÍA.

⁴ Obviamente, la inversión de términos es deliberada.

⁵ El art. 2 CE comprende también el principio de solidaridad, cuya relevancia se proyecta en distintos preceptos de la Constitución, como el art. 138.1 CE, el art. 156.1 CE y el art. 158.2 CE, pero no encuentra acomodo en el art. 149.1.8ª CE por la propia naturaleza de la competencia atribuida.

evidencia la complejidad de construir un modelo de Estado compuesto que mantenga un equilibrio entre la unidad y la diversidad. Las dificultades se observan tanto en el proceso de elaboración de este precepto como en su interpretación y aplicación en la práctica, lo que ha dado lugar a múltiples debates doctrinales y conflictos competenciales. Por una parte, en el epígrafe IV se sopesan las opciones que potencialmente tenía el legislador constituyente al regular lo que en aquel momento era una cuestión espinosa, por las dificultades y problemas que acarrearía una atribución de competencia que comportaba recorrer el camino de la *tolerancia a la pluralidad normativa* en materia civil -presente en el art. 13 CC- a la *asunción de la pluralidad de legisladores* en materia civil. Todo ello sin dejar de atender al revelador proceso de elaboración de una disposición tan compleja como crucial para la legislación civil en el ordenamiento español. Ahora bien, sin lugar a dudas tan relevante como el art. 149.1.8ª CE es también la interpretación que ha proporcionado el TC. Así, en el epígrafe IV se delimitan críticamente los sujetos y el objeto de la materia cuya competencia es atribuida en aplicación del primer inciso del art. 149.1.8ª CE de acuerdo con la doctrina constitucional.

4. La contribución termina con unas reflexiones a modo de conclusión, pero no me puedo resistir a lanzar una primera reflexión que más que auto justificativa es autocrítica. El desafío de plantear un análisis del art. 149.1.8ª CE es enorme porque se trata de un precepto complejo que pone de manifiesto las diversas y a menudo contrapuestas concepciones del modelo territorial del Estado. Es necesario reconocer que, precisamente por ello, el análisis de esta norma -de cualquier norma, en realidad- no puede ser ni inocuo ni aséptico. La alambicada redacción de la norma -quizá una ambigüedad calculada- conlleva inevitablemente interpretaciones condicionadas por la visión de la estructura territorial que cada cual entiende reflejada en la Constitución. No hay que olvidar que es opinión generalizada⁶ que, en beneficio del consenso, el constituyente dejó deliberadamente abiertas muchas cuestiones acerca de este tema. Las carencias e indeterminaciones de la Constitución están igualmente presentes en este artículo, que ha sido objeto de análisis exhaustivos y cuyo estudio plantea, por tanto, la dificultad de aportar una perspectiva mínimamente novedosa. En efecto, por el objeto de la materia atribuida, la citada disposición ha recibido una amplia atención desde una óptica civilista, así como también desde el ámbito del derecho internacional privado, por el resultado al que conduce la plurilegislación y por las condiciones en que se produce el conflicto interno de leyes⁷. Sin embargo, tal vez lo que resulte más pertinente sea avanzar hacia un análisis más profundo desde parámetros estrictamente constitucionales⁸, considerando el carácter estructural a la vez que vertebrador que esta norma tiene en la organización territorial del poder político. Esta contribución se presenta, por tanto, como una aportación adicional a la aproximación poliédrica que esta compleja norma -y el modelo territorial en su conjunto- exige, integrando en el debate una reflexión que complementa los estudios existentes

II. Significado del Capítulo V del Título Preliminar del CC

5. Un estudio relativo a la incidencia del art. 149.1.8ª CE sobre el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil obliga primero a considerar, aunque sea brevemente, el significado y contenido de dicho capítulo. No cabe duda de que el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil⁹, y en particular el art. 13 CC, constituyó una novedad sin parangón en el panorama español. En efecto, incluido *ex novo* a raíz de la

⁶ Vid. por todos D. JOVE VILLARES, “El Tribunal Constitucional como constituyente prorrogado de la constitución territorial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 2017, pp. 237-257.

⁷ Vid. O. CASANOVAS Y LA ROSA, “El Derecho interregional desde una nueva perspectiva”, *REDI*, 1987, 2, p. 478, poniendo de manifiesto que el carácter compuesto del Estado, la existencia de normas de conflicto específicas de cada uno de los ordenamientos integrantes del sistema plurilegislativo o el hecho de que las normas de conflicto sean únicas para los distintos ordenamientos coexistentes en un mismo Estado, son parámetros a tener en cuenta para configurar un modelo teórico de análisis.

⁸ Sin embargo, I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, València, 2019, constituye una relevante excepción a tener muy en cuenta.

⁹ Vid. Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, texto articulado como consecuencia del mandato establecido en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil (*BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1973, pp. 5497-5498).

reforma que tuvo lugar en 1974, el capítulo atribuye un nuevo significado a la pluralidad normativa en España. Se abandona la unificación del ordenamiento en materia civil, como idea tanto orgánica como motriz, y se acepta la pluralidad normativa debida a la existencia de diversos regímenes jurídicos. Se trata de una decisión con afectación estructural sobre el ordenamiento. Por eso, tan pronto como fue adoptado, se mantuvo que el Título Preliminar -y con él, el Capítulo V- contenía disposiciones de alcance constitucional¹⁰.

Bajo el título Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil constituye un primer avance hacia la plena asunción de la pluralidad de sistemas civiles que tendrá lugar en el ordenamiento jurídico español a raíz de la promulgación de la CE en 1978. El título referido ya es en sí mismo elocuente en la medida en que proclama la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles en España -no se trata ya de una mera pluralidad normativa, sino del reconocimiento de la existencia y permanencia de auténticos regímenes civiles- y siembra el germen de la igualdad en la articulación entre los distintos derechos civiles españoles al partir de la consideración que la sujeción a cualquiera de dichos derechos se determinará por la vecindad civil en régimen de igualdad¹¹.

1. Antecedentes

6. La unificación del derecho civil con base en el derecho civil de Castilla, y el consiguiente propósito de derogar el resto de sistemas de derecho civil vigentes en otros territorios peninsulares, es una aspiración que se manifestó con particular fuerza en tres períodos históricos. Por una parte, durante la guerra de sucesión en el siglo XVIII, conforme se iban conquistando las entidades políticas que conformaban la Corona de Aragón, el propósito uniformizador perseguía dismantelar la estructura jurídica que sostenía el edificio político e institucional de los reinos y territorios de la Corona de Aragón, bajo la matriz del derecho de Castilla¹². Si bien se admitió la pervivencia del derecho civil en la mayor parte de estos territorios¹³, su posterior evolución y renovación se vio cercenada al ser desprovistos de los mecanismos de producción normativa. Por otra parte, la ambición unificadora resurgió durante el prolongado proceso en el que se gestó la codificación del derecho civil en España en el siglo XIX cuya solución final consistió, sin embargo, en codificar el derecho civil castellano¹⁴ y admitir provisionalmente la subsisten-

¹⁰ Vid. M. HERRERO DE MIÑÓN, "Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil", *Revista de estudios políticos*, nº 198, 1974, pp. 89-114, calificándolo como ley básica de la Constitución en sentido absoluto, *vid.* p. 91 y, en particular, pp. 98 y ss., advirtiendo del peligro de la confederalización del ordenamiento, pp. 103-104.

¹¹ Vid. base séptima, punto dos de la Ley de bases de 1973. Obsérvese, sin embargo, que no se proclama propiamente la igualdad entre los distintos regímenes civiles.

¹² Entre otras razones porque concedía un ámbito de poder más amplio al soberano, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 374.

¹³ La derrota de los territorios que conformaban la Corona de Aragón se quería materializar jurídicamente con la adopción de sendas medidas abrogatorias que condujeran a suprimir de forma completa los ordenamientos de los Reinos que se opusieron al candidato Borbón. Primero, respecto de los Reinos de Aragón y Valencia, mediante el Decreto de Nueva Planta de 29 de enero de 1707, con un "contenido algo improvisado y experimental, en el que también se aprecia un objetivo disuasorio y ejemplar", *vid.* R. VERDERA SERVER, "Competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho privado", *Instituciones de Derecho privado valenciano* (C. LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 33. Si bien posteriormente, mediante el Decreto de 3 de abril de 1711, se estableció la devolución de las leyes civiles al Reino de Aragón, al fijar las normas que había de aplicar la Audiencia de Zaragoza. Por el contrario, no se restablecen formalmente las leyes civiles del Reino de Valencia. Posteriormente, en Mallorca y Cataluña, mediante los Decretos de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715 y de 9 de octubre de 1715, respectivamente, la situación fue resuelta de forma distinta puesto que la abolición abarcó las normas político-administrativas sin afectar al ordenamiento civil, mercantil, penal y, parcialmente, procesal.

¹⁴ Vid. art. 8, base 27 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, Gaceta de Madrid, núm. 143, 22 de mayo de 1888. *Vid.* C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, "El Código Civil o la codificación del Derecho castellano", en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, t. II, pp. 1205-1229. Se trataba, no obstante, de una sistematización renovadora que manifestaba un cierto esfuerzo integrador, aunque partiendo del derecho tradicional de Castilla y al servicio de su modernización, con respecto al resto de los derechos civiles españoles. *Vid.* M. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, Plus Ultra, 1885, en la edición de 1948 con prólogo de J. Castán, accesible en https://derechoaragones.aragon.es/bvda/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=101457. Puede consultarse asimismo *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Coord. C. ROGEL, C. VATTIER, Madrid, Tecnos, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1991.

cia íntegra del resto de derechos civiles¹⁵. En realidad, conforme al programa codificado, el fenómeno de la pluralidad normativa fue considerado por el legislador como una reliquia histórica proveniente del Antiguo Régimen¹⁶ que debía suprimirse mediante la unificación normativa. El ideario codificado, que se fundaba en el iusnaturalismo racionalista, como aparato filosófico y en el liberalismo político, como aparato ideológico, pretendía conseguir una transformación económica y política de la sociedad que solo se veía posible con la uniformidad del espacio jurídico¹⁷. En este contexto, el Código civil posee una naturaleza política como instrumento al servicio de una determinada unificación jurídica¹⁸. Por fin, el tercer período en el que aflora esta cuestión es durante el régimen franquista mediante el proceso compilatorio que tuvo lugar a lo largo del siglo pasado en el período que transcurre entre 1959 y 1973, fruto del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, en el que se quieren sentar las bases para la futura adopción de un Código general de derecho civil¹⁹. Persiste en este momento la tensión existente entre los partidarios de la unificación y los que apostaban por el reconocimiento de los derechos forales, solución por la que se decanta el Congreso²⁰ y que es acogida por el legislador²¹. El legislador -estatal, como no podía ser de otro modo- aprueba en el transcurso de estos años las compilaciones de cada uno de los territorios con derecho civil propio²², pero siempre bajo un objetivo final que no era otro que el de la adopción de un Código civil general para España²³.

¹⁵ La solución transigida quedó reflejada en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, *vid.* art. 5 y 6 y establecida en el art. 12 CC (1889 CC), donde destacaba la provisionalidad y accesoriedad de los derechos “forales” que, no obstante, se mantenían. La pretensión era desplegar una mera catalogación de las instituciones forales mediante “Apéndices”, en calidad de leyes especiales (*vid.* art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899, Gaceta de Madrid, núm. 108, de 18 de abril de 1899, estableciendo el nombramiento por el Gobierno de las comisiones especiales encargadas de adoptar “los proyectos de ley en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existan”). Sin embargo, lo cierto es que las reticencias que despertó el sistema apendicular para llevar a cabo una verdadera sistematización desarrollada de aquellos derechos, no facilitaron la adopción de los Apéndices, salvo el Apéndice al Código Civil del Derecho foral de Aragón, Real Decreto-ley de 7 de diciembre de 1925, Gaceta de Madrid, núm. 349, 15 de diciembre de 1925. En relación con el derecho civil catalán, *vid.*, P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Ed. J. Bosch, Barcelona, 1985, especialmente pp. 149-174.

¹⁶ M. ALONSO expresa esta concepción en *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, *op. cit.*, p. 15 y ss. Este pensamiento empieza a abandonarse durante la segunda mitad del siglo XX, teniendo reflejo en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, donde se pone de relieve que “La fortaleza de la integración histórica y política de España, lejos de resentirse, alcanza su completa realización con el reconocimiento de los derechos forales, que no son formas privilegiadas ni meros residuos personalistas de normas anacrónicas, sino verdadero y actual reflejo jurídico de realidades perceptibles en nuestro propio modo de ser y existir colectivos.” (el destacado es del autor).

¹⁷ Sin embargo, como pone de relieve C. LASARTE ÁLVAREZ, en la España de finales del XIX la codificación se impuso más como un mecanismo de simplificación, racionalización y sistematización que como un producto de la revolución burguesa, más allá de “un necesario reajuste del Derecho que, claro es, no se podía seguir asentando en los pilares del fenecido *ancien regime*”, *vid.* “Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Regionales*, Vol. 11 Extraordinario, 1980, pp. 165-202, en particular p. 174, nota 4.

¹⁸ *Vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones: 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 123.

¹⁹ *Vid.* las conclusiones del Congreso en *ADAr*, 1946, pp. 460-487, en especial la conclusión primera. En relación al mismo *vid.* J. LACRUZ BERDEJO, “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, *ADC*, 1948, pp. 145-156; asimismo las referencias introducidas por F. DE CASTRO Y BRAVO, “La cuestión foral y el Derecho civil”, *ADC*, 1949, pp. 1007-1046, acérrimo defensor de la unificación del derecho civil, como se puede apreciar cuando aborda la “cuestión foral” en su obra *Derecho civil de España. Parte General*, Valladolid, Ed. Casa Martín, 1942.

²⁰ *Vid.* M. MONTSERRAT I GÁMIZ, “Evocación del Congreso Nacional de Derecho Civil (1946)”, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, 1996, pp. 91-112.

²¹ *Vid.* Decreto de 23 de mayo de 1947 por el que se autoriza al Ministerio de Justicia para nombrar Comisiones de Juristas encargadas del estudio y ordenación de las Instituciones de Derecho Foral (BOE, 12 de junio de 1947).

²² *Vid.* Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, *BOE*, 31 de julio de 1959; Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (*BOE*, 22 de julio de 1960); Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares (*BOE*, 21 de abril de 1961); Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (*BOE*, 5 de diciembre de 1963); Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón (*BOE*, 11 de abril de 1967) y Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*BOE*, 7 de marzo de 1973).

²³ *Vid.* la Exposición de motivos del Decreto de 23 de mayo de 1947, recordando las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, “... en el que se abordó amplia y libremente este problema de la coexistencia en España de diferentes legislaciones forales y en el que acertadamente se llegó, por unanimidad, a aconsejar la solución de un Código Civil general para España.”

7. La etapa compiladora concluyó con la adopción del Título Preliminar del Código civil, momento en el que se produce un cambio de rasante, no solo por una aproximación distinta a la pluralidad normativa, sino también por la necesidad de articular la complejidad legislativa derivada de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles. En este contexto, el Capítulo V Título Preliminar aborda los siguientes temas²⁴: asumir la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles, fijar las normas que se impongan por igual a todos los derechos civiles coexistentes en España²⁵, perfeccionar la regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles y regular los conflictos de leyes entre dichos derechos civiles

2. Asunción (¿definitiva?) de la coexistencia de distintos regímenes jurídicos civiles

8. Frente a la provisionalidad con la que se sostenía la pluralidad normativa en el antiguo art. 12 CC, conforme al cual los territorios con derecho foral “lo conservarán por ahora en su integridad”, la modificación del Título Preliminar introduce el art. 13 CC que, no solo descarta este carácter provisional, sino que consagra el pleno respeto de “los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes”. En realidad, la reforma del Título Preliminar del Código civil más que iniciar un ciclo, cierra una etapa cuyo objetivo no era otro que facilitar la adopción de un Código general para España²⁶. No obstante, y paradójicamente, la adopción sucesiva de las compilaciones provocó la renuncia de la función unificadora a la que servían, abandonando la provisionalidad con la que se permitía que persistieran los derechos forales y afectando profundamente la configuración que había presidido estructuralmente el ordenamiento jurídico español en materia civil en los últimos 250 años. En efecto, el pleno respeto de los derechos forales supone el reconocimiento de que cada derecho foral es un sistema jurídico que es derecho común en su respectivo ámbito territorial de aplicación²⁷.

Ahora bien, el reconocimiento de la coexistencia de regímenes civiles no estaba exento de limitaciones e inconvenientes. No hay que olvidar que el pleno reconocimiento se da después de haberse adoptado las compilaciones, un producto normativo heterogéneo que no solo reducía, sino que al mismo tiempo inmovilizaba los derechos “forales”. En efecto, si bien la tarea compilatoria mantuvo la diversidad normativa, supuso al mismo tiempo un retroceso respecto a los derechos que estaban siendo objeto de compilación. Las compilaciones son, en general, el producto de un recorte²⁸. Por otra parte, se trata

²⁴ Puestas de manifiesto en los últimos párrafos de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo

²⁵ Las Compilaciones podían contrariar las normas con aspiración a “rango constitucional” presentes en el Título preliminar CC 1889 dado que eran leyes asimismo estatales que fueron adoptadas con posterioridad. La modificación del Título Preliminar en 1974 intentaba cerrar esta posibilidad, restableciendo su aplicación prioritaria. *Vid.* el capítulo de R. ARENAS GARCÍA a esta y referencias allí realizadas.

²⁶ *Vid.* el párrafo séptimo de la Exposición de motivos de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil BOE núm. 69, 21 de marzo de 1973. “(...) se ha dado cima a las Compilaciones referidas a los distintos regímenes civiles coexistentes en el territorio nacional, que constituyen la primera etapa que ha de facilitar el logro de un Código general para España.”

²⁷ Sobre esta cuestión *vid.* F. BADOSA COLL, “Derecho civil común y derechos civiles especiales”, en *Memoria de Derecho civil*, Universitat de Barcelona, 2010, pp. 60-110. Afirmación de consenso que más tarde adquiere un potencial posiblemente inadvertido, cuando la CE ampara el desarrollo de los derechos civiles autonómicos, y que seguramente no ha sido todavía plenamente asumida por todos, como pone de relieve M. C. Gete-Alonso, *vid.* “Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019”, *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 41-89, en particular pp. 57: “Un Derecho Común¹⁴ al que se reconduce no sólo el elenco de materias de competencia exclusiva del Estado (las del art. 149.1ª.8 CE, o las del art. 13 CC) sino que en general se predica de todas las contenidas en el Código civil español de 1889; en una clara distorsión del significado histórico del término (aplicado al Derecho romano-canónico de la recepción) y olvidando que la función de supletoriedad de segundo grado no lo convierte en superior jerárquico. Un Código civil como Derecho común que, con el significado en el que se emplea ya desapareció y debió haberse eliminado cuando se reconoció la plurilegislación civil y que, si se mantiene, es con un significado diferente al histórico y en ningún caso extenso (como se pretende).”

²⁸ Así es, salvo en el caso del derecho navarro. Valga como ejemplo que el sistema de fuentes y los principios de autointegración establecidos en el anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, arts. 3, 4, 5 y 6, fueron rechazados por la Comisión General de Codificación. *Vid.* LL. PUIG I FERRIOL, “La configuració del dret civil català des de la Constitució de Felip II de l'any 1599 fins al codi civil de Catalunya”, en C.E. FLORENSA I TOMÁS (dir)/J.M. FONTANELLES MORELL (coord.), *La codi-*

de un proceso que en conjunto se llevó a cabo en un prolongado periodo de tiempo, lo que determinó que el resultado final no fuera el mismo -en cuanto al alcance y contenido- en cada uno de los territorios con derecho civil propio puesto que la permisividad varió en función del momento en el que se culminó la tarea compilatoria²⁹. Por fin, la tarea compilatoria supone la congelación del sistema de normas que representan los derechos forales, convirtiéndolo en un conjunto inerte que no goza de ninguna posibilidad de transformación más allá del control que pueda ejercer el único legislador existente, el estatal.

3. Relación vertical entre el CC y el resto de derechos civiles

9. El reconocimiento de los regímenes civiles “forales” no alteró la posición preeminente del llamado derecho civil común, por su carácter general y su aplicación directa en los ámbitos no regulados por los “derechos especiales o forales”. Tanto en el art. 12 CC, en su versión de 1889, como en el art. 13 CC, en su versión de 1974, se constata una específica determinación del ámbito de aplicación territorial del Título Preliminar y del Título IV del Libro I (“con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”, se precisa en la versión de 1974³⁰) cuya aplicación es obligatoria (versión 1889) o general y directa (versión 1974), por oposición al resto de disposiciones del Código civil cuya aplicación es supletoria en el territorio de los derechos forales³¹. Sin embargo, hay que tener presente que el art. 13 CC prevé una doble limitación³². Por una parte, la aplicación general y directa se predica en la medida en que determina los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación. Por otra parte, se establece una supletoriedad de segundo grado que, aunque enfatiza el carácter general del derecho civil común, posterga su aplicación dado que el “pleno respeto” supone reconocer que cada derecho civil es derecho común en su respectivo ámbito territorial³³.

4. Regulación de la vecindad civil como criterio de sujeción a uno de los derechos civiles españoles

10. En los arts. 14 y 15 se abordó la regulación de la vecindad civil, comprendida como el mecanismo de sujeción personal que fija el ámbito de aplicación de cada uno de los derechos civiles españoles. En una comparación entre la regulación de la vecindad civil establecida en el art. 15 CC, en su versión de 1889, y los arts. 14 y 15 CC, en su versión de 1974, se percibe un cambio en la formulación unilateral que de manera latente mantenía el art. 15 CC, heredado de la perspectiva adoptada en la primera redacción de 1888³⁴. La modificación efectuada en 1889 introdujo una cláusula de reciprocidad

ficación del Derecho civil de Cataluña, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 15-28, en particular p. 26; asimismo, E. BOSCH CAPDEVILA, “La compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?”, *Ius Fugit*, 2009-2010, t. 16, pp. 181-196, en particular p. 188 y ss. La propia composición de los miembros que elaboraron el anteproyecto y el texto definitivo de la Compilación -en el primer caso, íntegramente juristas catalanes, y, en el segundo, revisado por una comisión estatal en la que solamente había un representante catalán- es también buena muestra del control y recorte que se llevó a cabo en el proceso compilatorio.

²⁹ La aprobación de las Compilaciones se produjo en un período que va entre el año 1959 y 1973 lo que permite distinguir el margen de maniobra de que disponían las correspondientes Comisiones en función del momento en que se desarrollaron sus trabajos. Por ello, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 73-74 distinguen tres fases en este proceso de codificación

³⁰ El motivo de la modificación adoptada en 1974 obedece a la delimitación del ámbito reservado a la regulación del Código civil, esto es las normas relativas al sistema matrimonial, dejando al margen el régimen económico matrimonial regulado de forma diversa en los distintos derechos civiles españoles, aspecto que no estaba literalmente explicitado en la disposición derogada por el art. 13 CC en 1974. *Vid.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13” en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1.083-1.201.

³¹ Sobre las diferencias entre el art. 12 CC (1889) y el art. 13 CC (1974), *vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”.

³² *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”.

³³ *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”, nota 33, con referencias al debate en la Ponencia de la Comisión de Justicia que tuvo lugar en ocasión de la adopción de la modificación del Título Preliminar del CC. *Vid.* asimismo M. C. BAYOD LÓPEZ, “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos. (en particular el derecho civil aragonés)”, *RDCV-V*, nº2, 1999, pp. 75-125.

³⁴ La primera redacción del art. 15 CC (1888) partía de la regulación exclusiva de la vecindad civil de las personas sujetas

que extendió las previsiones establecidas para determinar la vecindad civil “castellana” a los territorios de derecho foral³⁵. La modificación de 1889 permitió mantener una articulación coherente tanto con el art. 12 CC como con el art. 14 CC, cuando disponían respectivamente que “Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino” y que “Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil”.

La reforma de 1974 no altera esta concepción sistemática y cabe decir que tampoco incorpora modificaciones esenciales respecto a la disposición que sería derogada (art. 15 CC 1889)³⁶. Simplemente, se asume que se trata de una regulación unitaria aplicable para determinar si se adquiere, se pierde o se recupera la vecindad civil en cualquiera de los territorios españoles con derecho civil propio, aunque la formulación es heredera todavía de una terminología que se va tornando caduca y que el constituyente, posiblemente por inercia, incorporó en la CE³⁷. En efecto, la vecindad civil tiene relevancia porque se suscita un conflicto de leyes y dicho conflicto se genera precisamente porque el derecho civil “común” deja de serlo, de lo contrario no habría conflicto de leyes. No tiene sentido, en consecuencia, mantener esta terminología, en particular la expresión “derecho especial”, que, por otra parte, retrotrae a la idea del código unitario.

5. Regulación de los conflictos de leyes entre los derechos civiles españoles

11. La aceptación de los derechos civiles especiales y forales, contenida en el art. 13 CC, conlleva una asunción también plena del tráfico jurídico interregional que, a su vez, va paralela a una mayor sofisticación en la regulación del tráfico jurídico internacional. Así, el art. 16 CC es, por así decirlo, trasunto del art. 13 CC. Ciertamente, el art. 16.1 CC mantiene la solución que ya preveía el art. 14 CC (redacción 1889) consistente en resolver los conflictos internos de leyes aplicando las normas de derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV. En efecto, el art. 14 CC establecía la aplicación de los artículos 9, 10 y 11, a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil. Dejando al margen en este trabajo la consideración acerca de la oportunidad y adecuación de esta solución³⁸, resulta evidente que el art. 16 CC explicita la asunción plena del tráfico jurídico interregional en el derecho positivo español. Así se desprende de la literalidad de la norma contenida en el primer inciso del art. 16.1 CC.

12. No obstante, es en los siguientes párrafos y apartados del precepto indicado donde se constata una preocupación por abordar el tráfico jurídico interregional con unas claves diferentes al de la regulación del tráfico jurídico internacional. Así es, tanto el apartado segundo del art. 16.1 CC, en el que se establece la inaplicación del artículo 12 CC sobre calificación, remisión y orden público para

al derecho civil de Castilla, dejando que en cada uno de los Apéndices del derecho foral correspondiente se determinara quien tenía la condición de aforado. Sobre ello, *vid.* E. GINEBRA MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Estudis dret privat català, nº 6, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2002, pp. 336-353.

³⁵ El art. 15 CC en su versión de 1889 con una disposición que reza como sigue “Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.” La modificación fue debida a la presión ejercida por los juristas de territorios de derecho foral y, especialmente, por los juristas catalanes, *vid.* E. GINEBRA MOLINS, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, *op. cit.*, p. 343 y ss.

³⁶ Se mantuvo uno de los que fue el principal escollo una vez aprobada la CE, la discriminación por razón de sexo y, junto con ella, el principio de unidad familiar, *vid.* M. T. HUALDE MANSO, “Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, 720, pp. 1485-1558. Así, la modificación relevante proviene del impacto que tiene la CE, muy tardíamente reflejado por el legislador mediante la Ley 11/1990, de 15 octubre, sobre reforma del Código civil. *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 14”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1201-1248.

³⁷ Así disponía, y todavía dispone, el art. 14 CC “Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, (...)”.

³⁸ *Vid.* al respecto el capítulo de J. J. ÁLVAREZ RUBIO a esta contribución.

los supuestos de tráfico jurídico interregional³⁹, como el art. 16.2 CC⁴⁰, en el que se establecen reglas especiales en consideración al derecho de viudedad aragonés, o, por fin, el art. 16.3 CC⁴¹, relativo a la ley española aplicable a los efectos del matrimonio entre españoles, constituyen una prueba palmaria de la asunción de la pluralidad normativa y, con ella, de la necesidad de regular los conflictos internos de leyes teniendo en cuenta sus singularidades frente a la regulación del tráfico jurídico internacional, sin perjuicio de que el planteamiento no fuera tan profundo como debiera⁴².

III. Un nuevo paradigma. La Constitución y la configuración del Estado compuesto

13. Todo cambió, sin embargo, con la Constitución. No se trata solo del desplazamiento del Código civil por la Constitución, proceso que se había ido produciendo en la Europa occidental en el que sustituye la función constitucional del Código civil -especialmente en lo que se refiere a las normas relativas al sistema de fuentes, a la interpretación y a la aplicación y eficacia de las normas, aunque también por el programa económico-social que proyectaba en ámbitos tan diversos como la familia o la propiedad privada-. Se trata sobre todo de que la constitución deja de ser un documento meramente programático de carácter político y se reconoce que con ella se crea un nuevo orden social del que derivan principios fundamentales. Esto es especialmente cierto en España donde se transitaba de la legalidad franquista que amparaba un régimen dictatorial a la legalidad constitucional cuya legitimidad se basa en la soberanía nacional que reside en el pueblo español. Además de crear un nuevo orden político-social, la Constitución es un texto con alcance jurídico que constituye la fuente suprema del derecho en el nuevo ordenamiento y del que deriva la validez y eficacia de las normas⁴³. Se configura así un círculo cerrado, estableciéndose un sistema en el que la autoridad de todas las instituciones del Estado se fundamenta en la voluntad popular, pero ésta debe ejercerse siempre dentro del marco de la supremacía constitucional, que a su vez actúa como límite y garantía del propio orden democrático⁴⁴. Por consiguiente, el sistema de fuentes se estructura situando como vértice del ordenamiento a la Constitución, que es fuente originaria del derecho vigente. Así, la norma fundamental es la norma originaria de la que nace cualquier otra norma del sistema jurídico⁴⁵. Naturalmente ello tiene un impacto sobre el Título preliminar del Código civil puesto que queda sujeto a la norma fundamental⁴⁶. No se trataba, sin embargo, de establecer únicamente una jerarquía normativa y una estructura institucional a la manera kelseniana⁴⁷, la CE llevó

³⁹ Vid. M. E. ZABALO ESCUDERO, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1259-1282.

⁴⁰ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Artículo 16, apartado 2”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, 1283-1300.

⁴¹ Vid. M. E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16, apartado 3”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1301-1315.

⁴² Vid. E. PECOURT GARCÍA, *El nuevo sistema español de Derecho interregional*, Pamplona, Instituto Español de Derecho Foral. Jornadas 1975, 1975, pp. 30-31, echando en falta una regulación más ambiciosa. Vid. también B. V. Hoffman y A. Ortiz-Arce, “El Nuevo Sistema Español de Derecho Internacional Privado (Conflictos de Leyes)”, *REDI*, 1977, 30, pp. 57-90.

⁴³ Vid. P. LUCAS VERDÚ, “Artículo 1º: Estado social y democrático de derecho”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, coord. O. ALZAGA VILLAAMIL, Vol. 1 (Preámbulo y artículos 1 a 9), 1996, pp. 95-164, con particular referencia al carácter del art. 1.

⁴⁴ Vid. V. FERRERES COMELLES, “The Evolution and Gestalt of the Spanish Constitution”, en Armin von Bogdandy (ed.), Peter M. Huber (ed.), Sabrina Ragone (ed.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Vol. II: *Constitutional Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 549-599, en particular p. 567.

⁴⁵ Dejando de lado, por ahora, la concepción que se pueda tener de la Constitución y de la consecuente interpretación que se vaya a realizar.

⁴⁶ Vid. I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 84, destacando que la vigencia del Título preliminar queda supeditada a lo dispuesto en la Constitución. Otra cosa es que quién tiene competencia exclusiva para adoptar las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas sea el legislador estatal, así como respecto del sistema de fuentes, con respeto “a las normas del derecho foral o especial” (art. 149.1.8ª CE). Vid. M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2022, pp. 127-129.

⁴⁷ En particular por lo que se refiere a la función reservada al Tribunal Constitucional como órgano independiente encargado de garantizar la supremacía de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Vid. arts. 159 a 165 CE y LO

consigo una profunda alteración de la arquitectura jurídico-política al configurar España como un Estado compuesto.

En realidad, la nueva configuración del Estado prevista en la CE *construye*⁴⁸ un nuevo paradigma sobre el que interpretar la pluralidad legislativa en España⁴⁹. En mi opinión, este paradigma se edifica sobre dos pilares. Por una parte, no se puede ignorar el componente histórico como justificación del origen del Estado autonómico. Se trata de un parámetro que no es nuevo, pero que adquiere una nueva dimensión con la entrada en vigor de la CE. Por otra parte, debe introducirse el componente democrático, como justificación del origen del Estado compuesto y como fundamento de la voluntad constituyente. Es este un parámetro que considero esencial, aunque debe advertirse de antemano que este fundamento no ha sido realmente reflejado en la jurisprudencia constitucional para dirimir el conflicto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia civil. En suma, se quiere sostener que la configuración del Estado compuesto es un reflejo de la historia presente en la CE y una expresión democrática del pluralismo territorial que posteriormente debe proyectarse sobre la interpretación del art. 149.1.8ª CE.

1. La configuración del Estado compuesto como una apelación a la historia

14. No puede negarse que en la conformación compuesta del Estado y en las consecuencias institucionales que se derivan de dicha estructura, se encuentran ecos que provienen de la historia. De hecho, en sede constitucional hay diversas apelaciones a la historia con relación a la organización territorial del Estado. Aunque el TC ha negado taxativamente que el ejercicio de las competencias se fundamente en derechos históricos⁵⁰, es evidente que las circunstancias históricas están presentes en la CE y en la jurisprudencia constitucional. Así puede constatarse en distintas previsiones constitucionales.

15. Para empezar el propio art. 143 CE, fundamento general para la constitución de las CCAA⁵¹, en su primer párrafo, parte de la historia para que “las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes” o “las provincias con entidad regional histórica” puedan acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas y, consecuentemente, el art. 147 CE se refiere a la “identidad histórica” como elemento de denominación de cada CA⁵². De manera más evidente se constata esta apelación en la Disposición transitoria segunda. En dicha disposición existe una remisión implícita, por no decir oculta, al régimen jurídico republicano. En efecto, la referida disposición previó la tramitación de los estatutos de autonomía con acceso inmediato al marco de competencias previsto en el art. 148.2 CE, sin necesidad de que hubieran transcurrido los cinco años a que dicho artículo se refiere, a aquellos territorios que hubieren plebiscitado afirmativamente en el pasado proyectos de estatuto de autonomía, y al tiempo de promulgarse la Constitución contaren con regímenes provisionales de auto-

2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Sobre la incidencia de la doctrina germánica y de la configuración alemana del ordenamiento, *vid. op. cit.* V. FERRERES COMELLES, “The Evolution and Gestalt of the Spanish Constitution”, pp. 558-559.

⁴⁸ El término es también deliberado. Más que *constituir* un nuevo paradigma se crean las bases para *construir* un nuevo paradigma.

⁴⁹ *Vid.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España. Elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico”, *Revista catalana de dret públic*, 2011, 43, pp. 121-149, en particular, p. 122, que considera que el pacto constituyente sentó las bases para “la transformación del Estado unitario y centralista, que había presidido casi toda nuestra historia política y constitucional, en un Estado políticamente descentralizado.”

⁵⁰ *Vid. infra* párrafo 16.

⁵¹ Sin perjuicio de que en su segundo párrafo contenga, junto con el art. 146 CE, una de las vías de acceso a la autonomía, y que existan otras vías de acceso, cabe partir de las características fijadas en el art. 143 CE, en conexión con el art. 2 CE, para establecer quien tiene derecho a la autonomía. *Vid.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, Edersa, pp. 165-239, en particular p. 195; aunque en el segundo caso el sujeto es más complejo por la participación del pueblo en plebiscito o referéndum, *vid.* p. 213. En el mismo sentido, *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 122, destacando, sin embargo, el carácter distintivo que tiene el art. 151 CE frente al art. 143 CE.

⁵² *Vid.* el escrito de alegaciones formulado por el Gobierno de la Generalitat en la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 17).

mía. La disposición posibilita el acceso directo a las competencias que van más allá del marco establecido en el art. 148 CE a aquellas entidades territoriales que históricamente habían demostrado voluntad de autogobierno, sin necesidad de cumplir los requisitos del artículo 151.1 CE. Estas entidades no son otras que las llamadas comunidades históricas, Cataluña, País Vasco y Galicia, que vigente la legalidad republicana⁵³, accedieron a la autonomía o estuvieron a las puertas de acceder a ella y que además han sido históricamente las que han promovido la conformación del Estado compuesto⁵⁴. Se ha alegado además que la referencia al pasado existente en la Disposición transitoria segunda debería permitir la consideración de los derechos históricos para “incorporar y actualizar el alcance y la configuración especial que la Constitución reservó a los territorios que en el pasado habían plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (disposición transitoria segunda)”⁵⁵.

16. Asimismo, en la disposición adicional primera se establece una cláusula de amparo y respeto a los derechos históricos de los territorios forales, que hunde también sus raíces en circunstancias históricas. El TC ha negado reiteradamente que la Disposición adicional primera pueda proyectarse sobre la norma de competencia prevista en el art. 149.1.8ª CE, basando sus argumentos, primero, por consideración al alcance territorial de la expresión “territorios forales” que integra en su ámbito de aplicación exclusivamente a los territorios comprendidos geográficamente en la CA del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra⁵⁶ y, segundo, porque ha restringido materialmente su ámbito de aplicación a las instituciones de autogobierno de derecho público⁵⁷. Asimismo, ha afirmado que los derechos históricos son susceptibles de ser invocados en cuanto están recogidos por la Norma Fundamental.

17. Cabe colegir así que no se ampara que los derechos históricos antecedentes a la Constitución⁵⁸

⁵³ En el periodo de la Segunda República se aprobaron dos estatutos de autonomía, el de Cataluña en 1932 y el del País Vasco en 1936. El de Galicia no llegó a ser aprobado por las Cortes, pero sí plebiscitado afirmativamente en 1936.

⁵⁴ Especialmente Cataluña y el País Vasco, *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 36, 2, 1993, pp. 45-68, en particular p. 51, pero con mayor rotundidad aun en p. 55: “La suerte del proceso de transición democrática estaba indisociablemente ligada a la autonomía vasca y catalana, como lo estuvo en la II República y porque lo estuvo entonces. En estos dos casos había que enlazar y restablecer o restaurar. Había problemas políticos de ser o no ser. No se trataba de cómo estructurar mejor el poder territorial del Estado, sino, en el límite, de formar o no parte de ese Estado. No es —ni era— que el problema autonómico vasco y catalán sea o fuera más importante que otros: es que era y es otro problema, un problema distinto al de la configuración autonómica o no de otras partes de España, llamémoslas pueblos, tierras, regiones o comunidades. Era y es otra cosa”.

⁵⁵ *Vid.* las alegaciones del Parlamento de Cataluña al recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 que dio lugar a la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 18), recogidas por el Magistrado EUGENI GAY MONTALVO en su voto particular que afirma a continuación, ya en el punto 6, que “(...), la Sentencia incurre en un positivismo exacerbado, casi afirmando que no existe nada antes de la Constitución. Sin embargo, ésta, que ciertamente es el fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico, obedece asimismo a una realidad preexistente, que modula y explica al mismo tiempo el orden jurídico resultante. En este sentido, los derechos históricos de Cataluña son fundamento del autogobierno de Cataluña, cuyos elementos singulares recoge el art. 5 EAC, que la Constitución Española permitió recuperar, pues ciertamente el constituyente no ha actuado al margen de la historia de España ni la Constitución es resultado de un hecho espontáneo.”

⁵⁶ Doctrina que se ha mantenido sin variaciones desde la STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 2, declarando que se hace referencia “a ‘aquellos territorios’ integrantes de la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los decretos de nueva planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus propios fueros (entendidos tanto en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral”.

⁵⁷ *Vid.* STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, “(...) el sentido de la Disposición adicional primera C.E. no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda C.E.), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularización (*sic*) a determinadas partes del territorio de la Nación.”

⁵⁸ Como ha declarado el TC (*vid.* STC 158/2019, FJ 5, reiterando la doctrina establecida en la STC 76/1988, de 26 de abril), refiriéndose a la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Aragón, de acuerdo con la cual *la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución*, ni los títulos competenciales ni el conjunto de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad “son el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven

fundamenten por sí solos los poderes de la CA⁵⁹, pero ello no impide una comprensión amplia⁶⁰ de las competencias que constitucionalmente se asumen como consecuencia de la constitución de una Comunidad Autónoma, si se tiene en cuenta que uno de sus fundamentos es la existencia de “características históricas” comunes o la existencia de una “entidad regional histórica” o la consideración de “nacionalidad”, que lleva implícita una carga histórica. Ciertamente, estas disposiciones no se refieren específicamente a la competencia en materia civil, pero constituyen una base sobre la que esa competencia debe ser interpretada porque forman parte de los fundamentos sobre los que se dispuso la organización del Estado compuesto. En este sentido, se ha apuntado que la generalidad de la redacción de la disposición adicional primera da pie a que pueda servir como dato de interpretación del artículo 149.1.8ª CE⁶¹.

En realidad, el propio TC ha tenido en cuenta, sino la vinculación de la disposición adicional primera con el articulado estatutario, sí el influjo de los derechos históricos al enjuiciar la constitucionalidad del art. 5 EAC⁶² en la STC 31/2010, de 28 de junio. En efecto, aunque se descarte que el EAC recabe “una facultad de actualización de los derechos históricos” en el sentido reservado por la Constitución a los territorios forales en su disposición adicional primera, el TC admite que “El art. 5 EAC sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa. Sin embargo, el enunciado íntegro del artículo permite descartar esa interpretación, así como la de que con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Tanto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña invocados por el precepto son únicamente aquellos «de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat», según concluye el propio art. 5 EAC. Se trata, pues, de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicio-

unos derechos anteriores y superiores a ella [la Constitución], sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones ‘históricas’ anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma disposición adicional primera CE y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.” Descartando que mediante una norma estatutaria se vacíe de contenido la previsión constitucional o la interpretación que de ella ha hecho el TC. Así lo pone también de manifiesto E. MARZAL YETANO, “Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes:

⁴¹ caso español”, *Revista de Estudios Políticos*, 2021, 192, pp. 127-153, en particular p. 139, citando las SSTC 76/1988, FJ 3, 247/2007, FJ 4 a), 259/2015, FJ 4 y 42/2014, FJ 3, aunque reconoce que existen realidades sociohistóricas previas, pero desde la perspectiva jurídico-constitucional se trata de sujetos constituidos a partir de su reconocimiento constitucional.

⁵⁹ Como sucedió con la Ley de las Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, que propició la STC 158/2019, de 12 de diciembre, y en la que se declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos que contenían una invocación a los derechos históricos, en particular en el art. 2 de la mencionada conforme a los siguientes términos: *Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés, del que emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón, y serán amparados y respetados por todos los poderes públicos*, que, sin duda, dificultaban su admisión constitucional. Se estableció la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones en la medida en que los “derechos históricos” se constituían en fundamento del poder autonómico o en el origen de este o en la finalidad de su ejercicio *vid.* STC 158/2019, FJ 5).

⁶⁰ Como pone de manifiesto el escrito de alegaciones formulado por el Gobierno de la Generalitat: “No se trataría de crear una doble legitimidad —una acorde al principio democrático y otra de raíz historicista— sino de plasmar una constatación histórica asumida por los textos normativos actuales legitimados por el poder constituyente”, STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (antecedente 17), recogido también por el Magistrado EUGENI GAY MONTALVO en su voto particular.

⁶¹ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, 1, pp. 15-82, en particular p. 50, poniendo de relieve que el sentido de las palabras “conservación, modificación y desarrollo” enlaza con el derecho que tienen determinadas CCAA a actualizar su propio Derecho civil. Sobre la relevancia del fundamento histórico, *vid.* W. KYMLICKA, “Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations”, *Political Theory*, 2018, 46 (1), pp. 81-91, en particular pp. 84-85, al evidenciar que las reclamaciones de los derechos de las minorías pueden ser entendidas como intentos para restaurar los fundamentos históricos sobre los cuales se legitimó inicialmente la estructura territorial del Estado.

⁶² Conforme a esta disposición, *El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat.*

nal primera de la Constitución. Y ello porque se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico. Con ese limitado alcance, por completo diferente al que la Constitución ha reconocido a los derechos de los territorios forales de la disposición adicional primera, el art. 5 EAC anticipa el elenco de competencias que, de acuerdo con la Constitución, atribuye a la Comunidad Autónoma en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña.”⁶³. El TC acaba concluyendo que el art. 5 EAC “no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que su inciso ‘en los derechos históricos del pueblo catalán’ no remite al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma.”, pero, como veremos, es antecedente del argumento que más adelante el propio TC va a desarrollar en la STC 132/2019⁶⁴.

18. Por último, aunque va a ser objeto de análisis en los epígrafes IV y V, cabe subrayar que el art. 149.1.8ª CE también considera el componente histórico en la atribución de competencia en materia de derecho civil⁶⁵. Así es, en la medida en que esta competencia solo se atribuye a las CCAA en donde exista derecho civil propio al entrar en vigor la CE. Por consiguiente, a diferencia de lo que sucedía en el periodo republicano, la determinación de los sujetos competentes con potestad legislativa en materia civil tiene una evidente raíz histórica, de la cual la jurisprudencia constitucional extrae también una delimitación en el alcance de la competencia atribuida⁶⁶.

19. Hay otro dato que, por más obvio que sea, no debe ser olvidado. Esta descentralización y configuración del Estado compuesto no es solo una proyección consecuenta con la historia⁶⁷, es ante todo manifestación democrática tanto del pluralismo político como del pluralismo territorial derivado del reconocimiento jurídico de nacionalidades y regiones en España.

⁶³ Vid. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10.

⁶⁴ En efecto, el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS en su voto particular a la STC 82/2016, de 28 de abril, expone su argumentación mediante el significativo título “Los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía”, dicha argumentación adquiere relevancia porque este fue un punto destacado posteriormente por el TC en la STC 132/2019, de 13 de noviembre, acerca del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, para afirmar que “el ordenamiento jurídico ha de contemplarse en su conjunto, como un sistema normativo dotado de estructura y coherencia interna y el mandato constitucional permite y avala su crecimiento orgánico”, vid. STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 4 (de la que fue ponente el mencionado Magistrado, J. A. XIOL RÍOS. Debe advertirse, sin embargo, que sintomáticamente en el FJ 10 de la STC 31/2010, de 28 de junio, reproducido en el texto principal, declara primero que los derechos históricos se refieren “a derechos y tradiciones de Derecho privado (...)”, y circunscribe inmediatamente después el elenco de competencias que derivan de la noción constitucional de los derechos históricos contemplados en el art. 5 EAC “en el ámbito de la lengua, de la cultura y de la educación y hace explícitas las razones que justifican el concreto sistema institucional en el que se organiza la Generalitat de Cataluña”, sustrayendo aquí el derecho civil al que también hace referencia el art. 5 EAC y del que se ocupa más adelante el TC en el FJ 76 de la STC 31/2010, de 28 de junio. ¿Se trata de una casualidad o hay un propósito deliberado? Y, si se trata de un propósito deliberado, ¿no hay contradicción en el párrafo reproducido en el texto principal cuando alude primero “a derechos y tradiciones de Derecho privado (...)” y después elude “el derecho civil” al que se refiere el art. 5 EAC

⁶⁵ *A contrario* vid. STC 88/1993, de 12 de marzo, “la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E.” (el destacado es del autor); asimismo, vid. STC 158/2019, de 12 de diciembre de 2019, FJ 5, donde el TC declara “Desde un punto de vista general, no se puede objetar nada al mandato de que la interpretación jurídica tenga en cuenta los «antecedentes históricos». Dicho método de interpretación está perfectamente integrado en el ámbito del derecho privado (arts. 149.1.8 CE y 71.2 EAAr)”.

⁶⁶ Vid. *infra* párrafo 44.

⁶⁷ Se hace referencia al principio de espontaneidad como uno de los principios de la organización autonómica, entendido como el respeto a los hechos jurídicos o económicos ya existentes que provienen del curso de la historia y tienen una consistencia tradicional, vid. *op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 186, aludiendo tanto al art. 149.1.8ª CE, como disposiciones adicionales 1 a 4, y a las disposiciones transitorias 2.ª y 4ª.

2. La configuración del Estado compuesto como una exigencia democrática

20. El modelo de Estado creado a partir de la CE y, en particular con base en el art. 2 CE, consagra el derecho a la autonomía como uno de los principios jurídico-políticos de organización, que se configura tanto como una expresión del reconocimiento, cuanto como una garantía de la aceptación de las nacionalidades y regiones en el marco de la unidad indisoluble de la Nación española⁶⁸. Se trata de dos principios estructurales de la organización territorial del Estado que adquieren en la CE la naturaleza de fundamentos del ordenamiento, razón por la cual determinan “implícitamente la forma compuesta del Estado en congruencia con la cual han de interpretarse todos los preceptos constitucionales”⁶⁹. Así, el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las CCA que se constituyan, gozando todas estas instituciones de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, conforme al art. 137 CE. Este es el pórtico de entrada a la organización territorial del Estado prevista en el título VIII CE del que se deriva el principio de garantía institucional proclamado por el TC⁷⁰, aplicado respecto de la autonomía local de municipios y provincias, y que en cierta medida puede ser extensible a las CCAA⁷¹. En efecto, aunque no es una garantía institucional en sentido técnico como la que se aplica a municipios y provincias, existe un paralelismo en la protección de su capacidad de autogobierno, especialmente por lo que se refiere a las competencias básicas⁷². El derecho a la autonomía, con potestad legislativa, conforma un régimen caracterizado por la diversidad en la unidad⁷³, de lo que se infiere un reconocimiento dispar en la capacidad de autogobierno. Esto es evidente en la atribución de competencia en materia civil prevista en el art. 149.1.8ª CE.

21. Uno de los principales factores que comporta una alteración de raíz respecto a la pluralidad normativa en derecho civil en contraste con el régimen anterior es la pluralidad de polos de producción

⁶⁸ *Vid. op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 169; igualmente, *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 127.

⁶⁹ *Vid.* STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2.

⁷⁰ *Vid.* STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, conforme a la cual “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional (...) Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas.”

⁷¹ *Vid.* STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, “La primera y más alta de las entidades a que se refiere el art. 137 de la Constitución es, por supuesto, la Comunidad Autónoma (...)”, de ahí que dicho principio pueda proyectarse a las CCAA, por ejemplo en el ámbito del desarrollo y ejecución del derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, la distribución de competencias configurada por el bloque de constitucionalidad debe aplicarse al derecho europeo, *vid.* E. AJA FERNÁNDEZ, J. GARCÍA ROCA, J. A. MONTILLA, L. DíEZ BUESO, “Reflexiones sobre una posible reforma constitucional del sistema autonómico”, *Informe Comunidades Autónomas*, 2015, pp. 71-83, en particular p. 79; o bien con el propósito de que su “identidad institucional” no quede desfigurada, *vid.* STC 52/2017, de 10 de mayo, FJ 5.

⁷² Como se puso de manifiesto, “el acceso de las nacionalidades y regiones a la autonomía aparece regulado en la Constitución de acuerdo con unos principios dispositivos que permiten que el régimen autonómico se adecue en cada caso a las peculiaridades y características de esas regiones y nacionalidades”, *vid.* STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2.

⁷³ *Vid.* STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 4, resulta “forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución. Desde ella, y en su marco, los Estatutos de Autonomía confieren al Ordenamiento una diversidad que la Constitución permite, y que se verifica en el nivel legislativo, confirmando a la autonomía de las Comunidades Autónomas el insoslayable carácter político que le es propio”. Asimismo, STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2, “el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico público de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las autonomías.” Anteriormente, en STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, ya se aludía al equilibrio necesario entre la autonomía y la cohesión del conjunto del Estado español en el marco de los artículos 2 y 137 CE, del que se extrae “que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo” sin perjuicio “del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación”.

normativa, que constituye un elemento que reconfigura por completo la estructura del Estado⁷⁴. El art. 149.1.8ª CE encarna esta radical transformación, que es producto del reconocimiento de la diversidad territorial y esencia del pacto constitucional⁷⁵. La asunción estatutaria de la competencia en materia de derecho civil como expresión de la voluntad autonómica para ejercer la potestad legislativa constitucionalmente prevista constituye una premisa sin la que no se va a poder desarrollar dicha competencia⁷⁶. Una afirmación tan evidente de acuerdo con los parámetros constitucionales es, por el contrario, impensable con base en el art. 13 CC porque manifiesta no solo un reconocimiento de la pluralidad de derechos civiles, sino una *potestas* para regular de acuerdo con los intereses de política legislativa propios de cada comunidad autónoma⁷⁷.

22. El sentido y alcance del art. 149.1.8ª CE debe tener presente el significado constitucional que cabe atribuir a la organización territorial del poder que se fue concibiendo en el periodo preconstituyente y constituyente. El espíritu y finalidad que posee esta norma de atribución exigen tener en cuenta el carácter fundacional del Título VIII CE y la función que despliega en la articulación del ordenamiento jurídico. Sin estas consideraciones no puede realizarse una correcta interpretación de la incidencia del art. 149.1.8ª CE sobre el Capítulo V del Título preliminar del CC. La profunda transformación que acarrea la CE deriva esencialmente de dos pilares que en España están inextricablemente unidos. Por una parte, se instaura un régimen democrático de derechos y libertades. Por otra parte, el Estado, como expresión democrática de una sociedad plural, se constituye en Estado compuesto. La particular composición de España –debido a la convivencia de distintas lenguas, distintas culturas y distintas dinámicas sociales regidas por Derechos civiles de alcance diverso– y las demandas en favor de la autonomía realizadas cuando aún pervivía el régimen franquista dificultan aban la instauración de una democracia con una regulación institucional fundada exclusivamente en el universalismo liberal, basado en la igualdad de derechos individuales sin distinciones culturales. No se trataba simplemente de adoptar una “política de la diferencia” que permitiera el reconocimiento de las diversas identidades culturales⁷⁸. Se asumía que el nuevo régimen debía recoger una reorganización formal del poder estatal del que se derivara un reconocimiento de las comunidades que lo integraban⁷⁹. De esta manera, la organización territorial del Estado no se reduce a una mera descentralización administrativa, ni tampoco se lleva a cabo solo un reparto territorial del poder para implicar a la ciudadanía en la toma de decisiones o de crear una mayor cercanía entre los ciudadanos y el gobierno (o los distintos gobiernos que configuran el Estado complejo). En el sentido de que el poder se divide y eso favorece la proximidad de los ciudadanos a los centros de decisión. Siendo todo esto cierto, el alcance del reparto territorial del poder va más allá en la CE, dado que implica el reconocimiento de la diversidad y de la diferencia⁸⁰.

⁷⁴ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, 25, p. 17.

⁷⁵ Por el contrario, vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, “Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978”, *Revista de Estudios Regionales*, 1980, núm. extraordinario, Vol. 11, p. 185, manteniendo que el art. 149.1.8ª CE se asienta en un planteamiento historicista.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional ha abordado en diversas sentencias el principio dispositivo y el derecho al autogobierno de las CCAA; aunque siempre bajo la “fuerza normativa dominante de la CE como *lex superior* de todo el ordenamiento”, así la STC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 3; o en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 o FJ 12, entre muchas otras, y, en particular, la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76, que limita la competencia exclusiva en materia civil a la interpretación que del art. 149.1.8ª CE había venido realizando el TC en su jurisprudencia. Sobre esta asunción estatutaria vid. E. ROCA TRÍAS, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, AHDE, tomo LXXXII, 2012, pp. 175-200, en particular pp. 185-188.

⁷⁷ Vid. STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 12, “el Estatuto es vehículo de la pretensión de autonomía de un determinado territorio y manifiesta la voluntad del Estado, expresada en el marco prefigurado para ello en la Constitución, de nacimiento y configuración de un ente, la correspondiente Comunidad Autónoma, dotado de autonomía. Una autonomía que tiene naturaleza política y no meramente administrativa en virtud del mandato constitucional”, en relación con las CCAA que accedieran a la autonomía por la vía del art. 151 CE, pero que en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 5 se hace extensiva a todas las CCAA con independencia de la vía de acceso seguida.

⁷⁸ Vid. CH. TAYLOR, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton, 1992, que centra su enfoque más en políticas públicas de reconocimiento de la diversidad cultural que en la estructura del Estado.

⁷⁹ Vid. *op. cit.* W. KYMLICKA, “Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations”, pp. 83-84, destacando que las reclamaciones de las minorías suelen ser, en esencia, un desafío a las afirmaciones de soberanía estatal

⁸⁰ Vid. *op. cit.* L. SÁNCHEZ AGESTA, J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 2º: Las autonomías”, p. 182, hacen referencia a una ver-

No obstante, este reconocimiento se efectúa sin prever derechos colectivos para las minorías culturales. En este sentido, la CE responde más a un modelo descentralizado en clave territorial⁸¹, en el que la soberanía reside en el pueblo español, que a una verdadera teoría de los derechos culturales colectivos. La organización autonómica del Estado no establece derechos colectivos culturales ni representación territorial en las instituciones del Estado, pero puede observarse que las CCAA ejercen competencias asumidas en función de su singularidad e idiosincrasia. En realidad, el reconocimiento de la diferencia y la asimetría entre las CCAA se expresa en el proceso de acceso a las CCAA, en el tiempo de asunción de las competencias, en la configuración institucional y en las competencias atribuidas⁸². Precisamente, una de ellas es la competencia en materia civil conferida de acuerdo con el art. 149.1.8ª CE que, como es sabido, no puede ser asumida por todas las CCAA⁸³.

23. En España el reconocimiento de las entidades territoriales es producto de las demandas de autogobierno que son legalmente asumidas incluso con carácter previo a la transformación jurídico-política llevada a cabo con la culminación del proceso constituyente⁸⁴. Puede llegar a decirse que las preautonomías, al anticipar el modelo de Estado con carácter inmediatamente anterior al proceso constituyente constituyen, en sí mismas, una plasmación de la voluntad constituyente. Cabe observar, sin embargo, que la organización territorial, e incluso el proceso de transición democrática, está indiscutiblemente vinculado a la presión ejercida especialmente desde Cataluña y el País Vasco⁸⁵. En este sentido, la Exposición de motivos del primero de los reales decretos-ley ilustra a la perfección el reconocimiento

tiente doble derivada de la autonomía, como un derecho reconocido y como un principio organizativo general del Estado para suscitar nuevas capacidades de decisión y participación.

⁸¹ *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 20; *vid. op. cit.* F. J. PÉREZ ROYO, “La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España”, p. 124, que precisa que se trata de una descentralización política.

⁸² El diseño constitucional español original preveía un modelo de organización autonómica con dos tipos de CCAA, que se diferenciaban principalmente por la velocidad y el alcance del proceso de autonomía. La vía lenta estaba prevista en el art. 143 CE, que al mismo tiempo se configura como el precepto base para el alcance a la autonomía, estableciendo un procedimiento más gradual para acceder a la autonomía y una limitación de las competencias. La vía rápida se contemplaba en la DT segunda (Cataluña, el País Vasco y Galicia) y en el art. 151 CE, que contemplaba un acceso directo, aunque con un procedimiento más exigente en el caso del art. 151 CE, y con una autonomía más amplia, en la medida que podían asumir directamente todas las competencias no reservadas al Estado (dentro del marco de los artículos 148 y 149 CE).

⁸³ Sobre este particular, *vid. infra* párrafo 45 y ss.

⁸⁴ Las preautonomías, con reflejo en las disposiciones transitorias de la CE, constituyen un antecedente de lo que será la clave de bóveda de la organización territorial del Estado. *Vid.* Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña; Real Decreto-ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Vasco (cabe apuntar que anteriormente se había adoptado el Real Decreto-ley 20/1976, de 30 de octubre, por el que se deroga el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, sobre régimen económico-administrativo de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya; la fecha es significativa porque este Real Decreto-ley se adoptó con antelación a las elecciones de 15 de junio de 1977, comicios que eligieron las Cortes constituyentes). Posteriormente se adoptaron el Real Decreto-ley 7/1978, de 16 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Galicia; Real Decreto-ley 8/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Aragón; Real Decreto-ley 9/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el Archipiélago Canario; Real Decreto-ley 10/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Valenciano; Real Decreto-ley 11/1978, de 27 de abril, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Andalucía; Real Decreto-ley 18/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el Archipiélago Balear; Real Decreto-ley 19/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Extremadura; Real Decreto-ley 20/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Castilla y León; Real Decreto-ley 29/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Asturias; Real Decreto-ley 30/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Murcia; y Real Decreto 32/1978, de 31 de octubre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para la región castellano-manchega. Navarra constituye un caso aparte, no por el hecho de que hubiera dudas de su voluntad de autogobierno, pero lo cierto es que no fue reconocida como preautonomía y accedió a la autonomía mediante la LORAFNA, como expresión y reconocimiento de la foralidad -término perfectamente adecuado en este caso-, basándose en la potestad que le confería la DA primera CE para mantener el régimen foral específico de Navarra. Más tarde se constituyeron las CCAA de Madrid, La Rioja y Cantabria sin haber sido previamente preautonomías ni haber formado parte de ninguna preautonomía. Ceuta y Melilla, al amparo del art. 144.b) CE, se constituyeron en ciudades autónomas mediante LO 1/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Ceuta y LO 2/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Melilla.

⁸⁵ *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 19.

que se estaba llevando a cabo y las consecuencias que éste conllevaba⁸⁶. Este Real Decreto-ley tiene además dos particularidades que ponen de manifiesto, por una parte, la voluntad de reconocer de manera articulada la compleja composición del Estado y, por otra, la voluntad de “tender un puente con la ruptura cuya legitimidad se rechazaba”⁸⁷. En efecto, el Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña entronca directamente con la legalidad republicana en la medida en que se restablecía una institución que había sido abrogada por el régimen anterior precisamente con la aprobación de la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de abril de 1938 que derogó el Estatuto de Cataluña de 1932. El Real Decreto-ley 41/1977, como lo fue el Real Decreto-ley 20/1976, de 30 de octubre, por el que se deroga el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, sobre régimen económico-administrativo de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya⁸⁸, son textos de alto calado político y jurídico porque conforman el proceso constituyente. No cabe ignorar que se trata de normas con un contenido más simbólico que real y efectivo, tampoco hay que olvidar que tienen un carácter provisional y ni tan siquiera cabe desconocer que fueron la anticipación de un proceso generalizado del “sistema preautonómico” para implantar la “autonomía para todos”⁸⁹. No obstante, lo que se pretende subrayar es que hay un propósito fundacional que forma parte del pacto constitucional cuyo contenido incluye el reconocimiento del autogobierno y la atribución de la potestad legislativa en atención a la identidad de los entes territoriales que se van conformando. En este sentido, forma parte de esta identidad la voluntad históricamente manifestada de regular las relaciones entre particulares. Así es, se instaura un régimen democrático, se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE) y se establece un reparto territorial de competencias entre las que se incluye la competencia legislativa en materia civil, cuyo contenido hay que admitir que dista de ser nítido⁹⁰.

24. Por consiguiente, aunque decíamos que el Estado, como expresión democrática de una sociedad plural, se constituye en Estado compuesto, creo que, con mayor radicalidad aun, puede afirmarse que es una exigencia democrática que en España el Estado sea compuesto⁹¹. Se abre así un escenario completamente distinto al que hasta entonces había estado vigente, sin olvidar el paréntesis republicano que inevitablemente es tomado como referencia. El reflejo constitucional de la organización territorial es buena muestra de que la causa y origen de dicha organización se encuentra en el reconocimiento del pluralismo cultural, social y lingüístico. Debe entenderse que ello fundamenta también el reconocimiento del pluralismo jurídico en materia civil por vía del art. 149.1.8ª CE. En cualquier caso, se trata, sin duda, del reconocimiento al autogobierno de entidades territoriales con personalidad propia que responde a un modelo que trasciende una mera descentralización administrativa⁹².

25. Este es un punto que, a mi juicio, merece ser subrayado porque determina una nueva visión y caracterización de la plurilegislación civil frente a la que había existido hasta entonces. Si consideramos

⁸⁶ La primera frase del Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña es un ejemplo paradigmático de este reconocimiento “La Generalidad de Cataluña es una institución secular, en la que el pueblo catalán ha visto el símbolo y el reconocimiento de su personalidad histórica, dentro de la unidad de España.”, en la medida en que se reconoce la institución, se reconoce la historia y el origen, se reconoce la voluntad del pueblo catalán y se establece el marco en el que este reconocimiento se produce, la unidad de España.

⁸⁷ *Vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase...”, p. 53.

⁸⁸ El Preámbulo es una declaración explícita de los ejes sobre los cuales se iba a construir el proceso constituyente, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase...”, p. 54 y nota 21.

⁸⁹ *Vid. infra* nota 106.

⁹⁰ De ahí la necesidad de disponer de todos los elementos para interpretar el precepto. *Vid. infra* epígrafes IV y V.

⁹¹ Se trata, en cualquier caso de una articulación territorial tan arraigada que, como apunta J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “El Estado autonómico como Estado compuesto”, *Revista de Estudios Políticos*, 2000, 110, pp. 9-25, en particular p. 18, “Si afirmamos, cosa que hoy nadie dudaría, la determinación descentralizada de la democracia española, una rectificación cualitativa de nuestro sistema autonómico, a la vista de la afectación a la condición democrática del Estado, sería considerada desde un punto de vista jurídico más una supresión insoportable que una restricción aceptable.”, refiriéndose a la posibilidad de una reforma constitucional que alterara los rasgos esenciales de la organización territorial del Estado, sin la aprobación de las CCAA, pese a que ésta esté explícitamente prevista en la CE.

⁹² *Vid. op. cit.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Artículo 13”, que subraya que la diversidad legislativa se constituye “como un rasgo de identidad política de la organización jurídica de España” (*cf.* arts. 2; 137; 138, 1; 143, 1; 149, 1, 8.a; 149, 3; 150, 3, entre otros, de la C. E.)”.

en primer lugar la estructura institucional se constata que, en efecto, la estructura territorial del Estado deja de ser unitaria y centralizada. El factor que origina un cambio sin apenas precedentes en la historia constitucional española es la posibilidad de que la regulación de los llamados derechos forales no sea adoptada por el legislador estatal como había sucedido hasta la fecha. De esta manera, la plurilegislación civil toma una dimensión absolutamente inédita al preverse la intervención de distintos actores legislativos que actúan en representación del pueblo de distintos territorios con intereses y políticas legislativas propios⁹³. Es así como la pluralidad legislativa hace honor a su sentido porque hay una pluralidad de legisladores. En otras palabras, sin dicha pluralidad, el ordenamiento plurilegislativo es tan inerte como inánime. Así, pese a la unidad del ordenamiento en cuyo vértice se encuentra la CE⁹⁴, los llamados derechos civiles, forales o especiales, son fruto de la “voluntad autonómica” de cada una de las CCAA que pueden tener competencia en materia de derecho civil⁹⁵. En suma, la atribución de competencia en materia de legislación civil adquiere pleno sentido por la proyección del Preámbulo⁹⁶ y del art. 2 CE⁹⁷ en la conformación del Estado, del que son manifestación los distintos procedimientos previstos para el acceso a la autonomía.

26. La pluralidad legislativa del ordenamiento español entronca directamente con la configuración compuesta del Estado establecida conforme a la CE. Se asiste, en consecuencia, al inicio de una pluralidad normativa que deja de ser unidimensional en la medida en que escapa del control de un solo legislador, el estatal. Por ello, puede afirmarse que las claves de la interpretación del art. 149.1.8ª CE no se encuentran en el art. 13 CC⁹⁸ que, como es obvio, deja de tener la función constitucional y constitutiva que poseía en el paradigma codificado⁹⁹. El precepto constitucional acaba definitivamente con

⁹³ Se trata de “hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución”, conforme a la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, FJ 9.

⁹⁴ El Estado tiene un fundamento unitario al reposar sobre una soberanía nacional y un único poder constituyente, *vid.* I. DE OTTO, *Derecho constitucional*, Barcelona, 1987, pp. 245-254.

⁹⁵ Sin privar a las CCAA con Derecho civil propio de llevar a cabo la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil, nada impide que éstas opten por no ejercer dicha competencia, que debe ser recogida en el correspondiente Estatuto de autonomía. *Vid.* la doctrina mantenida desde la STC 88/1993, de 12 de marzo, poniendo de manifiesto que la arrogación de competencia en este ámbito es voluntaria. “El artículo 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, también introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades Autónomas competencia para su conservación, modificación y desarrollo” (la cursiva es del autor), doctrina que evidencia el ejercicio de la competencia en cuanto fruto de una voluntad que debe ser respetada.

⁹⁶ *Vid.* el Preámbulo de la Constitución, *La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.*

⁹⁷ *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*

⁹⁸ Se ha mantenido incluso que la entrada en vigor de la Constitución supuso una derogación pura y simple del art. 13 CC al ser desbordado por las previsiones constitucionales. *Vid.* J. LACRUZ BERDEJO, “El ocaso del artículo 13 (antes 12) del Código civil”, *Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización del derecho civil*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1983, p. 263 y ss. *Vid.* sin embargo R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 13 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pp. 150-151, que ve reforzado el precepto por los arts. 149.1.8ª CE y 149.3 CE.

⁹⁹ La función del art. 13 CC, y del Código civil en general, en el ordenamiento constitucional fue una de las argumentaciones sobre las que se basó el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, “Primera Ley del Código Civil de Cataluña”, que generó las alegaciones presentadas por el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. (*vid.* ATC 349/2003, de 29 de octubre, por el que se levanta la suspensión y ATC 421/2004, de 3 de noviembre, por el que se acuerda el desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad 2099-2003, planteado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código Civil de Cataluña). Este caso refleja claramente el debate sobre el equilibrio entre la unidad del ordenamiento jurídico español y el reconocimiento del derecho civil propio de las comunidades autónomas con tradición jurídica diferenciada, como Cataluña. La posición del Presidente del Gobierno se centraba en el papel del Código Civil como norma común y unificadora, argumentando que el art. 13 CC tiene un papel integrador en el ordenamiento jurídico español, actuando como marco común

el carácter provisional de los llamados derechos civiles, forales o especiales. Pero, a diferencia del art. 13 CC, esto no es más que un punto de partida porque el dato que, sin duda, comporta un vuelco radical es la existencia de una pluralidad de legisladores. De esta manera, hasta ahora se ha tratado de exponer los fundamentos del Estado compuesto poniendo de manifiesto que el modelo construido en el art. 13 CC se ve ampliamente rebasado por el paradigma constitucional, de ahí aquella referencia efectuada anteriormente a “la contraposición de voluntades entre la subsistencia de un ordenamiento unitario y la conformación de un ordenamiento plurilegislativo en materia civil”¹⁰⁰. En definitiva, se transforma radicalmente la estructura institucional del Estado y, en menor medida, la configuración del ordenamiento. Ello afecta a los ejes de relación vertical y horizontal entre los distintos derechos civiles en el ámbito civil e interregional cuya dinámica ya no puede ser analizada solo a la luz del art. 13 CC, sino esencialmente a la de la CE y, en particular, a la del art. 149.1.8ª CE.

A continuación, debemos centrarnos propiamente en la regla de atribución de competencia que posibilita que determinados legisladores autonómicos puedan legislar también en materia de derecho civil.

IV. Presentación del art. 149.1.8ª CE: dificultades y problemas interpretativos

1. El art. 149.1.8ª como muestra de las dificultades de la creación de un Estado compuesto

27. La construcción de un Estado compuesto en un marco constitucional implica un equilibrio delicado entre las competencias del Estado y las de las entidades territoriales que lo integran. En referencia al art. 149.1.8ª CE, se establece una dualidad entre la competencia exclusiva del Estado en legislación civil y el reconocimiento de los derechos civiles de ciertas CCAA, cuyo origen se encuentra en los derechos preexistentes de estas CCAA, y la correlativa atribución de competencia. En este sentido, el art. 149.1.8ª CE no solo es una pieza clave del diseño constitucional español, sino también un testimonio de las complejidades inherentes a la creación de un Estado compuesto. En efecto, no solo se regula una materia esencial en el ámbito de las relaciones privadas -con la carga cohesionadora que dicha materia tiene-, sino que también se reflejan la diversidad jurídica existente en el territorio español y los retos que plantea su integración en la unidad del ordenamiento. Esta difícil combinación se pone de manifiesto en las limitaciones de una fórmula jurídica que intenta conciliar la unidad con la diversidad. Su principal inconveniente radica en su incapacidad para ofrecer una solución clara. Se trata de una norma intrincada que no logra desentrañar un asunto que ya de por sí es complejo y que está arraigado históricamente -con sus sombras y sus luces, con sus miedos y sus aspiraciones, con sus anhelos y sus fantasmas-.

27. Desde una perspectiva estática -centrada en el momento de adopción de la norma y su contenido literal-, el precepto constitucional refleja todavía las tensiones heredadas desde mediados del siglo XIX. En este contexto, el proceso constituyente pone de manifiesto dificultades y problemas que oscilan entre las limitaciones y condicionantes del periodo previo, que no se reduce únicamente al régimen dictatorial impuesto a finales de la década de los 30, y las oportunidades que ofrece el nuevo marco democrático que se aspira a instaurar. Se trata de cuestiones tan relevantes como la creación de un Estado compuesto, el carácter federal o no del mismo, el número de entidades territoriales que habían

en aquellas materias en las que no existe regulación autonómica. Sostuvo asimismo que la fragmentación del derecho civil en códigos autonómicos podría menoscabar la función unificadora del Código Civil en el sistema jurídico español y provocar el riesgo de ruptura de la unidad jurídica y generar incoherencias normativas y una posible ruptura en la unidad del ordenamiento jurídico español. Por su parte, la posición del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat se basó en invocar el art. 149.1.8ª CE, como precepto que reconoce la capacidad de las comunidades autónomas para conservar, modificar y desarrollar su derecho civil propio, producto de una tradición jurídica civil consolidada y reconocida por el Estatuto de Autonomía, lo que justifica su capacidad para desarrollar un Código Civil propio basado en la progresividad en la codificación que no contravenía los límites constitucionales. Se alegó también que la creación de un Código civil catalán era fruto del reconocimiento de la identidad jurídica y cultural catalana, amparada por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

¹⁰⁰ *Vid. supra* párrafo 1.

de conformar dicho Estado -así como su configuración y el alcance y contenido de sus competencias-, las características que tales entidades debían reunir para concurrir en el proceso de constitución, la determinación de las vías de acceso a la constitución de las entidades territoriales, la potestad legislativa de tales entidades y el rango atribuido a sus normas, el reparto desigual o no de competencias -y, consecuentemente, el carácter simétrico o asimétrico del Estado compuesto-, el alcance de la competencia en materia civil del Estado y correlativamente la de las entidades territoriales que estaban por crear -la consecuente determinación de las entidades que podían tener competencia en este ámbito-, la relación vertical entre el derecho civil estatal y los derechos civiles autonómicos. Todo ello vinculado al difícil equilibrio entre diversidad y unidad del ordenamiento jurídico. No obstante, si se realiza un examen desde una perspectiva dinámica -que considere su potencial de desarrollo futuro y su integración en el sistema de desarrollo plurilegislativo en el que se inserta-, este precepto también representa un catalizador del cambio que, con el tiempo, ha transformado el ordenamiento plurilegislativo español hasta el punto que bajo el parámetro constitucional no cabe la unificación del derecho civil ¹⁰¹.

28. Todas estas cuestiones emergen e impactan en el proceso de elaboración del modelo territorial del Estado y, a su vez, repercuten en el contenido de la competencia en materia civil, intrínsecamente relacionado con este modelo. Un proceso que, desde el punto de vista procedimental, no fue demasiado ortodoxo.

2. Proceso de elaboración

29. Para comprender el sentido y alcance del art. 149.1.8ª CE creo que es importante plantear cómo se forjó la redacción definitiva dado que en el proceso constituyente, o incluso inmediatamente antes de que este proceso se iniciara, la solución definitivamente adoptada no era tan evidente ¹⁰².

30. Así, teniendo en cuenta los antecedentes y el contexto, cabían distintas opciones: 1) un Estado compuesto, con mención explícita de las entidades territoriales, que no tendrían, sin embargo, competencia en materia de derecho civil, al menos explícita -este es el caso del proyecto de Constitución republicana de 1873¹⁰³-; 2) un Estado compuesto, sin mención explícita de las entidades territoriales, pero supuestamente reducido a algunas regiones autónomas -por oposición a las regiones no autónomas- que tendrían competencia en materia de derecho civil, salvo un ámbito de materias muy específico cuya competencia quedaría reservada al Estado de manera exclusiva -este es el caso de la Constitución

¹⁰¹ *Vid. op. cit.* E. ROCA TRIAS, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, pp. 175-200; *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 451.

¹⁰² Para un examen detallado del proceso de elaboración del art. 149.1.8ª CE *vid.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, núm. 701, pp. 1069-1144, en particular pp. 1093-1112; igualmente *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 40 y ss.

¹⁰³ La Primera República española, cuyas Cortes constituyentes optaron de inmediato por un modelo de organización territorial de carácter federal, no consiguió consolidarse y el proyecto de Constitución española de 1873 nunca llegó a promulgarse. El carácter federal del republicanismo en aquel momento, no así en la Segunda República, era consustancial e inherente a dicho movimiento, *vid.* A. PÉREZ AYALA, “La I República. Marco político y proyecto constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 1999, 105, pp. 29-71, en particular en pp. 48-49 y en p. 53. Resulta interesante destacar, como pone de manifiesto el referido autor, que el proyecto de Constitución de 1873 de la I República prefigura la organización territorial resultante de la CE 1978 por lo que se refiere a las entidades territoriales que configuran el Estado. Desde luego, el mapa de estados federados (citando en el art. 1º, los estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia y Regiones Vascongadas) no es idéntico al del mapa autonómico actual, pero es muy similar, si dejamos de lado Cuba y Puerto Rico. Ahora bien, en el proyecto de Constitución 1873 no consta una atribución de competencia a los estados federados en materia civil. En cambio, se confería competencia a los poderes de la federación en materia de Códigos generales (*vid.* el punto 15 del Título V De las facultades correspondientes a los poderes públicos de la federación). Evidentemente, ya en el terreno de las hipótesis retrospectivas, desconocemos si ello hubiera impedido que los estados federados adoptaran “Códigos especiales”.

republicana de 1931¹⁰⁴;- 3) un Estado compuesto, sin mención explícita de los territorios autónomos -CCAA¹⁰⁵-, pero que posibilitaba que un número amplio de entidades pudieran acceder a la autonomía -no es este el modelo latente en la CE 1978, pero es el que se impuso¹⁰⁶-. El modelo que finalmente tuvo acogida en el proceso constituyente planteaba, sin embargo, la cuestión de determinar qué CCAA tenían competencia legislativa en materia civil. El problema se resolvió con la conocida expresión del “allí donde existan”, con los problemas interpretativos que ello suscitó¹⁰⁷. No era esta, sin embargo, la solución inicialmente acogida.

31. El anteproyecto de Constitución¹⁰⁸ respondía en este punto al modelo de la Constitución republicana, estableciendo lo siguiente en su art. 138: *A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: (...) 7. Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los Registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España*¹⁰⁹. La redacción

¹⁰⁴ Debido a la brevedad del periodo republicano no tenemos suficientes datos, pero lo cierto es que los movimientos iniciados para la constitución de regiones autónomas se produjeron en los territorios donde había Derecho civil propio. Así, Cataluña y País Vasco, donde se consiguió un Estatuto que llegó a estar vigente, y Galicia, cuyo Estatuto no pudo ser aprobado debido al inicio de la Guerra Civil, aunque se celebró previamente un plebiscito con resultado favorable en 1936, pero también en Aragón, Baleares y Navarra. *Vid.* A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 22 y ss. Asimismo, M. DE LASALA LLANAS, “La restauración del Derecho anterior a la Constitución de la República de 1931 y la revisión futura del sistema de derecho civil internacional e interregional en España”, *Bulletin de l’Institut Juridique International*, 1939, p. 207, alude a los territorios que “hubieran podido lograrlo (el Estatuto), si con el tiempo, tan ahincadamente como la región catalana, lo hubieran perseguido, el antiguo Reyno de Aragón, Baleares, Navarra y Vizcaya, (...)”. *Vid.* igualmente I. BARRAL I VIÑALS, *La conflictivitat competencial. Dret civil*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomic, 1995, pp. 23-24 y C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8 de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho Privado y Constitución*, 1993, 1, pp. 125-150, pp. 129-130. En realidad, la Constitución de 1931 preveía la constitución de regiones autónomas (art. 11), pero el régimen republicano elevó también a categoría las regiones no autónomas, cuya identificación se produjo en el art. 10 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de 7 de junio de 1933 (publicada en la Gaceta de Madrid el 14 de junio de 1933), a los efectos de nombrar vocales que las representaran en dicho órgano, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase ...”, pp. 49-50; igualmente, A. PÉREZ AYALA, “Federalismo y autonomías. La organización territorial del Estado en el constitucionalismo republicano”, *Revista de Derecho Político*, 2000, 48-49, pp. 177-217, en particular p. 215-216. En cualquier caso, el listado no excluye que estas regiones no autónomas pudieran haberse constituido en autónomas, como de hecho sucedió con el País Vasco y estuvo a punto de suceder respecto de Galicia, con el Estatuto plebiscitado.

¹⁰⁵ Pronto desaparece la expresión “territorios autónomos” presente en el anteproyecto de Constitución y no prospera la expresión “regiones autónomas”, presente en algunas de las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución.

¹⁰⁶ Haciendo referencia a la extensión o no del modelo autonómico, *vid. op. cit.* F. TOMÁS Y VALIENTE, “La primera fase ...”, pp. 56-57, que no comparte el modelo que se acabó imponiendo de acuerdo con el criterio de “autonomía para todos” mantenido por M. CLAVERO ARÉVALO de quien cita su prólogo a la edición de textos de los *Regímenes preautonómicos*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2.ª edición, 1978. Las ideas que se barajaban para elaborar la Constitución a inicios de 1977 eran otras, según el periodista E. JULIANA, quien, basándose en los libros de A. HERNÁNDEZ, “Suárez y el Rey”, Espasa, 2009 y J. M. OTERO NOVAS, “Asalto al Estado”, Biblioteca Nueva, 2005, alude a la elaboración de un borrador inicial de la Constitución en marzo de 1977 en el artículo “Así empezó el *café para todos*”, *La Vanguardia* 23.1.2011, apuntando que el modelo de organización territorial se estructuraba con “tres estatutos de corte federativo y de distinta sustancia (Cataluña, País Vasco y Galicia) y una amplia desconcentración administrativa en el resto del país, con regiones sin potestad legislativa”. Lógicamente este borrador no consta en los anales del Congreso. Baste esta referencia para poner simplemente de manifiesto que la configuración del modelo de organización territorial presentaba muchas dudas y no pocas tensiones.

¹⁰⁷ *Vid. infra* párrafos 45 y 46.

¹⁰⁸ Para un examen de los borradores de constitución presentados inicialmente por los grupos parlamentarios con respecto a este tema, *vid. op. cit.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, en particular pp. 1094-1096; asimismo *vid. op. cit.* I. DURBÁN MARTÍN, *La España asimétrica...*, pp. 40-64.

¹⁰⁹ *Vid.* art. 138, *BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 693. En el mismo sentido, las actas de la ponencia constitucional de la sesión de 15 de noviembre de 1977 que pueden consultarse en el siguiente enlace <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 327, aunque en lugar de relaciones jurídico-civiles consta relaciones jurídico-cívicas. Cabe observar, no obstante, que se propone ya una modificación al art. 138.7 del anteproyecto de la Constitución en el voto particular formulado el 21 de diciembre de 1977 (único voto particular en el que consta la fecha de la presentación) por parte del portavoz de Alianza Popular con la finalidad de que se estableciera la competencia exclusiva del Estado en materia de “7. Derecho civil, sin perjuicio de las partes incluidas en las compilaciones forales”, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 703, que prefi-

se inspiraba directamente en el art. 15 de la Constitución republicana de 1931¹¹⁰, con contenido muy similar. Era, en cambio, muy distinto al del proyecto de Constitución 1873 en la Primera República¹¹¹. No obstante, hubo un momento en que el rumbo de la Ponencia constitucional viró sensiblemente por lo que se refiere a la organización territorial del Estado, determinando un cambio en la concepción inicial de la atribución de competencia en materia civil¹¹².

32. En efecto, dos meses más tarde¹¹³, en la Ponencia constitucional se examinó el Título VIII y se planteó una discusión acerca del texto que había que revisar. La disyuntiva pasaba por examinar el anteproyecto presentado en el Congreso a la luz de las enmiendas allí formuladas¹¹⁴ o bien examinar un nuevo borrador del Título VIII presentado por el Grupo Parlamentario de UCD¹¹⁵ que no consta que se

guraba ya el alcance geográfico de la competencia autonómica que posteriormente se fijó con la expresión “allí donde existan”. El grupo parlamentario Socialista proponía otra redacción de la reserva, más amplia desde el punto de vista material, conforme a la cual “Es competencia de las Cortes la legislación exclusiva y del Gobierno y la Administración central la ejecución directa de las siguientes materias: 1. (...) e) Relaciones jurídico-civiles referentes al matrimonio y al estatuto personal y familiar. Principios generales en materia de obligaciones y contratos, derechos reales y sucesiones y régimen subsidiario en estas materias”, mientras que los Territorios Autónomos tendrían la legislación exclusiva y la ejecución de las siguientes materias: f) Relaciones jurídico-civiles en materia de sucesiones, derechos reales, obligaciones y contratos de acuerdo con lo dispuesto en el número 1, e)”, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, pp. 721-722.

¹¹⁰ De acuerdo con el art. 15, bajo el Título I. *Organización nacional*, se establece que *Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia* (el destacado es del autor), del que, de conformidad con el art. 16, derivaba la competencia de las regiones autónomas en materia de legislación civil, salvo las cuestiones comprendidas en el art. 15. Destacando la importancia de dicho precepto por ser la primera vez que se reconocía constitucionalmente la pluralidad legislativa en materia civil y por su influencia en la CE 1978, *vid. M. P. GARCÍA RUBIO*, “La legislación civil. En especial la ley de divorcio de 1932”, en *Comentarios a la Constitución de 1931 en su 90 aniversario*, J. OLIVER ARAUJO, A. RUIZ ROBLEDO (dirs.), Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 511-528.

¹¹¹ *Vid. supra* nota 103.

¹¹² *Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA*, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1979, Vol. 78, núm. 3, pp. 643-668.

¹¹³ Se trata de la sesión de la ponencia constitucional celebrada el 7 de marzo de 1978, *vid. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pd*, *vid. p. 341-342*.

¹¹⁴ En relación a las enmiendas (*vid. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pd*) efectuadas al precepto que estamos analizando es significativa la enmienda núm. 85, presentada el 29 de enero de 1978 por el diputado E. GASTÓN SANZ, del Grupo Mixto, “Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio; ordenación de los registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España, todo ello sin perjuicio de los derechos forales y de las peculiaridades jurídicas recogidas en cuerpos ya existentes, cuyo mantenimiento y modificación corresponderá a los pueblos y territorios donde se aplique” (*vid. p. 67*); compárese con la enmienda núm. 183 presentada por el grupo de Minoría Catalana “Relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los Registros e Hipotecas, la regulación de los Estatutos personal, y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España, así como las bases de las obligaciones contractuales sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos” (p. 103) o con la enmienda núm. 309 presentada por el Grupo Socialistas de Catalunya “Es competencia de las Cortes Generales la legislación exclusiva y del Gobierno y de la Administración central la ejecución directa de las siguientes materias: 1. (...) e) Relaciones jurídico-civiles referentes a la forma del matrimonio y al estatuto personal y familiar; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.”, mientras que los Territorios Autónomos tendrían la legislación exclusiva y la ejecución de las siguientes materias: f) Relaciones jurídico-civiles en materia de familia, sucesiones, derechos reales, obligaciones y contratos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, e)” (*vid. p. 147*). Interesante también la enmienda 661 presentada por el Grupo parlamentario Vasco que completa la versión inicial del art. 138 del anteproyecto mediante la siguiente enmienda núm. 661 “6. Determinación de las fuentes del Derecho, respetando las legislaciones y derechos históricos forales; aplicación ...”, *vid. p. 266*. Un análisis más completo puede consultarse en *vid. op. cit. I. DURÁN MARTÍN, La España asimétrica...*, p. *vid. op. cit. I. Durán Martín, La España asimétrica...*, pp. 44-49.

¹¹⁵ De cuya existencia se tuvo conocimiento en el momento en que se estaban efectuando los votos particulares al texto original del anteproyecto, *vid. BOC* de 5 de enero de 1978, núm. 44, p. 723, donde constan los votos particulares del Grupo Parlamentario de UCD, “Ello no implica la exclusión de reservas de índole técnica respecto a la formulación de algunos cri-

hubiera mostrado al resto de Grupos Parlamentarios para la formulación de enmiendas¹¹⁶. Este borrador contenía una versión del precepto completamente distinta a la del anteproyecto al prever que *El Estado tiene competencia exclusiva e indelegable sobre las siguientes materias: (...) 15. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales que en ningún caso podrán afectar a las reglas relativas a la determinación de las fuentes del derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones civiles de España*¹¹⁷. El texto es aceptado por los grupos parlamentarios de la ponencia con el voto en contra de los diputados Solé Tura, en representación del Grupo Comunista, y Roca Junyent, en representación del grupo Minoría vasco-catalana y se acuerda partir del texto de dicho borrador con análisis de las enmiendas presentadas al texto del anteproyecto.

33. Posteriormente, en la sesión de 13 de marzo de 1978, el grupo de la UCD presenta lo que “debe entenderse como una propuesta formal de redacción del Título VIII”¹¹⁸, que contiene una nueva versión de la regla de competencia con ligeras variaciones con respecto a la versión de la sesión anterior, pero sin que aparezca aun el “allí donde existan”. La regla de competencia queda establecida como sigue: *8. Legislación Civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales. En todo caso, las reglas relativas a la determinación de las fuentes del derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles, relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y norma para resolver los conflictos de leyes*¹¹⁹. Esta fue ya la redacción que se tomó como base y en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución presentado el 26 de junio de 1978 aparece la versión casi definitiva del precepto¹²⁰, cuya redacción se fue “perfeccionando”¹²¹ -si se puede utilizar este verbo- hasta llegar a la formulación definitiva¹²².

34. El *iter* pone de manifiesto que, mediante una maniobra poco ortodoxa, que posiblemente no estuvo exenta de tensión, se quiso abandonar el modelo autonomista, adoptado en el art. 15 CE 1931 y asumido en el anteproyecto de Constitución, consistente en reconocer pocas regiones autónomas/ territorios autónomos y atribuir competencia en materia civil de manera indiscriminada a los territo-

terios incorporados al borrador de Constitución como, por ejemplo, sería el caso de algunos extremos del Título VIII de dicho borrador y que serán planteados en trámites ulteriores al proceso de elaboración del texto constitucional.” En dicha sesión, de 13 de marzo de 1978, consta que los representantes del Grupo Comunista, J. SOLÉ TURA, y del grupo Minoría vasco-catalana, M. ROCA JUNYENT, “expresan su disconformidad con estos cambios de criterio y con las dificultades que entraña esta forma de proceder”, *vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, p. 345, hay que recordar que se trataba de unas sesiones que, por su carácter reservado, carecen de una versión oficial publicada del contenido de sus reuniones.

¹¹⁶ Mostrando también su extrañeza al respecto, *vid. op. cit.* E. BOSCH CAPDEVILA, “La distribución de competencias en materia de legislación civil: de la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006”, en particular pp. 1101-1102 que apunta desconocer el motivo, por falta de evidencias, que llevó la Ponencia a introducir la expresión “conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales”. Advierte también el cambio de formato J. DELGADO ECHEVERRÍA, *vid. op. cit.* “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, p. 328, señalando igualmente que, ante el desconocimiento de los motivos reales del cambio, el intérprete nunca podrá determinar su preciso alcance.

¹¹⁷ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 343, *vid.* p. 348.

¹¹⁸ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 344.

¹¹⁹ *Vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, *vid.* p. 348. El Informe de la Ponencia hace suyo este texto, *vid.* BOC de 17 de abril de 1978, núm. 82, p. 1640, después de rechazar las enmiendas presentadas.

¹²⁰ *Vid.* BOC de 1 de julio de 1978, núm. 121, p. 2616, conforme a la cual el estado tiene competencia exclusiva en materia de: *8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, por las Comunidades Autónomas. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso a las normas de derecho foral.*

¹²¹ *Vid.* BOC de 24 de julio de 1978, núm. 135, p. 2970; BOC de 6 de octubre de 1978, núm. 157, p. 3441; BOC de 13 de octubre de 1978, núm. 161, p. 3572.

¹²² *Vid.* BOC de 28 de octubre de 1978, núm. 170, p. 3728.

rios que se constituyeran en regiones autónomas/territorios autónomos¹²³. Evidentemente, no es ajeno a esta modificación el modelo territorial que se estaba concibiendo. Se trataba, en realidad, de adaptar la atribución de competencia que contendría el art. 149.1.8ª CE al diseño constitucional que empezaba a implantarse y que consistía de dos tipos de comunidades autónomas como estrategia para equilibrar las demandas de autonomía históricas y el proceso de autogobierno generalizado en España. La CE 1978 dispuso de dos vías de acceso al autogobierno¹²⁴. Por una parte, la llamada vía lenta, prevista en el art. 143 CE, que prevé que el elenco de competencias que puede ser asumido por las CCAA de acuerdo con esta vía se limita a las competencias establecidas en el art. 148 CE, sin perjuicio de que, transcurridos cinco años desde su constitución, quepa ampliar las competencias dentro del marco del art. 149 CE. Por otra parte, la llamada vía rápida, establecida en el art. 151 CE¹²⁵ -con unos requisitos más exigentes que los del art. 143 CE- al que pudieron acogerse también las CCAA que se constituyeron de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda¹²⁶, que no estuvieron sometidas a la restricción temporal de cinco años prevista en el art. 148.2 CE. La práctica política y jurídica llevó a un modelo autonómico de alcance global y más homogéneo, dado que las reformas estatutarias y las transferencias competenciales posteriores equipararon, *de facto*, las competencias de todas las comunidades, eliminando las diferencias entre la “vía lenta” y la “vía rápida”¹²⁷. Pero ello no obvia que confluyeran dos fuerzas motrices. Por una parte, el reconocimiento de las demandas históricas de las comunidades con tradición de autogobierno y/o fuerte identidad nacional. Por otra parte, la de evitar tensiones territoriales, permitiendo que otras regiones accedieran a la autonomía de manera gradual¹²⁸. Tampoco obvia que aún así hay diferencias entre CCAA, como muestra evidente la competencia en materia civil, y que el formato del art. 149.1.8ª CE es deudor del previsto en el art. 15 CE 1931.

En este contexto, cabe apreciar que existe una coincidencia temporal que no es nada casual en el proceso de aprobación de las preautonomías. Obsérvese que, salvo la preautonomía catalana y la vasca, el alud de aprobaciones de los regímenes preautonómicos se dio a partir del 16 de marzo de 1978 de manera coetánea a la presentación en la Comisión de la Ponencia Constitucional del borrador del Título VIII de lo que sería el texto de la Norma Fundamental¹²⁹.

35. Se estaba gestando una generalización del modelo autonómico y ello tenía un impacto en la atribución de competencia en materia civil. Así, el abandono del modelo autonomista supuso adoptar un modelo foralista, comprendido en el sentido de que tal competencia se atribuía únicamente a los territorios constituidos en CCAA en los que *existía* el llamado derecho foral¹³⁰. En este sentido, no cabe duda

¹²³ Paradójicamente, el modelo que hace extensiva la constitución de CCAA en todos los territorios de España ya fue apuntado en la etapa republicana, *vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 19, refiriéndose a la posición de ORTEGA Y GASSET postulando en favor de la generalización del sistema de regiones autónomas.

¹²⁴ El anteproyecto hace referencia en el art. 128 a las nacionalidades y regiones como territorios autónomos que pueden constituirse de acuerdo con el proceso previsto en el art. 129, sin que los votos particulares cuestionen la vía única de acceso al autogobierno. Los aspectos más significativos en este momento hacían referencia al orden de los Títulos. Tanto por parte del Partido Comunista como por Minoría Catalana se propone un orden de los Títulos distinto, pasando el Título VIII a ser el Título III, con un título distinto “De la organización del Estado y los Territorios Autónomos” (Partido Comunista), *vid.* p. 706, o “De los Territorios Autónomos” (Minoría Catalana), *vid.* p. 708. Por su parte, Alianza Popular propugnaba la desaparición del término “nacionalidades” en beneficio de “regiones autónomas”, así como la sustitución de la palabra “autogobierno” por la de “autonomía”. No obstante, en el Dictamen de la Ponencia designada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se recogen ya las dos vías de acceso, *BOC* de 17 de abril de 1978, núm. 82. La semilla de la doble vía se encuentra en dos enmiendas presentadas en sentido similar por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda 350), *vid.* p. 162, y por el Grupo Parlamentario Socialista de Catalunya (enmienda 302), *vid.* p. 144, al art. 129 del anteproyecto de Constitución, *vid.* <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>. Aunque en ellas no se presente el elemento temporal, cinco años, que después se introdujo.

¹²⁵ Únicamente Andalucía se acogió a esta vía.

¹²⁶ Caso de las CCAA de Cataluña, País Vasco y Galicia, *vid. supra* párrafo 15.

¹²⁷ La vía de acceso determinaba

¹²⁸ Más adelante, y después del 23F, se celebró el Pacto de las Autonomías el 31 de julio de 1981 que consagró el proceso de generalización de las autonomías previamente impulsado. *Vid. op. cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución y las autonomías territoriales”, p. 24.

¹²⁹ *Vid. supra* nota 84.

¹³⁰ *Vid. op. cit.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, pp. 643-668.

de que el primer inciso de la redacción vigente del art. 149.1.8ª CE es fruto de la voluntad de restringir el número de CCAA con competencia en materia civil con la finalidad de evitar la proliferación de derechos civiles en territorio español¹³¹. Esta opción explica quizá que la atribución de la competencia a las CA con derecho civil propio conste en el art. 149.1 CE, donde figuran las competencias que en exclusiva se atribuyen al Estado, en lugar de preverse en el art. 148 CE, donde figura el listado de competencias concebido para la totalidad de las autonomías¹³². En cualquier caso, la redacción definitiva del precepto ha generado un conflicto competencial relevante por la forma en la que esta competencia se atribuye a las CCAA con derecho civil propio y por el hecho de que no se abandona por completo la redacción y sentido original de la versión inicial al mantener en el segundo inciso que el Estado ostenta la competencia exclusiva “En todo caso” de las materias allí reseñadas. En suma, el art. 149.1.8ª CE y los problemas interpretativos que genera no son más que una plasmación de la indefinición del constituyente al configurar la articulación del Estado compuesto. Esta indeterminación se pone en evidencia también en la atribución de competencia en materia civil, dejando en manos del TC una decisión de naturaleza híbrida, de carácter político-jurídico¹³³.

V. Problemas interpretativos del art. 149.1.8ª CE

36. El art. 149.1 CE es una norma que prevé las materias en que el Estado tiene competencia exclusiva, delimitando en ocasiones estas competencias con las atribuidas de manera general a las CCAA. En particular, la regla 8ª confiere competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. El segundo inciso del art. 149.1.8ª CE enlaza con la atribución de competencia exclusiva al Estado y se configura como una excepción a la competencia atribuida a las CCAA en el primer inciso, lo que explicaría el “En todo caso” con el que se inicia esta segunda parte de la norma en la que se listan a continuación aquellas materias que quedan reservadas a la competencia exclusiva del Estado. Respecto al segundo inciso, los principales problemas interpretativos residen especialmente en delimitar el alcance del ejercicio de la competencia autonómica en materia de legislación civil frente a las materias reservadas al Estado¹³⁴.

37. La formulación de esta norma es compleja y con un significado difícil de extraer que ha propiciado una abundante conflictividad competencial, lo que, por otra parte, no sorprende si se advierte que está en juego la configuración del ordenamiento jurídico en materia civil. Existen, en esencia, dos posibles interpretaciones, la autonomista y la foralista¹³⁵. A mi juicio, ambas interpretaciones son posi-

¹³¹ Vid. R. MOLINER NAVARRO, “Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2ª del nuevo Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2007, 18, pp. 345-365, en particular p. 354.

¹³² Vid. J. EGEA FERNÁNDEZ, “Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya”, *Dret Català*, 2003, 4.

¹³³ Así es tanto en la en la STC 132/2019 -*vid.* A. FONT I SEGURA, “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Una cuestión de Principios?”, *REDI*, 2020, 72, pp. 321-328; poniendo también de manifiesto este posicionamiento del TC, *vid.* S. ÁLVAREZ SANTIAGO, “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña ¿Incidente o punto de inflexión?”, *REDI*, 2020, 72, pp. 313-320, como sucedió, a mi juicio, también en la STC 88/1993. Con carácter general, *vid. op. cit.* D. JOVE VILLARES, “El Tribunal Constitucional como constituyente prorrogado de la constitución territorial”, p. 238.

¹³⁴ Como se ha indicado, *vid.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Conexión y bases de las obligaciones contractuales a propósito de la STC 132/2019”, *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 235-272, en particular p. 239, “A la vista del precepto constitucional, la medida, y el límite, de la competencia autonómica vienen determinados, de un lado, por la inteligencia que se realice del término desarrollo, y, de otro, por las materias reservadas en todo caso al Estado.”

¹³⁵ Para la postura autonomista, entre muchos otros, *vid.* E. ROCA TRIAS, “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los Derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente”, *RJC*, 1979, pp. 7-36; L. PUIG I FERRIOL/ E. ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Casa Editorial, S.A. 1988. p. 6 y ss.; A. VAQUER ALOY, “Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del artículo 149.1.8.a de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán”, *DPyC*, 1994, núm. 2, pp. 239-250, en particular p. 246-247 y 250; J. EGEA FERNÁNDEZ, Competencia en materia de Derecho civil, *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, 332-339.. Para la postura foralista, entre

bles dado que, al marco autonomista del precepto, que proviene de la redacción originaria del anteproyecto de Constitución inspirada en la previsión establecida en la Constitución republicana 1931, se le añadió la fórmula foralista, lo que contribuye a la confusión y posibilita defender ambas posiciones. La música es autonomista, mientras que la letra es foralista. Conforme a la primera, las CCAA constituidas en territorio con derecho civil propio al entrar en vigor la CE puede legislar en materia civil, salvo en las materias cuya competencia queda reservada a favor del Estado, conforme al segundo inciso del art. 149.1. 8ª CE¹³⁶. El art. 149.1.8ª CE no es un simple reconocimiento estático del derecho preexistente, sino que habilita activamente a las CCAA competentes para adaptar, reformar y expandir dichos derechos según sus propias necesidades y valores. De acuerdo con la segunda, las CCAA donde exista derecho civil propio, tienen competencia en la medida en su ejercicio responda a una actualización del mismo acorde con sus principios generales inspiradores. Se parte de un concepto de “derechos civiles, forales o especiales” que abarca las normas tradicionales vigentes al entrar en vigor la CE cuyo desarrollo es posible solo si las normas autonómicas adoptadas mantienen con aquéllas una conexión razonable.

38. No puede negarse que las expresiones recogidas en la primera excepción -no en el segundo inciso, puesto que son mayoritariamente deudoras del esquema republicano- presentan un vínculo evidente con la pugna presente a lo largo de casi un siglo. En efecto, terminológicamente la referencia a los “derechos civiles, forales o especiales” retrotrae a la expresión empleada en el CC. No obstante, hay que puntualizar que, en primer lugar, se abandona la expresión “instituciones forales”, contenida en el art. 6 de la ley de Bases de 1888¹³⁷ o en el en el art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899¹³⁸, apoyada en una visión fragmentaria y reduccionista; que, en segundo lugar, amplía el alcance de la expresión establecida tanto en el art. 12 CC 1889 como en el art. 13 CC, posterior a la modificación del Título Preliminar en 1974, que aludiendo a los derechos civiles no comprendidos en el CC utilizan la expresión “derecho foral” y “derechos especiales o forales”, respectivamente. La locución constitucional es producto de la enmienda presentada por el diputado Solé Tura¹³⁹ frente a la redacción que se había propuesto por la Ponencia Constitucional, y que había sido objeto de una evidente tensión al suplantar la versión del anteproyecto de Constitución¹⁴⁰, conforme a la cual se hacía referencia a “los derechos forales”. El propósito de la enmienda, que fue aceptada, era poner de manifiesto que se admitía que las CCAA iban a tener una legislación propia que no podía reducirse al desarrollo de las legislaciones forales vigentes en aquel momento¹⁴¹. Por otra parte, en la locución “allí donde *existan*” (el destacado es del autor), sobre

muchos otros, y con distintos matices, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC*, 1979, pp. 323 y ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, p. 73 y ss. Otras clasificaciones han sido propuestas, *vid. ad ex.* J. A. XIOL RÍOS, “Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI”, en C. BAYOD LÓPEZ (dir.), *La Constitución Española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 207-226, que distingue entre la “histórico-foral”, la “federal” y, la “foral residual”. La federal correspondería a la autonomista y la foral residual a la foralista. La histórico-foral mantiene que cualquier CA puede asumir la competencia prevista en el art. 149.1.8ª CE si hubiere tenido derecho civil, foral o especial, aun cuando éste no estuviere vigente en el momento de la entrada en vigor de la CE. E. ROCA TRÍAS, *vid. op. cit.*, “La postcodificación civil: la unidad de códigos, una política muerta”, p. 184 distingue entre las posiciones maximalistas, las restrictivas y las foralistas.

¹³⁶ *Vid. op. cit.* C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8.ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, pp. 129-131, quien otorga al art. 149.1.8ª CE una función de reconocimiento explícito de los derechos civiles de los territorios forales que, a la luz de la DA primera CE, “se manifiesta no solamente en sí mismos considerados, sino también en que esos derechos puedan alcanzar el grado de normalidad legislativa del que carecían”.

¹³⁷ “El Gobierno, oyendo á la Comisión de Códigos, presentará á las Cortes en uno ó en varios proyectos de ley los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias ó territorios donde hoy existen.”

¹³⁸ El Real decreto fue adoptado para el nombramiento de comisiones especiales “con el objeto de formar los proyectos de ley en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincia o territorios donde hoy existan”

¹³⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 90. 1978, p. 3318.

¹⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid. supra* párrafos 32 y 33, también nota 115.

¹⁴¹ *Vid. op. cit.* I. DURBAN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 53.

cuya introducción no se realizó ninguna explicación¹⁴², todavía resuena el eco de la expresión utilizada en los citados artículos, ya sea “donde hoy *existan*” (el destacado es del autor), contenida en el art. 5 del Real Decreto de 17 de abril de 1899¹⁴³, o, de forma no tan fie¹⁴⁴, “donde hoy *existen*” (el destacado es del autor), contenida once años antes en el art. 6 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Hay pues una inercia secular que tiene una indudable incidencia en el lenguaje empleado en el art. 149.1.8ª CE.

39. Frente a ello, no hay que olvidar que en la interpretación del art. 149.1.8ª CE destacan dos criterios hermenéuticos que creo se deben imponer al puramente literal, ya de por sí ambiguo en esta norma. Se trata, por una parte, del criterio teleológico y, por otra parte, del criterio sistemático. En este sentido, hay que tener en cuenta el significado profundo que tiene el art. 149.1.8ª CE al constituir un vuelco sobre una dinámica unificadora secular. Como se puso de manifiesto, hay un cambio de paradigma fruto del reconocimiento de la pluralidad en el seno del Estado¹⁴⁵. De las páginas antecedentes ya puede apreciarse que el art. 149.1.8ª CE no es una norma que proclame el pleno respeto de los “derechos forales y especiales”, como sucede en el art. 13 CC. El precepto constitucional da por descontado este respeto y asume una función completamente distinta. Es una norma que parte del Estado compuesto y con fundamento en esta realidad constituida, consecuencia de una exigencia democrática, atribuye competencia legislativa en materia civil a distintos legisladores, entre ellos el estatal. Se trata de algo inconcebible en la historia contemporánea española que únicamente tuvo reflejo en derecho positivo durante la Segunda República. La concepción del art. 13 CC queda desplazada y las claves de la interpretación deben encontrarse en el fenómeno plurilegislativo -ahora real¹⁴⁶- que se crea y se desarrolla con la CE. Como se pondrá de manifiesto, la interpretación del art. 149.1.8ª CE ha sufrido una evolución que responde a ese desarrollo. Las cuestiones interpretativas que suscita el art. 149.1.8ª CE se refieren a un problema propio de la CE -la atribución de competencia en materia civil- que es inexistente en el momento en que se adoptó el art. 13 CC. En consecuencia, no creo que quepa descifrar el precepto constitucional conforme a la norma contenida en el CC, ni a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, ni a los debates que tuvieron lugar en las Cortes para su aprobación. Por consiguiente, parece evidente que la CE no pretende reproducir el modelo apendicular o compilatorio. La creación de un modelo en el que coexisten múltiples legisladores, con todo lo que ello implica¹⁴⁷, responde a un objetivo distinto que no es otro que el reconocimiento de la pluralidad y la diversidad; de una diversidad en materia de derecho civil en la que no hay más prevalencia que la que deriva de la norma constitucio-

¹⁴² *Vid. op. cit.* I. DURBAN MARTÍN, *La España asimétrica*, p. 53, que lo atribuye al refuerzo de la excepcionalidad y la asimetría.

¹⁴³ *Vid.* Gaceta de Madrid, núm. 108, de 18 de abril de 1899.

¹⁴⁴ Posiblemente se trate de una mera cuestión de matiz, pero resulta curioso que en la CE se utilice el tiempo verbal presente del modo subjuntivo que expresa una cierta incertidumbre, expectativa y dependencia por el cumplimiento de determinadas circunstancias. Puede inferirse que en la Ley de Bases de 1888 la diversidad legislativa era un dato insoslayable -fuere o no molesto-, por eso se utilizó el tiempo verbal presente del modo indicativo, como sucede en el art. 5 [Las provincias y territorios *en que subsiste derecho fóral*, lo conservarán por ahora en toda su integridad, (...) El destacado es del autor]. Mientras que, once años más tarde, en tiempos del Real Decreto de 1899, el CC ya estaba vigente y su aplicación, con la fuerza del mandato que contenía, relegaba o pretendía relegar a los derechos civiles forales o especiales hacia la desaparición, de ahí el tiempo verbal presente del modo subjuntivo. Pero, ¿tenía sentido mantener el modo subjuntivo en la CE en un momento en que estaba ya vigente el art. 13 CC, después de la modificación del Título Preliminar del CC en 1974, que parte del pleno respeto, no a la subsistencia de “instituciones forales”, sino a regímenes jurídicos civiles reconocidos, cuya existencia no estaba en cuestión? La inercia, si no centralizadora, foralista, es tal que ni se ajusta a la realidad normativa. Se trata, como decía, de una cuestión de matiz, y no hay duda de que el art. 149.1.8ª CE se interpreta conforme al “allí donde existen” más que conforme al “allí donde existan”. Si bien es cierto que esta cuestión bien pudo tener incidencia en el caso de Valencia, *vid.* M. YZQUIERDO TOLSADA, “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2016, vol. 8, núm. 2, pp. 330-347, en particular p. 331.

¹⁴⁵ *Vid. op. cit.* E. ROCA TRÍAS, “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978 ...”, pp. 28-29; en el mismo sentido, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 7, 2020, pp. 3-22, en particular p. 6, aunque desde una posición foralista restrictiva de acuerdo con la cual frente a la legislación civil estatal los derechos civiles o forales o especiales no dejan de serlo, atribuyendo a estos términos una significación constitucional en virtud de la cual su ámbito material queda restringido.

¹⁴⁶ *Vid. supra* párrafo 25.

¹⁴⁷ Distintas cámaras parlamentarias, elecciones autonómicas, autogobierno, distintas políticas legislativas, etc.

nal. El problema, claro está, se encuentra en fijar los límites de la unidad, pero desde luego tales límites deben estar en una esfera distinta del planteamiento unificador imperante en los regímenes precedentes. La clave sistemática tiene también transcendencia. No se trata solo de la incidencia que pudiera haber tenido la DA Primera en la delimitación de la competencia en materia de derecho civil¹⁴⁸ -cuya influencia como criterio hermenéutico creo que puede sostenerse si tenemos presente que el art. 149.1.8ª CE no es en sí mismo garantía de la foralidad civil¹⁴⁹-, sino de la función del art. 149.1.8ª CE en el marco de la complejidad estructural de la organización territorial del Título VIII, con futuras CCAA sin derecho civil propio y con futuras CCAA con derecho civil propio, accediendo al *status* de CA por distintas vías. En realidad, la configuración del art. 149.1.8ª CE se da como consecuencia del cambio en la concepción de la estructura territorial del Estado que el constituyente quiso introducir, sin que en ello hubiera consenso en la Comisión de la Ponencia Constitucional¹⁵⁰. Se planteó así el dilema relativo a la ubicación de la regla de competencia¹⁵¹, ya fuere de forma fraccionada entre los arts. 148 CE -competencias de las CCAA- y 149.1 CE -competencias exclusivas del Estado-, o bien de forma conjunta en el art. 149.1 CE, con las difíciles interpretativas que generaba tanto una solución como la otra. De esta forma, en el art. 149.1.8ª CE se aúnan dos reglas competenciales con un impacto a tres bandas, el Estado, las CCAA sin competencia en materia civil y las CCAA con competencia en materia civil. Por una parte, se trataría de una regla de competencia exclusiva en favor del Estado en materia de legislación civil frente a las CCAA sin derecho civil propio. Por otra parte, de una regla de competencia exclusiva del Estado en las materias listadas en el segundo inciso de la disposición, frente todas las CCAA, tanto si tienen derecho civil propio como si no. De nuevo, el problema está en fijar los límites de la competencia de las CCAA que tienen derecho civil propio.

40. Los principales problemas interpretativos que suscita el primer inciso del precepto constitucional derivan, por una parte, del alcance material de la competencia conferida, lo que obliga a precisar la delimitación de la noción “legislación civil” y el significado de la expresión “conservación, modificación y desarrollo” -especialmente, del término “desarrollo”-, dado que determina la extensión de la competencia autonómica y, por otra parte, del significado y contenido de la expresión “allí donde existan”, mediante el que se delimita el ámbito subjetivo de la competencia atribuida a las CCAA. Cabe apuntar con carácter previo que la doctrina jurisprudencial que ha adoptado el TC es sin lugar a dudas de raíz foralista, pero ha tendido a facilitar la construcción de un Estado compuesto con un ordenamiento en materia civil con una notable diversidad legislativa. Sin llegar, con todo, a una interpretación autonomista.

1. Objeto de la competencia en materia civil

41. El criterio jurisprudencial adoptado para fijar el significado y alcance de los términos “conservación, modificación y desarrollo” se encuentra condensado en la STC 31/2010, relativa a la constitucionalidad del art. 129 EAC, donde el TC recuerda la doctrina foralista que dejó sentada en la STC 88/1993. Conforme a esta doctrina el art. 149.1.8 CE, al mismo tiempo que atribuye una competencia exclusiva al Estado sobre la “legislación civil”, también «introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1). Así, la “garantía de la foralidad

¹⁴⁸ En este sentido, *vid. op. cit.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, p. 335. También *vid. op. cit.* C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Del artículo 149.1.8.ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, pp. 129-130. Esta posición es, sin embargo, rechazada por el TC, *vid. supra* párrafo 16.

¹⁴⁹ Como puso de manifiesto el Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en su voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, “(...) debe tenerse en cuenta que la provisionalidad con que concibió la continuidad de los Derechos civiles particulares en el momento de redactarse el Código civil ya fue superada por la Constitución de 1931 y también, posteriormente, al admitirse el pleno respeto a estos ordenamientos civiles en la redacción dada al art. 13 del Código civil por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo. De manera que la idea de garantía foral, en atención a estos antecedentes, ni puede elevarse a última ratio del precepto ni servir adecuadamente para establecer el contenido y la finalidad del art. 149.1.8 C.E.

¹⁵⁰ *Vid. supra* párrafos 32 y 33, también nota 115.

¹⁵¹ *Vid.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, 3, pp. 11-44, en particular, p. 16.

civil” que deriva del art. 149.1.8ª CE asegura la protección y reconocimiento de los derechos civiles propios de determinadas CCAA mediante una competencia que es exclusiva. Así, la cláusula “sin perjuicio” atribuye competencia a algunas CCAA para legislar en materia civil, pero no especifica con claridad los límites de esta competencia. En este sentido, esta competencia debe ponerse en relación con los términos “conservación, modificación y desarrollo” expresados en la norma constitucional que, siguiendo al TC, son los “que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables”. En este sentido, el TC delimita el ejercicio de la competencia exclusivamente en torno al art. 149.1.8ª CE y al correspondiente Estatuto de Autonomía, excluyendo la toma en consideración de la DA Primera CE porque su sentido “no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil”. Centrándose en el art. 149.1.8ª CE, el TC ve un continuismo en la expresión “conservación, modificación y desarrollo”, al enlazar un término con el otro y encadenar la competencia bajo el parámetro del derecho preexistente. En este sentido, crea un concepto *constitucional* de desarrollo -que no coincide con el sentido que le da la RAE¹⁵²- que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” permitiendo «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”». La interpretación no se restringe, en consecuencia, al estricto derecho foral preexistente y posibilita, como no podía ser de otra manera, una ampliación mediante el criterio de las instituciones o materias conexas con las ya reguladas.

42. En cualquier caso, la competencia atribuida tiene carácter exclusivo, pero quedando limitada a su objeto, dado que como ha declarado reiteradamente el TC «“la competencia exclusiva en materia de derecho civil” se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la “legislación civil” como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.»¹⁵³.

43. Es conforme a esta clave que el TC adopta como parámetro habilitante de la competencia autonómica la doctrina de la institución conexas¹⁵⁴. De acuerdo con esta doctrina las CCAA dotadas de derecho civil foral o especial pueden regular “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”. Así, continúa el TC, «los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», por eso «la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya

¹⁵² Conforme a su primer significado, desarrollar es de acuerdo con el diccionario de la RAE “Aumentar o reforzar algo de orden físico, intelectual o moral.”, siendo sus sinónimos, conforme este diccionario, “aumentar, acrecentar, amplificar, incrementar, desenvolver”.

¹⁵³ Por todas, vid. STC 95/2017, de 6 de julio de 2017, FJ 3.

¹⁵⁴ Aunque hay que recordar que en la jurisprudencia constitucional se utilizan distintas expresiones, como ha destacado S. ÁLVAREZ SANTIAGO, *vid. op. cit.*, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 316, tales como “conexión suficiente”, “instituciones conexas”, “conexión institucional orgánica”, “materias conexas”, pese a la relevancia que esta doctrina tiene, como pone de manifiesto el citado autor. Sobre los distintos grados de intensidad y el significado de tales expresiones, así como su proyección en la jurisprudencia constitucional, *vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, pp. 14-15. Todo ello no hace más que profundizar en la indeterminación de la disposición. Sobre el diferente alcance de tales expresiones, especialmente entre “conexión institucional preexistente” y “conexión institucional orgánica”, *vid.* M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, 33, pp. 47-78, en particular pp. 59-66.

reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.»

Ahora bien, declara el TC, “[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos”, dado que no se atribuye una “una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”. Es decir, el límite se encuentra en una concepción reductora del derecho civil propio de las CCAA -es un derecho civil que “es foral o especial” frente a la “legislación civil” que es competencia exclusiva del Estado¹⁵⁵- y cuya existencia se admite por la “singularidad civil”, un concepto arcaizante que, de nuevo, congela y restringe, ya que se entiende como una preservación de los derechos forales o especiales para asegurar que no se diluyan las tradiciones jurídicas que constituyen una parte esencial de la identidad de ciertas CCAA¹⁵⁶. Por tanto, la jurisprudencia del TC establece con su interpretación unos límites a la potestad legislativa que se encuentran ya en el primer inciso del art. 149.1.8ª CE, a los que hay que añadir los del segundo inciso. Puede decirse que, en la práctica, este criterio no ha impedido el desarrollo de los derechos civiles de las CCAA -salvo algunos casos flagrante¹⁵⁷-, pero eso supone ignorar que esta doctrina es de por sí restrictiva y que está anclada en una concepción que deriva más de la aproximación historicista y de la visión que tradicionalmente se ha fraguado en el Título Preliminar del CC -tanto en 1889, como en 1974-, que de la aproximación consistente en el reconocimiento de una personalidad colectiva -que, aunque también está presente, viene condicionada por la aproximación históricamente centralizadora y, por tanto, restrictiva del desarrollo del derecho civil propio de las CCAA-. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la coexistencia de los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil en algunas CCAA se da “por razón de la especialidad o foralidad”, no porqué el reconocimiento de la personalidad propia de la CA comporte un autogobierno que incluya una *potestas* para regular el derecho civil. Por consiguiente, al estar ligada esta interpretación a “la especialidad o foralidad” preexistente se priva de antemano que el desarrollo de los distintos derechos civiles autonómicos sea homogéneo y condiciona, aunque de modo flexible, los límites de su desarrollo en función de los ámbitos regulados por el legislador estatal en periodo preconstitucional¹⁵⁸.

Con todo, el criterio de la “institución conexas” permite una interpretación amplia y flexible¹⁵⁹ que ha posibilitado un notable desarrollo de los derechos civiles autonómicos teniendo como límite último, no obstante, las instituciones preexistentes vigentes al momento de entrar en vigor la CE. Ahora bien, hay que subrayar que este es un límite laxo puesto que la exigencia de conexión no impone que el desarrollo normativo se relacione “con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan”¹⁶⁰. Así, la Compilación de cada uno de los derechos civiles propios no es el vector -o al menos el único vector- a considerar, sino que la conexión podrá ir referida al derecho civil propio en su conjunto, siempre que estuviera vigente al entrar en vigor la CE¹⁶¹.

¹⁵⁵ STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 2, “debiendo pues entenderse que «la competencia exclusiva en materia de derecho civil» se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la «legislación civil» como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.”

¹⁵⁶ Una restricción que va en la línea fijada en la concepción constitucional del desarrollo al fijar que la actualización de los contenidos del derecho civil autonómico se efectúa “según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

¹⁵⁷ STC 133/2017, de 16 de noviembre.

¹⁵⁸ *Vid. op. cit.*, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Conexión institucional necesaria: ...”, pp. 47-78 pone de manifiesto esta disimilitud.

¹⁵⁹ Dependiendo de la posición foralista el alcance de la competencia es más o menos extensa, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC*, 1979, pp. 323 y ss. por contraposición a la posición más reductora de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en AA.VV.: *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil, Instituto Vasco de Administración Pública*, Oñati, 1983, p. 73 y ss.

¹⁶⁰ *Vid.* STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4. Por ello, se ha mantenido que, en realidad, “la necesidad de que la conexión fuera institucional nunca ha sido mantenida en la jurisprudencia constitucional”, *vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reperto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, p. 15.

¹⁶¹ Aspecto que motivó la presentación de un voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, por parte del Magistrado

Esta flexibilidad facilita la adaptación de los derechos civiles autonómicos a las necesidades sociales y económicas contemporáneas.

En contra del cambio de paradigma que, a mi juicio, supuso la CE, al dejar de lado la concepción decimonónica tendente a la unidad y unificación del ordenamiento en materia civil sin perjuicio de que tolerara la existencia de “instituciones forales”, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional, si bien de forma muy flexible y aperturista, da la impresión de que continúa manteniendo el planteamiento inserto en el CC¹⁶², aunque fuere el CC posterior a la modificación del Título Preliminar. En efecto, apoyándose paradójica y contradictoriamente en un argumento histórico como el de la “conexión institucional preexistente”, el TC perpetúa el carácter fragmentario y dispar de la coexistencia en España de regímenes civiles (en terminología del art. 13 CC, anacrónica desde 1978). Un carácter fragmentario, hay que añadir, que en nada contribuye a la seguridad jurídica, especialmente si los límites materiales de los derechos civiles autonómicos se basan en un criterio de resultado tan incierto como el de la conexión suficiente¹⁶³ porque responde a una apreciación casuística, particularizada, historicista y territorializada de la constitucionalidad del desarrollo de dichos derechos civiles.

44. Este planteamiento puede verse profundamente alterado con el posicionamiento del TC en la sentencia 132/2019¹⁶⁴ -sobre la impugnación de diversos preceptos del Libro VI del CCCat- cuyo impacto se extiende más allá de la cuestión catalana¹⁶⁵ al introducir una importante variación en la doctrina jurisprudencial de la “conexión suficiente” que afecta a la delimitación de las competencias autonómicas frente a las exclusivas del Estado y tiene, en consecuencia, un impacto sobre el conjunto del sistema plurilegislativo. El TC pretende que la STC 132/2019 pueda ser vista como el producto lógico y consecuente de una evolución de la doctrina de la conexión suficiente, o mejor dicho del crecimiento orgánico, que es una doctrina en construcción paralela a la evolución del despliegue del ejercicio de la competencia en materia de derecho civil en el Estado de las autonomías¹⁶⁶, pero lo cierto es que, tal como lo argumenta el TC, no convence en este punto¹⁶⁷.

Como se ha visto, hasta entonces el TC había mantenido que una norma autonómica en materia civil de desarrollo del derecho civil propio de la CA debe guardar un vínculo razonable con las instituciones preexistentes vigentes al entrar en vigor la CE, para que pueda considerarse válida bajo el primer inciso del artículo 149.1.8ª CE. No obstante, la STC 132/2019 adopta una interpretación expansiva de la competencia autonómica. En efecto, la doctrina de la conexión suficiente determinaba la conexión razonable desde la institución preexistente a la institución adoptada de nuevo por el legislador autonómico. Era un análisis institución por institución. Por el contrario, en la STC 132/2019 la consta-

CARLES VIVER I PI-SUNYER.

¹⁶² Vid. el voto particular del Magistrado J. D. González Campos, *supra* nota 149. M. C. GETE-ALONSO considera que “no se ha asumido el modelo de estado de las Autonomías, del que incluso se reniega por algún sector. De lo que es corolario necesario, por lo que hace al tema que nos ocupa, se sigue sin admitir la realidad de la situación plurilegislativa civil.”, *vid.* “Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019”, *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 41-89, en particular pp. 56-57.

¹⁶³ Sobre este punto, *vid.* el voto particular a la STC 88/1993, de 12 de marzo, por parte del Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. Poniendo de relieve también la inseguridad derivada de dicha doctrina, *vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular pp. 18-21. En el mismo sentido, A. FONT I SEGURA, “La STC 132/2019, sobre el libro VI del Código civil de Cataluña: ¿una cuestión de principios?”, *REDI*, 2020, Vol. 72/2, pp. 321-328, en particular pp. 322-324. También R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 615-626, en particular pp. 616-617.

¹⁶⁴ Vid. STC 132/2019, de 13 de noviembre.

¹⁶⁵ Así lo han puesto de relieve, entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 7, 2020, pp. 3-22; y R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 615-626.

¹⁶⁶ Como declara el TC “(...) porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada (...)”, STC 132/2019, FJ 3.

¹⁶⁷ Por todos, *vid. op. cit.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular p. 26.

tación del vínculo con el derecho preexistente vigente al entrar en vigor la CE es genérico, basado en la conexión orgánica para avalar el crecimiento orgánico porque el punto de partida es el conjunto del derecho preexistente¹⁶⁸. Hay que precisar, sin embargo, que esta aproximación ya se había efectuado. Basta con citar la STC 156/1993, de 6 de mayo, donde la supresión del requisito de los testigos en los testamentos notariales se consideró constitucional la normativa impugnada por la conexión orgánica con la regulación de las sucesiones y, en particular, con la sucesión testada. En cambio, lo que puede constituir una alteración de la doctrina es una modificación temporal en el alcance de la conexión. En este sentido, el TC acepta que la conexión suficiente pueda derivar tanto del derecho preconstitucional como de normas postconstitucionales que mantuvieran una relación razonable con el acervo normativo autonómico¹⁶⁹. Se ha puesto de manifiesto, sin embargo, que no es la primera vez que el TC toma en consideración normas postconstitucionales en la aplicación de la doctrina de la conexión suficiente¹⁷⁰. Con todo, resulta evidente que no había habido un cambio explícito del factor temporal de la conexión hasta la STC 132/2019.

La alteración de la doctrina ha sido criticada por su falta de consistencia con resoluciones anteriores más estrictas¹⁷¹. Esta interpretación continúa manteniendo el criterio de la “conexión suficiente”, pero no cabe duda que al mismo tiempo que amplía las posibilidades legislativas de las CCAA con derecho civil propio, plantea interrogantes sobre la coherencia doctrinal del Tribunal, especialmente en comparación con sentencias anteriores más restrictivas. El cambio es tan profundo que hay autores que se preguntan si realmente es un punto de inflexión y si esta nueva orientación se va a sostener en posteriores sentencias¹⁷². Las críticas más severas alertan sobre el riesgo de que esta sentencia erosione el Código Civil como eje vertebrador del derecho en España, favoreciendo una fragmentación legislativa difícil de gestionar en el futuro¹⁷³.

Si no decae la nueva interpretación de la “conexión suficiente” -al referirse el TC en STC 157/2021, FJ 4, al art. 149.1.8ª CE no hace suya la doctrina sobre la conexión con normas postconstitucionales, tal como fue formulada en la STC 132/2019¹⁷⁴-, se va a mantener una interpretación formalmente “foralista” -se continúa invocando la doctrina mencionada centrada más en las instituciones que en el derecho civil autonómico como un todo¹⁷⁵- en relación con el desarrollo del derecho civil de las CCAA, pero con un alcance tan amplio, como consecuencia de la laxitud en el enfoque respecto a la conexión suficiente y al desarrollo normativo autonómico, que en la práctica el TC estará efectuando una interpretación autonomista, conforme a la cual el único límite a la competencia autonómica en materia civil es el segundo inciso del art. 149.1.8ª CE¹⁷⁶. De hecho, la STC 132/2019, subraya que las bases de

¹⁶⁸ *Vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 317-318

¹⁶⁹ *Vid.* STC 132/2019, FJ 2.

¹⁷⁰ *Vid. op. cit.* C. I. ASÚA GONZÁLEZ, “Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional”, pp. 24-25, señalando la STC 133/2017, de 16 de noviembre y la STC 41/2018, de 26 de abril. Ahora bien, que las haya tenido en cuenta no redundaría en la atribución de competencia, como puede apreciarse en la STC 133/2017.

¹⁷¹ Los votos particulares del Magistrado A. OLLERO TASSARA y del Magistrado A. MONTOYA MELGAR a la STC 132/2019 discrepan abiertamente de la variación de la doctrina de la conexión suficiente tal como la había concebido hasta entonces el TC. Apuntando también este punto, aunque con un planteamiento general de la competencia de las CCAA en materia de derecho civil radicalmente distinto y, en particular, con una visión crítica de la doctrina de la conexión suficiente, *vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pp. 1-43, en particular p. 6.

¹⁷² *Vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, pp. 319 y ss

¹⁷³ *Vid. op. cit.* R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “La destrucción de la obra codificadora”, pp. 21-22

¹⁷⁴ Retomando la fórmula empleada en la STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4 a), conforme a la cual “la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.”, más restrictiva que la presente en el FJ 3 de la STC 132/2019.

¹⁷⁵ De ahí el análisis que lleva a cabo el TC, contrato por contrato (FJ 4 y ss.), pese al planteamiento preliminar (FJ 3)

¹⁷⁶ Observando también esta contraposición entre el formato y el sustrato de la argumentación, *vid. op. cit.* S. ÁLVAREZ GON-

las obligaciones contractuales representan un límite infranqueable para la competencia autonómica, incluso en aquellos casos en que las CCAA pretendan desarrollar figuras contractuales conectadas con su derecho histórico. Así, por un lado, refuerza la rigidez del segundo inciso del art. 149.1.8ª CE, al delimitar con claridad¹⁷⁷ las materias reservadas con carácter exclusivo al Estado, pero, por otro lado, flexibiliza el primer inciso. No cabe duda de que esta nueva orientación, si se mantiene, tiene implicaciones significativas para el modelo competencial español. Si bien garantiza un marco común en los ámbitos básicos previstos en el segundo inciso, cambia por completo el panorama plurilegislativo español¹⁷⁸. No obstante, cabe señalar que este planteamiento también genera incertidumbre sobre los límites de esta conexión y su impacto en el sistema jurídico español ya que podría dar lugar a una fragmentación normativa en detrimento de la unidad del sistema.

2. Sujetos de la competencia en materia civil

45. Los sujetos de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil no vienen explícitamente fijados en el art. 149.1.8ª CE. Como vimos¹⁷⁹, esta delimitación se efectúa con la fórmula “foralista”, por así decir, “allí donde existan” que posee una doble función, locativa y temporal. El TC desprende de dicha expresión que el art. 149.1.8ª CE establece que solo pueden ejercer esta competencia las CCAA que, asumiendo esta competencia en el Estatuto, tuvieran derecho civil vigente en su territorio en el momento de entrada en vigor de la Constitución¹⁸⁰, con independencia de la vía de acceso seguida para el autogobierno¹⁸¹. Existe, en consecuencia, una legitimación histórica, pero, por mandato constitucional, se exige una continuidad en el tiempo. En este sentido, puede observarse que, tanto la expresión de la “voluntad autonómica” como la pervivencia histórica del derecho foral al tiempo de la adopción de la CE, deben conjugarse como requisitos cumulativos para que constitucionalmente se reconozca la atribución competencial. Según la jurisprudencia constitucional no es necesario que el derecho civil propio vigente en aquel momento estuviera compilado, bastaba con se tratara de una costumbre civil¹⁸², también vigente en aquel momento. No obstante, más tarde, el TC declaró la inconstitucionalidad de la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y la Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas¹⁸³, pese a que el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana dispusiera su competencia para “la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano” en el art. 31.2 y comprendiera

ZÁLEZ, “La Sentencia 132/2019 del Tribunal Constitucional sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña: ¿Incidente o punto de inflexión?”, p. 316, quien pone de relieve las contradicciones que comporta. Hay que apuntar que la ambivalencia tampoco es fortuita. De hecho, el art. 149.1.8ª CE responde a un sustrato foralista contenido en un formato autonomista.

¹⁷⁷ Si es que ello es posible en temas tan ambiguos y abiertos como el de las bases de las obligaciones contractuales.

¹⁷⁸ Algunos autores advierten que podría generar una carrera por la competencia en materia civil, incluso entre CCAA que no tuvieren un Derecho civil propio al entrar en vigor la CE, *vid. op. cit.* R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, p. 622, que apunta además que no debe generar desigualdades entre CCAA, p. 623.

¹⁷⁹ *Vid. supra* epígrafe IV y V.

¹⁸⁰ SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1; 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76.

¹⁸¹ *Vid.* A. ARCE JANÁRIZ, *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 46 y ss. La STC 88/1993, de 12 de marzo, consideró conforme a la Constitución la ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón, de acuerdo con la tesis presentada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico”, *REDC*, 1982, 5, pp. 63-93, y de ahí se ha destacado que el TC se ha centrado especialmente en el origen y fundamento histórico de las competencias en materia de Derecho civil “foral”, con independencia de la vía de acceso a la autonomía o del grado o alcance de la misma, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil”, *Juris*, 1994, 1, pp. 37-76.

¹⁸² Más precisamente, “normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución” que subsistieran en el territorio de la CA, STC 121/1992, FJ, *vid.* también la STC 182/1992 16 de noviembre, lo que explicaría la constitucionalidad de la ley de arrendamientos históricos valenciana, la ley de arrendamientos rústicos gallega o el fuero de Guipúzcoa, aunque respecto del último no se ha pronunciado el TC.

¹⁸³ En las SSTC 82/2016, de 28 de abril; 192/2016, de 16 de noviembre, y 110/2016, de 9 de junio, respectivamente. En las tres SSTC formula voto particular el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

una disposición transitoria tercera, según la cual “la competencia exclusiva sobre el derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española”. El TC descartó que pudiera establecerse, por falta de acreditación¹⁸⁴, la existencia de reglas consuetudinarias al entrar en vigor la CE en las materias reguladas por el legislador autonómico que permitieran su conservación o modificación ni tampoco ninguna institución civil diferente a la regulada, pero con una conexión suficiente con estas materias, que permitiera su desarrollo.

46. Adviértase que al establecer la entrada en vigor de la CE como punto de partida se fija la delimitación y alcance de la diversidad legislativa avalando la situación preexistente¹⁸⁵. Como se ha puesto de manifiesto¹⁸⁶, “entender que una frase tan genérica como «allí donde existan», utilizada por el artículo 149.1.8 CE exige el dato de la vigencia efectiva del Derecho foral o especial en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, (...) tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o «por ahora» en los territorios donde «subsistan», como decía en su redacción original el Código civil. No parece necesario esforzarse en demostrar que esta concepción residual no es la que mantiene la Constitución, que habla de una manera amplia de la legislación en materia de «derechos forales o especiales» como competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas y reserva al Estado concretas materias que son las que verdaderamente se considera necesario mantener frente a estos derechos en el ámbito de su competencia exclusiva”¹⁸⁷. En efecto, ello no concuerda con el nuevo paradigma que se edifica con la CE, basado en un Estado compuesto como apelación a la historia y como una exigencia democrática.

VI. Reflexiones a modo de conclusión

47. La configuración de España como un Estado compuesto responde tanto a una apelación histórica como a una exigencia democrática. Lejos de ser fruto del azar o de consideraciones exclusivamente funcionales, esta forma de organización territorial refleja el reconocimiento de la pluralidad y diversidad que caracteriza a España. El proceso histórico que culmina con la adopción de la Constitución de 1978 establece un paradigma que supera la tolerancia pasiva hacia la diversidad normativa, instaurando un marco de reconocimiento activo de la misma. Este reconocimiento no se limita a la diversidad normativa en sí misma, tampoco a las entidades territoriales constituidas en CCAA, sino que se proyecta sobre el propio Estado, que se ve reflejado en su pluralidad interna. Esta consciencia, que tiene reflejo jurídico en la CE, no se produce, en cambio, con la representación de España como Estado unitario.

48. El derecho civil ofrece un ejemplo paradigmático de esta transformación. Desde el proceso de codificación, marcado por tensiones entre la unificación y la diversidad normativa, hasta la consolidación constitucional de los derechos civiles autonómicos, se ha transitado hacia una estructura plurilegislativa que otorga vida propia a los distintos ordenamientos civiles mediante las potestades legislativas autonómicas. Pese a las divergencias sustantivas en ámbitos tan relevantes como, por ejemplo, la capa-

¹⁸⁴ Debe demostrarse “su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas”, STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6.

¹⁸⁵ Basta aportar como cita la declaración realizada en STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6, “Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española.”, que demuestra cómo la situación preexistente condiciona la solución a la pluralidad legislativa en el momento fundacional. Este es precisamente uno de los puntos debatidos en el voto particular del Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

¹⁸⁶ Párrafo 2 del voto particular emitido por el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

¹⁸⁷ Muy crítico con esta posición, vid. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?”, *DPyC*, 2017, 31, pp. 111-162, en particular pp. 121-124. Vid., por el contrario, F. J. PALAO GIL, “We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y Derecho civil”, *DPyC*, 2017, 21, pp. 163-216.

cidad de las personas o los derechos reales, este desarrollo no compromete la unidad del ordenamiento jurídico, que se encuentra garantizada por los principios constitucionales y, en particular, por el segundo inciso del art. 149.1.8ª CE, eje articulador de las relaciones entre particulares a nivel estatal.

49. El art. 149.1.8ª CE encarna, además, las complejidades de la construcción de un Estado compuesto. Lejos de ser una norma simple -como en principio debería ser una norma de atribución de competencia-, dicha disposición condensa tensiones y debates interpretativos que revelan la diversidad de visiones sobre el modelo territorial. Aunque el Tribunal Constitucional ha construido una jurisprudencia con bases foralistas, ha avanzado hacia un modelo que refleja una clara vocación autonomista, sin renunciar a la centralidad del Estado en las materias definidas como exclusivas que garantizan la seguridad del tráfico jurídico. La CE prevé otros mecanismos para asegurar la unidad del ordenamiento en el ámbito civil, siendo el más relevante el que deriva de la unidad de jurisdicción. La coexistencia de derechos civiles no es una amenaza a la unidad del ordenamiento jurídico; más bien, reafirma su pluralidad y su capacidad de integrar la diversidad en un marco de principios comunes. En este contexto, un sistema unitario para resolver los conflictos internos de leyes -un verdadero sistema de derecho interregional y no el actual art. 16 CC- constituye el antídoto más eficaz para la incertidumbre y la desconfianza

50. Posiblemente hace falta un debate desasosegado que posibilite una reforma constitucional del art. 149.1.8ª CE sobre la función del derecho civil en la sociedad contemporánea, la asunción de la diversidad legislativa, la determinación de los ámbitos sobre los que dicha diversidad puede asumirse y los sujetos habilitados para regularlos. Mi posición es absolutamente sobrada. De hecho, ya se desprende de las páginas que preceden estas reflexiones. Con todo, creo que falta una coordinación institucional entre los distintos actores que, sin menoscabo de la diversidad y del ejercicio de la competencia exclusiva que les ha sido atribuida, neutralizaría recelos y desconfianzas y contribuiría a disipar, o al menos a anticipar, los riesgos inherentes a las divergencias.

Relaciones entre los Capítulos IV y del Título Preliminar del Código Civil en la aplicación del Derecho civil de las comunidades autónomas

Relationships between chapters IV and V of the preliminary title of the civil code in the application of civil law of the autonomous communities

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

*Catedrático Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 01.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9364

Resumen: La compleja interacción existente entre el contenido de los Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código civil permite apreciar toda una serie de distorsiones en su aplicación práctica, sobrevenidas desde su aprobación en 1974, y que requieren para su superación de un nuevo desarrollo normativo que colme las lagunas de regulación y que proceda a la obligada actualización de sus soluciones conflictuales, única vía posible para poder dotar al sistema español de Derecho interregional de una necesaria coherencia interna.

Nuestro ordenamiento jurídico carece en realidad de un verdadero sistema de Derecho interregional. La singular y cada vez más acentuada pluralidad normativa interna que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico español es objeto de creciente atención y regulación normativa en el plano europeo y en el bloque normativo convencional/internacional.

Por todo ello, urge acometer la reforma este sector desde una perspectiva basada en la obligada hibridación de tres dimensiones (constitucional, jurídico-privada europea e interna) para poder así fundamentar el establecimiento de un conjunto coherente de normas que proporcionen seguridad jurídica al sistema.

Palabras clave: Derecho interregional, vecindad civil, conflictos internacionales, internos e interlocales, criterio de conexión, unidad-dualidad de sistemas, técnicas de reglamentación, interacción bloques normativos.

Abstract: The complex interaction between both Chapters (IV and V) of the Preliminary Title of the Civil Code allows us to appreciate the existence of a whole series of distortions in its application in the face of a long list of supervening issues, not foreseen by the legislator and that are in need of a new regulatory development in order to overcome regulatory gaps, as well as update conflictive solutions and finally be able to provide the system of interregional law with a hitherto non-existent internal coherence. Our Spanish legal system actually lacks a true system of Interregional Law. And this unique and increasingly accentuated internal regulatory plurality is also the object of growing attention and regulatory regulation at the European level and in the conventional/international regulatory block. It is therefore urgent to undertake the reform of this sector of our legal system, keeping in mind a perspective based on the obligatory hybridization of three dimensions (constitutional, legal-private, European and internal) in order to be able to base the establishment of a coherent set of rules that provide legal security to the system.

Keywords: Interregional law, Civil neighborhood, international, internal and interlocal conflicts, connection criteria, unity-duality of systems, regulatory techniques, regulatory blocks interaction.

Sumario: I. Consideraciones introductorias: la compleja interacción sobrevenida entre los Capítulos IV y V del Título preliminar del Código civil. II. El artículo 16.1, clave de bóveda del sistema conflictual interno 1. Origen del precepto. 2. Las diferentes opciones hermenéuticas. III. La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro. 1. Recapitulación: ¿mantenimiento de la conexión vecindad civil por inercia o reforma integral del sistema? 2.Regulación de la vecindad civil en el Capítulo V del Título preliminar. 3. La (no) vecindad civil de los extranjeros y el denominado “tercer escalón” conflictual: los conflictos interlocales. IV. Conflictos internos de leyes y conflictos normativos internacionales: unidad o dualidad de sistemas. V. Conclusiones.

Consideraciones introductorias: la compleja interacción sobrevenida entre los capítulos IV y V del Título preliminar del Código civil

1. Esta reflexión introductoria persigue contextualizar y analizar la compleja interacción existente entre los respectivos contenidos de los Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código civil, así como las distorsiones que se proyectan sobre la aplicación práctica de sus disposiciones y del propio sistema de Derecho interregional español, solo superables mediante un nuevo desarrollo normativo que colme las lagunas de regulación existentes y que proceda a la obligada actualización de sus soluciones conflictuales, única vía posible para poder dotar al sistema de Derecho interregional de una hoy día inexistente coherencia interna.

Ambos Capítulos (el IV, centrado en las “normas de Derecho internacional Privado” y el Capítulo V, al concretar el “ámbito de aplicación de los regímenes jurídico civiles coexistentes en el territorio nacional”) han experimentado a lo largo de sus cincuenta años de vigencia asimetrías de aplicación (es decir, están llamadas a resolver conflictos normativos no expresamente previstos en su técnica normativa) y asincronías normativas (la evolución y desarrollo normativo del primero, el Capítulo IV, contrasta con la ausencia de adecuación del Capítulo V al nuevo contexto de aplicación, tal y como posteriormente será analizado).

2. Cabe recordar¹ que la reforma del Título preliminar supuso el más importante de los cambios introducidos en el Código civil español hasta la fecha, tanto por la materia de las normas reformadas como por su ámbito de aplicación, habida cuenta de que sus disposiciones, más allá del mero Derecho civil, eran también aplicables a otras ramas del Derecho, y que cincuenta años después el Capítulo IV del Título preliminar del Código civil se considera casi una reliquia histórica y se valora de forma positiva que supuso el punto de partida no solo para la modernización sino para la construcción misma del DIPr español, aunque en la actualidad se haya llegado a la apreciación de un cierto carácter residual en la aplicación de buena parte de las normas del Capítulo IV del Título preliminar del Código civil².

¹ En tal sentido, vid. J.C FERNÁNDEZ ROZAS, El Derecho internacional privado español en el cincuentenario de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974, *La Ley*, nº125, *Sección Unión Europea*, 31 de mayo de 2024.

² Tal y como acertadamente señala J.C FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho Internacional”, los arts. 8 a 12 del Código civil, redactados originalmente con el propósito de abordar el ordenamiento jurídico español en su totalidad, perdieron parte de su eficacia ante la aparición de un «polisistema», con la Constitución Española como su punto focal. La Constitución, en efecto, influyendo en todos los ámbitos jurídicos, incluido el DIPr, desplazó el papel predominante que antes tenía el Título preliminar del Código civil. Además, la participación activa de España en la cooperación internacional y su pertenencia a la Unión Europea transformaron el panorama normativo, con una mayor intervención en Convenios internacionales y una adaptación a los estándares normativos europeos. Este proceso ha conducido a acentuar la característica de dispersión normativa en el sistema

Como es sabido, la Constitución de 1978 optó por garantizar la pluralidad en materia de Derecho civil, y la idea de un único Código dejó de tener cabida en el marco constitucional (art. 2 CE en relación con el art. 149.1.8 CE). En efecto, en la nueva etapa histórica abierta por la Constitución el Código civil dejó de ser el centro del sistema.

En realidad, el art. 13 del Código civil³, si bien está todavía formalmente en vigor, ya no puede determinar en exclusiva las relaciones e interacciones existentes entre el Código civil y el resto de los Derechos civiles forales o especiales, puesto que es la Constitución la que establece y ordena ahora estas relaciones en su art. 149.1.8⁴.

Fruto de las previsiones del texto Constitucional antes citadas, no cabe hablar ya de una primacía del Código civil respecto a los demás coexistentes Derechos civiles especiales españoles, ya que tal verticalidad jerárquica se ve reemplazada por un criterio de competencia, de manera que cada uno de ellos es de preferente aplicación en el ámbito de la competencia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

3. El segundo vector de reflexión en estas consideraciones preliminares queda vinculado al contenido propio del Capítulo V del Título preliminar del Código civil y se centra en el análisis de la vecindad civil como punto de conexión que vertebra el sistema español de Derecho interregional, así como el eventual recurso a la utilización de otras posibles técnicas conflictuales normativas y en la pretensión de aportar una visión doctrinal críticamente constructiva vinculada a un balance actualizado de la realidad normativa sobre la que ha de sustentarse la solución a los frecuentes y cada vez más complejos conflictos normativos internos derivados de la concurrencia y coexistencia de legislaciones civiles en España.

En definitiva, el objetivo de estas reflexiones se centra en aportar argumentos a favor del impulso de una necesaria labor de revisión normativa del sistema español de Derecho interregional. Para ello, resulta obligado atender a tres dimensiones o prismas de aproximación: en primer lugar, la perspectiva Constitucional; en segundo lugar, la dimensión relativa al DIPr de la UE y la vertiente normativa convencional internacional, y por último el ámbito o sector del DIPr autónomo o interno español.

4. Por todo ello, procede realizar un análisis centrado en la necesidad de que el legislador interno español, tanto el estatal como los vinculados a los diversos sistemas jurídicos civiles especiales que conviven en seno del ordenamiento español, atiendan en sus futuros desarrollos normativos a la cada vez más relevante dimensión europea y a regulación de fuente convencional-internacional, de forma que pueda así encauzarse de forma armónica y coherente una acertada respuesta a la demanda de compatibilidad entre sistemas, más necesaria que nunca debido a la creciente interacción entre los diversos bloques normativos en presencia.

En efecto, debe tenerse presente que, tal y como señaló de forma muy acertada el prof. Font Segura,⁵ la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, porque la determinación o la concreción de cuál de los diferentes derechos civiles españoles coexistentes deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales, sino que surge también y cada vez con más frecuencia, también en supuestos internacionales o intraeuropeos.

de DIPr español. Como resultado, el Capítulo IV del Título preliminar del Código civil ha perdido la relevancia que tenía hace varias décadas.

³ Conforme al cual, “1. Las disposiciones de este Título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del Libro I(...) tendrán aplicación general y directa en toda España. 2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, registrará el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales”.

⁴ Sobre el particular y las diferentes etapas históricas, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA y C. BAYOD LOPEZ, *Comentarios al Código civil*, I, Título Preliminar, coordinados por J. RAMS ALBESA, ed. J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 2000, pp. 367-386.

⁵ A. FONT SEGURA, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Direcció General de dret i Entitats Jurídiques de 18 de setembre de 2006”, *In Dret*, 2007, n.º. 2, págs. 3-5. De igual modo, resulta de obligada lectura el trabajo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sobre la aplicación de Convenios Internacionales y Reglamentos europeos en Derecho interregional”, *AEDIPr*, t.XVIII, pp.127-161.

5. Conforme a los clásicos parámetros doctrinales de nuestra disciplina de DIPr, y en atención al grado de uniformidad de sus normas, los diferentes ordenamientos estatales pueden ser encuadrados en dos grandes grupos: simples o unitarios, que poseen un único sistema de fuentes de producción jurídica y una sola organización judicial, y complejos, caracterizados por la coexistencia dentro del mismo territorio estatal de diversos sistemas jurídicos que poseen su propio ámbito de vigencia, espacial o temporal y, en muchos supuestos, diferentes organizaciones judiciales⁶.

Como es sabido, nuestro sistema jurídico estatal se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o plurilegislativos⁷ y viene caracterizado por la convivencia de diversos sistemas legislativos territoriales y por la presencia en su seno de conflictos normativos internos de carácter interregional e interlocal⁸.

En el caso de nuestro sistema jurídico español, tales conflictos internos presentan la nota de interterritorialidad, resultante de ordenamientos que poseen un determinado ámbito de vigencia espacial y no viene acompañado de una pluralidad de organizaciones judiciales.

Como ha sido indicado, la Constitución representa la regla base sobre la que se articula este primer nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela su concreto ámbito sustantivo o material, centrado clásicamente en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), y sólo en la vertiente de ley aplicable⁹.

6. En conclusión, desde esta dimensión interna del DIPr español, el artículo 149.1. 8. CE se tradujo en la opción por un sistema estatal y, por tanto, uniforme, de Derecho interregional. Tal teórica unidad del sistema de solución de conflictos, junto a otros principios estructurales del sistema (como la igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes), con incidencia en el ámbito de problemas de Derecho privado, ha sido ya objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional, estableciendo los parámetros hermenéuticos básicos para delimitar los límites del legislador estatal y para determinar el grado de discrecionalidad de éste en ejercicio de su facultad de configuración del sistema de solución de tales conflictos internos

En definitiva, la estructura interna de nuestro sistema jurídico español queda integrada por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados conflictos internos, derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales o especiales frente al Derecho común.

7. En este sector surge como cuestión previa muy relevante la de determinar en qué institución recae la competencia constitucional para legislar en materia conflictual, pues ésta es la que deberá optar por un instaurar bien un sistema de unidad o de dualidad normativa. Como punto de partida es conveniente recordar el tenor literal del artículo 149.1.8 de la Constitución, que actúa como auténtica garantía constitucional de la existencia de diversos Derechos civiles en España¹⁰ y que ha dado lugar a un sistema estatal uniforme de Derecho interregional¹¹.

Es preciso tomar conciencia de la diversidad y complejidad de esas disposiciones que, dentro de la normativa estatal, europea y convencional, tratan de hacer frente a las dificultades sobrevenidas fruto

⁶ Sobre las diferentes causas que generan el fenómeno del Estado plurilegislativo, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Les ordres pluri-législatifs dans le Droit International Privé actuel», *R. des C.*, 1994-V, t. 249, pp. 145-368.

⁷ Sobre el particular, véase M.E. ZABALO ESCUDERO, «El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales», *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág.899.

⁸ Sobre dicha realidad jurídica, véase entre otros J.L. IRIARTE ÁNGEL, «Los conflictos internos en el sistema español», *Propiedad y Derecho internacional*, Editorial Fundación registral, Madrid, 2007, p 133-163; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del País Vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

⁹ Un muy acertado análisis acerca de los principios constitucionales insitos en el título competencial puede verse en la reflexión de la profra. M^a.V. CUARTERO RUBIO, «El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento», *Derecho Privado y Constitución*, 36, 2020, pp. 47-78.

¹⁰ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, «Derecho interregional español una urgente y necesaria reforma» en la obra colectiva *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*. Cizur Menor, 2020, pág. 113.

¹¹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, «La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho interregional y el Derecho civil vasco: análisis en clave funcional», *REDI*, 2001 (1 y 2), vol. LIII, págs. 75-103.

de la interacción entre esa suma triple (internacional, europea e interna) de fuentes normativas; y a su vez, hay que tener presente la complejidad derivada de la maraña de bloques normativos en presencia, al que se añade el adicional reto conflictual que representa la existencia de ordenamientos que, como el español, vienen caracterizados por su calificación como plurilegislativos, de forma que coexisten en su seno heterogéneas regulaciones sustantivas incluso en niveles interlocales, todas ellas necesitadas de pautas de ordenación conflictual y de delimitación de sus respectivos ámbitos de vigencia

8. Son, además, tres bloques normativos cada vez menos estancos y que interactúan y se interrelacionan con mayor intensidad, por lo que es preciso articular criterios y técnicas de regulación que atiendan a esta emergente dimensión normativa conflictual de una forma coherente y con criterios de certeza y de seguridad jurídica. Frente a ello, es un dato incontrovertido la manifiesta insuficiencia normativa del sistema español de Derecho interregional para atender a la complejidad sobrevenida en este sector, lo cual representa un reto y una oportunidad para el legislador estatal.

En efecto, el actuar errático y poco meditado del legislador español en esta materia ha acentuado en los últimos años la ausencia de coordinación entre los diferentes bloques normativos (Derecho europeo, Derecho convencional y Derecho interno) que proyectan su operatividad normativa sobre los denominados conflictos internos derivados de la plurilegislación civil que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico español.

9. El legislador español ha optado –cuando menos formalmente- por la unidad de sistema, de forma que una misma norma resuelva ambos tipos de conflictos (internacionales e internos), al establecer el artículo 16.1 del Código civil que,

1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.º Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

Se trata de una cuestión de especial relevancia y necesitada de una profunda revisión, habida cuenta que *de facto*, tanto los Convenios en materia de DIPr suscritos por España como los Reglamentos de la Unión Europea sobre la materia, contienen normas de conflicto que difieren de las previstas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil; y a todo ello han de añadirse las incorporaciones por referencia a textos internacionales insertadas en el propio Título Preliminar del Código civil en los últimos años.

10. En el panorama normativo vigente, tal y como ha sido descrito y posteriormente será analizado, el Título preliminar del Código civil plantea como solución teórica (la práctica va, en realidad, por otros derroteros) la de unidad de respuesta conflictual. Nos encontramos así ante un principio teórico de unidad de norma de conflicto ubicado en el marco de un sistema que podría ser calificado como inconsistente e inadecuado a las necesidades actuales, además de confuso, porque no se aprecia una línea clara en el legislador al respecto, y cuyas carencias impiden atender a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna con los problemas de desajustes y de inseguridad jurídica que de ello se derivan.

II. El artículo 16.1 del Código Civil, clave de bóveda del sistema conflictual interno

I. Origen del precepto

11. El anteriormente citado artículo 16.1 del Código civil, al establecer que los conflictos internos se resolverán *según las normas contenidas en el capítulo IV*, formula una remisión a favor de

las disposiciones en materia de conflictos internacionales; adicionalmente, establece la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos existentes, con independencia de la residencia o domicilio de la persona¹².

En relación a su origen, cabe recordar que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973¹³, la regulación de los conflictos interregionales, una vez promulgadas todas las Compilaciones de los Derechos Forales, constituía la causa principal de la reforma del Título preliminar.

Pero la realidad es que el mismo proyecto resultaba ya contradictorio entre los propósitos expresados en su Exposición de Motivos y el texto legal, ya que éste se limitaba a introducir como novedad “las específicas provisiones que algunas instituciones requieran”, manteniéndose básicamente la regulación ya vigente, y que no era otra que la contenida en la versión original del artículo 14 del Título Preliminar del Código civil, cuyo tenor establecía que,

“conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil”.

Este artículo era, a su vez, tributario de diversas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los tiempos inmediatamente anteriores a la promulgación del CC, tal y como sostiene J. Baró Pazos¹⁴, para quien “en el Título Preliminar que antecede al Libro 1, se introduce una significativa variación en el artículo 14 recogiendo la doctrina jurisprudencial, que establece, sin antecedentes en los Proyectos anteriores, la aplicación de las reglas dictadas para la solución de los conflictos internacionales, en aquellos suscitados a nivel interregional”.

12. Para la resolución de los conflictos de leyes internos, el art. 16.1 CC se remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del CC, sustituyendo la nacionalidad por la vecindad civil y excluyendo las normas sobre calificación remisión y orden público. Su dicción literal era congruente con la situación de 1974, cuando España apenas había ratificado Convenios internacionales en las materias reguladas por los derechos forales, que tenían un contenido bastante menos extenso, por otra parte.

En la actualidad, la situación es muy distinta. Por una parte, el ejercicio de la competencia material de desarrollo orgánico de los derechos civiles forales o especiales ha supuesto un importante incremento de la normativa susceptible de entrar en conflicto. Por otra, las exigencias de la globalización han multiplicado los Convenios internacionales y los Reglamentos europeos reguladores de conflictos de leyes, con los consiguientes problemas de interacción, de interpretación y de desajustes entre las soluciones normativas internas y externas.

2. Las diferentes opciones hermenéuticas

13. Para sortear las dificultades que plantea la remisión a unas normas que han podido quedar desplazadas y generar incoherencias dentro del sistema, un sector doctrinal propugna una interpretación sistemática y finalista del art. 16.1 del Código civil, entendiendo que la remisión debería entenderse hecha no a las normas de DIPr contenidas en el propio Título IV del Código civil, sino a las reguladoras de los conflictos de DIPr en su conjunto, con las especialidades que señala su propio art. 16.¹⁵

¹² J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Comentario al Artículo 8. Ámbito de aplicación territorial”, en la obra colectiva *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* (A.M. URRUTIA BADIOLA, F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA, directores, y A.M. URRUTIA BADIOLA, coordinador). Lanbideak bilduma núm. 14. Bilbao, 2020, p. 135.

¹³ BOE 17 de marzo de 1973, literalmente dispone que “procede cumplir el mandato de regular los conflictos interregionales”.

¹⁴ J. BARÓ PAZOS, *La Codificación Del Derecho Civil En España (1808-1889)*. Santander, 1993, p. 275.

¹⁵ E. ESPINEIRA SOTO, “Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas”, *El notario del siglo XXI* - enero - febrero 2019 / N° 83 que puede consultarse en <http://www.elnotario.com>.

Esta interpretación tiene un importante escollo que salvar pues, aparte de que no es ni podía ser en absoluto la voluntad del legislador del año 1974, tampoco parece serlo en la actualidad, ya que en tal caso no habría sido necesario incluir en los propios preceptos del Código civil las remisiones a las normas de los instrumentos convencionales externos.

En efecto, ha suscitado un relevante debate doctrinal, si se compara con la escasa respuesta y atención por parte del legislador español, la conveniencia o no de legislar sobre los conflictos internos, así como sobre si la remisión del artículo 16.1 del Código a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar debería entenderse literalmente, esto es, referida a las mismas normas contenidas en el texto legal, o si por el contrario debería interpretarse de manera dinámica, lo que permitiría que una vez desplazada esa norma por el Convenio o el correspondiente Reglamento de la UE, y sustituida por el propio texto internacional, fueran las soluciones de estos últimos también aplicables a los conflictos de leyes internos¹⁶.

14. ¿Cómo ha de interpretarse la remisión contenida en el artículo 16.1 del Código civil a favor de las normas de DIPr del propio Código civil?; ¿se trata de una remisión *in toto* o estamos ante una remisión parcial o selectiva?

Tal y como señala Delgado Echevarría¹⁷, hay que precisar que, en realidad, la remisión la hace el referido artículo 16.1 a las normas contenidas en el capítulo IV del propio Título preliminar (arts. 8 a 12). ¿Comprende o no tal remisión aquellas otras normas del Código civil o también las recogidas en el Derecho internacional convencional, en los Convenios internacionales ratificados por España

Una lectura literal del precepto podría llevar a considerar que la remisión queda limitada a las previsiones normativas del propio Capítulo IV del Código civil, pero una interpretación extensiva conduciría a defender que la remisión se extiende en realidad a toda la normativa de DIPr de producción interna.

En relación con las normas de origen internacional o europeo, éstas quedan fuera del sentido literal de la remisión y, por tanto, en principio, quedarían fuera del Derecho interregional las normas de Derecho internacional de origen convencional e institucional europeo, cada vez más importantes en el Ordenamiento español, y que van sustituyendo la aplicación de las del Título preliminar del Código civil por otras basadas en criterios generalmente más modernos y adecuados.

Tales normas de origen convencional y de la UE suelen excluir expresa o implícitamente su aplicación a los conflictos de leyes internos, de manera que sólo en casos expresamente previstos sustituirán en los conflictos internos la aplicación de las reglas del Código

15. ¿Cómo han de interpretarse las reformas introducidas por el legislador estatal en relación a las conexiones previstas en parte de los artículos del Capítulo IV del Código civil? Sabido es que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dio una nueva redacción a los apartados 4 (filiación), 6 (protección de menores y de mayores de edad) y 7 (alimentos).

Estos tres preceptos se remiten en la actualidad a diversos Convenios internacionales en vigor para España y a distintos Reglamentos europeos que contienen normas de conflicto de leyes. Proyectado al campo de los conflictos internos, ello significa que los apartados 4, 6 y 7 del art. 9 del Código civil sólo remiten a las normas internacionales cuando el legislador español así lo indica expresamente.

Es decir, con anterioridad a su reforma en 2015, estos preceptos tenían sus propios criterios de conexión y no se podía entender que remitían a tales normas internacionales. Si el referido art. 9 remitiese a tales normas internacionales de modo automático o implícito, no habría hecho falta que el legislador lo indicara expresamente.

Por otro lado, el art. 9.8 del Código civil no ha sido modificado y mantiene su anterior redacción, sin referirse al Reglamento sucesorio europeo 650/2012. Este instrumento legal se aplica para fijar la

es/index.php/practica-juridica/9147-regimenes-economicos-matrimoniales-y-efectos-patrimoniales-de-las-uniones-registradas-con-repercusiones-transfronterizas

¹⁶ Sobre el particular, vid. M.E. ZABALO ESCUDERO, "Conflictos de leyes", p. 64.

¹⁷ J. DELGADO ECHEVERRÍA, "Comentario al art. 16 Cc.", en la obra colectiva *Comentarios al Código civil, I, Título Preliminar*. Barcelona, 2000, pp. 419-436.

Ley aplicable a las sucesiones internacionales, mientras que el referido art 9.8 se aplica para fijar la Ley aplicable a las sucesiones en casos de Derecho interregional o cuando el Reglamento sucesorio europeo ordena aplicar la Ley española en general.

16. Por todo ello, podría, por tanto, afirmarse que el Derecho interregional español se contiene en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, y los Convenios internacionales y Reglamentos europeos vigentes para España sólo son aplicables, por referencia, a supuestos de Derecho interregional cuando las normas recogidas en el Capítulo IV citado remitan expresamente a dichos Convenios y Reglamentos.

Esas mismas conclusiones son proyectables en relación a los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil en materia de los regímenes económicos matrimoniales: una norma europea rige para los conflictos internacionales y otra para los internos. En similar sentido concluye Garau Juaneda¹⁸, al señalar que “si el legislador español hubiera considerado que el conflicto interno en la sucesión de españoles era susceptible de ser correctamente resuelto por la vía del artículo 36.1 y no del 38, debería haber modificado el contenido del artículo 9.8 del Código civil para evitar las inadaptaciones entre este artículo y el capítulo III del Reglamento. Al no haberlo hecho, lo razonable es entender que ha optado implícitamente por mantener fuera del capítulo III del Reglamento los conflictos internos planteados por la sucesión de los españoles”.

El legislador ha tenido buenas oportunidades para pronunciarse al respecto, pero no lo ha hecho ni con ocasión de la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9º del Código civil (artículo segundo, número uno, de la Ley 26/2015) ni con ocasión de la introducción de una Disposición final 26ª en la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 650/2012 en España (Disposición final segunda de la Ley 29/2015)

17. El debate doctrinal abierto sobre esta compleja cuestión podría resumirse como sigue, encontrándonos ante dos posibles interpretaciones: una estática, en virtud de la cual la remisión a la norma de conflicto internacional lo es al texto (norma de conflicto concreta) contenida en el Código civil¹⁹, sin perjuicio de que para los conflictos internacionales exista una norma de conflicto diversa, derivada del DIPr convencional o del de la Unión Europea; y otra interpretación dinámica, conforme a la cual la remisión a las normas del Código civil en materia de DIPr lo es a la norma de conflicto aplicable a los conflictos internacionales, la que aparece en el mismo cuerpo legal, sea la norma convencional o europea que por su parte la haya sustituido.

Esta segunda interpretación dinámica tendría la ventaja de que respetaría el principio de identidad de soluciones que informaba la Exposición de Motivos de la antes citada ley de Bases de 1973.

18. En todo caso, la nueva redacción de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código civil, y su sorprendente y no del todo meditada solución para volver a la unidad normativa llevan a Zabalo Escudero²⁰ a considerar que parece que el legislador español ha iniciado un camino distinto, consciente o no, con una directa repercusión en el plano de la regulación de los conflictos de leyes internos, pues sin alterar el artículo 16.1 del Código civil (que sigue remitiendo a las normas del Título Preliminar), ha modificado algunas de las normas de DIPr del referido Título.

Así, la ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha arrastrado, como ya viene siendo técnica habitual, las normas de conflicto en la materia, dando nueva redacción a los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del propio Código civil.

Como ya ha sido indicado, la modificación consistió, por una parte, en incorporar por referencia los instrumentos internacionales (Convenios en este caso) que ya desplazaban el contenido anterior de tales normas, de manera que según la redacción vigente la disposición a la que remite el artículo 16.1 del

¹⁸ L. GARAU JUANEDA, “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”. *Bitácora Millennium DIPr*, 2, 2015, p. 74.

¹⁹ O a cualquier otra norma interna según J. DELGADO ECHEVARRIA, y no sólo al Capítulo IV del Título Preliminar del CC.

²⁰ ZABALO ESCUDERO, M.E., “Conflictos de leyes...”, p. 65

Código civil para determinar la ley aplicable, tanto en materia de “contenido de la filiación y ejercicio de la responsabilidad parental” (9.4 párrafo 2º), como en materia de protección de menores (9.6), es el Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Lo mismo sucede en materia de obligaciones de alimentos, siendo aplicable a los conflictos internos por la remisión del 16.1 del propio Código civil al Protocolo de La Haya de 2007.

19. Esta nueva forma de regular la norma de conflicto interna supone en realidad una vuelta (no integral, sino parcial) al principio de unidad materializada mediante una serie de “incorporaciones por referencia” de textos internacionales en el art. 9 del Código civil, de forma que el sistema recupera su unidad, al menos en parte, pues con posterioridad a la entrada en vigor del correspondiente Convenio se ha modificado la norma de conflicto interna en el sentido de hacer una remisión directa o indirecta a aquél, lo que supone que ambas clases de conflictos se regirán por idéntica norma

Sin embargo, este restablecimiento parcial de la unidad no se ha extendido a todos los supuestos, pues en materias tan importantes en los conflictos internos como las sucesiones o el régimen económico matrimonial rigen diversas normas para los conflictos internos e internacionales.

Una derivada destacada de este camino de la incorporación por referencia es que supone asumir la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la interpretación del régimen normativo internacional cuando funcione en el nivel interregional”, en aplicación de la doctrina derivada, entre otras, de la sentencia *Sahyouni*²¹, conforme a la que la interpretación por el Tribunal de Luxemburgo

“... de las disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste está justificada cuando el Derecho nacional las ha hecho directa e incondicionalmente aplicables a tales situaciones, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y las comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

20. Cabría concluir afirmando que el camino iniciado por el legislador en el ya lejano verano de 2015 con todas las modificaciones normativas acaecidas parecería conducir a un cierto intento de retorno al principio de unidad normativa²², pero en el presente, casi diez años después, se desconoce si se culminará así en otros supuestos, ya que en materia de sucesiones se ha optado por mantener supuestos de dualidad, mantenimiento que igualmente se ha producido respecto del Reglamento relativo al régimen económico matrimonial.

¿Existe alguna razón técnica de peso que justifique o permita argumentar por qué en unos casos se ha optado por la incorporación por referencia y en otros no? No es una cuestión clara, encontrándonos ante un legislador dubitativo y desnortado con los problemas de seguridad jurídica que de ello se derivan.

III. La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro

21. Tal y como acertadamente señala la Profra. Diago Diago²³, para saber a quién se aplica el Derecho civil vasco, aragonés, catalán, navarro, gallego, balear o el Código civil se debe recurrir a la

²¹ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni y Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2016:343; sobre la cuestión puede verse C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: Asunto C-281/15 *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, Nº 2, pp. 629-634.

²² Realizado por otros países como el Reino Unido, que mediante la sección 2(3) *The Contracts (Applicable Law) Act 1990* extendió la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a los conflictos internos (hoy Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Sobre los efectos de esta extensión *vid.*, R. PLENDER, y M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Londres, 2001, pp. 43 y 56 - 57.

²³ M.P. DIAGO DIAGO, “Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional”, *REDI*, vol.76 (2024), 1, p

llave que proporciona la vecindad civil en su primigenia función. La vecindad es el estatus que determina la sujeción al derecho Civil común o al especial o foral. En situaciones puramente internas, en las que no hay elemento heterogéneo ni internacional, la aplicación de los Derechos civiles autonómicos no plantea ningún problema.

Cuando se producen conflictos de leyes internos se debe acudir a las normas de solución y ellas determinarán cual será el derecho aplicable. En esta segunda función, la vecindad civil sería el punto de conexión de la norma de conflicto interna, que no juega en los conflictos internacionales. Esta conexión no jugará nunca respecto de los extranjeros.

Nuestro sistema de resolución de los conflictos normativos internos pivota, en ausencia de una ley especial de Derecho interregional, en torno al tenor del art.16 del Código Civil, cuyas líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a las normas de DIPr (con matizadas salvedades) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio o conexión conflictual de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles.

Tal punto de conexión, la vecindad civil, constituye conforme al tenor vigente del Capítulo V del Título preliminar del Código civil (apartado 1 del citado art.16) el elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto opera por un lado como principio general de vinculación y en segundo lugar como técnica para determinar la sujeción a un concreto ordenamiento civil (común o especial) de la situación jurídico-privada objeto de regulación.

El debate abierto en relación a la función de la vecindad civil como punto de conexión dentro de nuestro sistema de resolución de los conflictos internos debe tener presente que, como ha señalado Rodríguez Benot²⁴, la concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en DIPr, debido a la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual²⁵.

1. Recapitulación: ¿mantenimiento de la conexión vecindad civil por inercia o reforma integral del sistema?

22. Una reflexión doctrinal acerca de la necesidad y alcance de la reforma de la vigente regulación de la vecindad ha sido brillantemente expuesta por Delgado Echeverría²⁶, quien ha afirmado que la vecindad civil es un “artificio que construyó el legislador español decimonónico sin comprender plenamente lo que hacía, para salir del paso ante una situación de pluralidad de Derechos civiles que no había previsto que perdurara y que no le gustaba, y que en la actualidad la vecindad civil puede seguir realizando con éxito esa función de determinación del Derecho civil aplicable”.

Al analizar el alcance y funciones de tal conexión (vecindad civil), no debe olvidarse que hoy día la función de individualización de una ley territorial española que se realiza desde el Derecho interregional no es posible cuando la conexión personal sea extranjera, puesto que los extranjeros carecen de vecindad civil. Y a su vez debe tenerse presente que la sustitución de la vecindad civil por cualquier otra conexión afecta a la estructura misma del sistema.

Por ello, probablemente la pregunta clave a responder no es tanto si la vecindad civil puede ser sustituida por otra conexión cuando se trate de un supuesto con elemento de internacional, cuanto si el derecho interregional previsto para la solución de conflictos internos es aplicable miméticamente cuando el conflicto sea internacional, es decir, cuando contenga un elemento de transfronteridad. Y la

²⁴ A. RODRIGUEZ BENOT, “Las reglas sobre aplicación de un sistema plurilegislativo: una visión desde el exterior (especial referencia a la aplicación del Derecho español al amparo del Reglamento Europeo 2016/1104)”, En AAVV, *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, pp.357 y ss., Valencia, 2019, Tirant lo Blanch.

²⁵ Conexión que, cabe recordar, opera en nuestro sistema de DIPr en calidad de conexión subsidiaria general respecto de la nacionalidad cuando la persona de que se trate carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada en todas las materias cubiertas por el estatuto personal (art. 10.9 del Código civil).

²⁶ J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria” *Boletín Jado, Academia Vasca del Derecho*, 28, 2018, pp.65-103.

respuesta, al menos en el ámbito de la UE, es claramente negativa. Por ello hay que superar tal deficiencia o carencia de la regulación del tráfico jurídico interregional en nuestro sistema

23. La realidad del escenario normativo dibujado por los vigentes Capítulos IV y V del Título preliminar del Código civil es que el sistema conflictual español gira (formalmente al menos) en torno al principio de unidad de soluciones tanto para los conflictos internos como para los internacionales. Sin embargo, la realidad normativa sobrevenida debido a reformas puntuales acometidas por el propio legislador español ha transformado *de facto* el régimen conflictual español en un sistema dual

El legislador español ha optado, en realidad, y sin alterar formalmente el principio rector del sistema de Derecho interregional, por un sistema mixto que combina, por un lado, el recurso a las soluciones sustentadas por la incorporación por referencia de normas contenidas en los Convenios internacionales o en los diversos Reglamentos europeos para resolver algunos supuestos, y por otro en el mantenimiento de las soluciones clásicas ofrecidas por el Código civil en su Título preliminar.

El legislador estatal deberá finalmente decidir si opta por mantener el principio de unidad de soluciones (que conduciría a la extensión de las soluciones ofrecidas por los Convenios internacionales ratificados por España y los Reglamentos europeos para la resolución de los conflictos internos de leyes) o bien apuesta (y cabe adelantar que parece la solución más razonable) por instaurar un sistema dual o mixto de soluciones a los conflictos de leyes, según sean éstos internos o internacionales

24. En efecto, tal realidad sobrevenida requiere un profundo análisis que posibilite abordar la necesaria reforma y modernización de nuestro sistema español de los conflictos internos de una manera seria y rigurosa, labor que habrá de realizarse de forma acorde y respetuosa con la articulación de la pluralidad de Derechos privados españoles y atendiendo, además, a la creciente incidencia sobre los mismos del Derecho europeo.

Desde la óptica de nuestro sistema español de DIPr, los esfuerzos del legislador estatal interno deberían centrarse en el objetivo de mejorar las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales (tal y como por primera vez se hizo con ocasión de la promulgación de la Ley de cooperación jurídica internacional)²⁷, pues éstas, por su propia naturaleza, no pueden descender al detalle y necesitan un acomodo en la legislación interna que permita su correcta aplicación.

En efecto, los problemas de aplicación planteados por el sistema conflictual en su configuración vigente invitan a proclamar la conveniencia de una reforma completa de nuestro sistema español de Derecho interregional. Y no cabe obviar el hecho de que la implementación de las normas europeas e internacionales para solventar los conflictos internos de leyes plantea importantes problemas prácticos y teóricos.

25. Las soluciones han de ser necesariamente diferenciadas y específicas. Para ello, el legislador español ha de replantearse el tenor y el alcance del art.16 del Código civil y la conveniencia del recurso a un punto de conexión diferente para los conflictos internos frente a los internacionales. Tal y como posteriormente será analizado, cabe proponer como oportuno y razonable el mantenimiento, con ajustes modernizadores, de la vecindad civil como criterio de conexión para los conflictos internos entre españoles.

Por otro lado, si bien ha de avanzarse hacia soluciones diferenciadas, cabe afirmar que una de las opciones consistiría en adaptar las soluciones ofrecidas para solventar los conflictos internos de leyes a la normativa internacional.

Y como primer reto cabe aludir a la dimensión de la autonomía de la voluntad de las partes; en efecto, en la actualidad, y como es sabido, la autonomía conflictual ha irrumpido en el ámbito de Derecho de familia. Cabría por tanto introducir ese principio de autonomía de la voluntad conflictual como criterio de conexión dentro de nuestro sistema interno, que aparece en la regulación de los Capítulos IV y V del Título preliminar del Código civil de manera marginal.

²⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

26. En definitiva, cabe afirmar que las carencias o lagunas del sistema español de DIPr en la dimensión de los conflictos normativos internos impiden o al menos dificultan la realización de una correcta aproximación normativa a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna²⁸.

En realidad, el Derecho interregional no es sino un Derecho internacional que resuelve los conflictos internos de leyes españolas²⁹, una peculiar tipología de conflictos que plantea a su vez toda una serie de problemas específicos, como son todos los derivados de aquellas normas que delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación en función de variados criterios particulares. Es la denominada “dimensión interna” del DIPr, que en el caso español se identifica con los supuestos de Derecho interregional e interterritorial³⁰.

A día de hoy seguimos sin disponer de un verdadero sistema de derecho interregional³¹, y ello proyecta sobre este sector de nuestro ordenamiento jurídico una suma de incerteza e inseguridad jurídica inferida de la recurrente judicialización de tales conflictos normativos competenciales internos. Tal y como ha señalado la Profra. Zabalo Escudero³², la respuesta requerida más inmediata es la de seguridad jurídica y para ello se necesita una respuesta del legislador estatal, único que tiene competencia para resolver estas situaciones.

27. Nuestro legislador estatal deberá optar bien por modernizar el contenido de los vigentes Capítulos IV y V del Título preliminar del Código civil, bien por dictar una ley especial sobre los conflictos de leyes internos, o bien, por último, y como tercera posibilidad, podría optar por la incorporación al sistema interno de manera coherente y sistemática de las soluciones contenidas en los Convenios internacionales³³ ratificados por España y/o las recogidas en los Reglamentos europeos.

En todo caso, carece de toda lógica normativa que nuestro legislador español desatienda tal sector³⁴ o que reaccione mediante una defectuosa técnica normativa, al legislar (como se ha hecho) de forma sesgada, parcial e inconexa mediante el recurso a puntuales reformas de preceptos que han materializado en dicha dimensión interna del sistema la técnica de la “incorporación por referencia”; es decir, sin previo aviso se han interiorizado o incorporado las soluciones previstas en Convenios internacionales al sistema interno de solución de conflictos normativos, tal y como puede apreciarse en reforma la operada en relación a los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 del Código civil, modificadas mediante la ley 26/2015, de 28 de julio³⁵.

²⁸ En relación a esta cuestión, puede verse, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho interregional*. Santiago de Compostela: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, p.79; A. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*. Madrid, Civitas, 1987, y A.FONT I SEGURA, Una necesaria calificación por la función de la norma de conflicto en derecho interterritorial, *AEDIPR*, XIX-XX, pp.633-639.

²⁹ J.º, “Un Derecho entre gigantes”, *Cincuenta años de Derecho civil aragonés* (Coords. Carmen Bayod, Mª. y Serrano García, J.A.), Zaragoza, 2018, Ed. Instituto Fdo. El Católico, p.88.

³⁰ En tal sentido, vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, “El estado de la plurilegislación civil en España tras la sentencia del tribunal Constitucional 132/2019”. *REDI*, vol.72, pp.309-311.

³¹ Sobre la necesaria reforma del derecho interregional y la promulgación de una ley especial en este ámbito, véase A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, C.E. Florensa i Tomás (Dir.) J.M. Fontanellas Morell, (Coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 555.

³² E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 16.1”, en S.Albaladejo y Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, pp.1265 y ss., Madrid, Edersa.

³³ Véanse los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 del Código civil modificados por el art. 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Respecto del art. 9.7 hay que tener en cuenta a su vez el art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

³⁴ Sobre el particular véase C. PARRA RODRIGUEZ, “La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma”, en AAVV, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, Marcial Pons, aludiendo a que la solución normativa vigente debe ser modificada para adaptarse a las nuevas necesidades presentes en la sociedad plurilegislativa española.

³⁵ *BOE* de 29 de julio, y en cuya exposición de motivos se subraya que se reforman las normas de DIPr, en concreto los apartados 4, 6 y 7 del art.9, “normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal”.

Este actuar del legislador estatal provoca distorsiones en el sistema de Derecho interregional³⁶, que se encuentran relacionadas con una fallida actualización del sistema. *De facto* se ha producido el arrastre, el desplazamiento de las soluciones internas por las soluciones dadas a los conflictos internacionales producido por una “inconsciencia de legislador estatal”, de forma que las soluciones que se dan a los conflictos de leyes internos (en esas materias, a diferencia de otras) vía mandato art.16 CC son las mismas que se dan a los internacionales, sin atender a las peculiaridades que presentan estos conflictos

Los esfuerzos del legislador español deberían centrarse en dos grandes ámbitos: por un lado, la mejora técnica de las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales y por otro, se opte o no por la vía de la elaboración de una ley de Derecho interregional, debería atenderse a la creciente pluralidad normativa en este ámbito interno y que requiere por ello una regulación adaptada a esa nueva realidad.

28. La primera de las actuaciones de reforma normativa imprescindibles para superar las deficiencias y lagunas hoy existentes pasaría por reformar la regulación de la conexión vecindad civil recogida en el Capítulo V del Título preliminar (arts.14, 15 y 16), conexión que debería mantenerse como punto de conexión para la resolución de los conflictos internos entre españoles. Debería avanzarse en esta reforma de la vecindad civil en línea del tratamiento flexible y de las posibilidades de opción que el bloque normativo europeo prevé para las conexiones empleadas en el elenco de Reglamentos europeos (en particular, la residencia habitual).

Tal nota de flexibilidad debería traducirse entre otros avances y mejoras en permitir, bajo ciertos requisitos legales, la opción de la misma, y en particular extrapolar a esta conexión la posibilidad de autonomía conflictual ampliamente prevista en el ámbito de los Reglamentos Europeos y en numerosos Convenios Internacionales ratificados por España. No resulta ni lógico ni comprensible ni defendible en la actualidad que resulte mucho más fácil y sea mucho más flexible el poder optar por la aplicación de un régimen legal extranjero que por alguno de los existentes gracias al pluralismo normativo interno en España.

En particular, tal y como acertadamente ha defendido el Prof. Delgado Echeverría, la igualdad o paridad de todos los Derechos Civiles españoles debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la vecindad civil y aún más libre acceso a las instituciones de cada uno de los derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados, entre otras instituciones jurídico-privadas) por parte de quienes tienen cierto contacto vital con ellos³⁷.

29. En efecto, y en línea con lo defendido de forma excelentemente argumentada por el notario Oñate Cuadros³⁸, una reforma del sistema de Derecho interregional español y en particular la novación del régimen normativo de la vecindad civil como punto de conexión (art.14 del Código civil) debería basarse en estos principios: en primer lugar, ampliar en este ámbito interno-interregional la autonomía de la voluntad (autonomía conflictual) en la elección de la norma jurídica aplicable, particularmente en el ámbito de sucesiones y de matrimonio.

En segundo lugar, posibilitar (más allá de la aplicación de la doctrina general de prohibición del fraude de ley en el ejercicio de los derechos) el cambio de vecindad civil (como lo es, por ejemplo, el de nacionalidad o el de residencia habitual) sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, y en tercer lugar prever de forma jerarquizada unos puntos de conexión en los que la preferencia venga fijada por la autonomía de la voluntad (por ejemplo, *professio iuris* en sucesiones) sujeta a las condiciones que se fijen, y que la vecindad civil determine la ley aplicable de forma subsidiaria (a falta de elección de ley).

³⁶ Así es definido por M.P. DIAGO DIAGO, “Funciones de la vecindad civil..”,p.267.

³⁷ Tal y como señala el Prof. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria” *Boletín Jado, Academia Vasca del Derecho*, 28, 2018, pp.65-103, “*Professio Iuris* y otras formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones”.

³⁸ F.J. OÑATE CUADROS, “Fuentes del Derecho, Derecho Interregional Privado y Derecho Sucesorio: propuestas para una reforma del Código Civil”, *Boletín JADO, Academia Vasca de Derecho*, nº31, enero-diciembre 2023, pp.389-502.

2. Regulación de la vecindad civil en el Capítulo V del Título preliminar

30. La *ratio* última del juego compartido de los artículos 14.1 y 16.1 del Capítulo V del Título preliminar del Código civil es clara: la vecindad civil, en cuanto punto de conexión, hace las veces de la nacionalidad en los conflictos internos, convirtiéndose en todo lo relativo al estatuto personal³⁹, es el teórico único punto de conexión y constituye el elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación.

La determinación de la vecindad civil sigue siendo un elemento clave en nuestro sistema de Derecho interterritorial que debería ser regulado de manera tal que las dudas que constantemente se plantean sobre su determinación se resolvieran. Es otro reto más que al que el legislador estatal debe hacer frente.

31. Junto a lo ya anteriormente expuesto, merece la pena detenerse en ciertas reglas de adquisición y pérdida de la vecindad civil para lo que deberemos acudir al artículo 14 del Código civil.

La adquisición originaria queda regulada en los apartados 2 y 3 del citado artículo; si bien tiene su propia problemática, resulta más interesante analizar en detalle su apartado 5, regulador del cambio de vecindad civil, ya que ha dado lugar a diversos problemas debido a que es, al menos aparentemente, la más fácilmente mutable⁴⁰, al señalar que,

5. La vecindad civil se adquiere:

1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

32. Estas reglas, determinadas en el siglo XIX y necesitadas de una profunda reforma, plantean múltiples problemas, ya que tal y como recoge Moretón Sanz⁴¹, “no es fácil la intelección de la atribución de la vecindad civil por residencia”, extremo éste último que ha dado lugar a diversas intervenciones de los Tribunales, especialmente si el cambio de vecindad civil implica acogerse a un sistema más laxo en materia de sucesión forzosa, pues las normas de vecindad civil son imperativas, no siendo, por tanto, posible que las partes las deroguen a voluntad.

Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1991⁴², reiteró que a los efectos de probar la residencia en un determinado lugar “... el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la ley municipal y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población censo electoral y padrón de habitantes, así como que el concepto de residencia habitual es una cuestión de hecho cuya apreciación compete al Tribunal de instancia”, de forma que nos encontramos ante una cuestión que debe ser probada mediante todos los elementos fácticos disponibles, sin que determinados documentos administrativos prevalezcan.

³⁹ Conforme al tenor del art.16.1.1ª, “Será ley personal la determinada por la vecindad civil”.

⁴⁰ Las Cortes de Aragón han propuesto en diferentes legislaturas a las Cortes Generales -números de expediente 125/000017 de la X Legislatura y 125/000001 de la XI Legislatura- la modificación del presente precepto, básicamente la eliminación de la pérdida de la vecindad civil por el transcurso de diez años sin haberse producido manifestación alguna en contra, de forma que el precepto quedaría redactado de la siguiente manera:

La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La declaración se hará constar en el Registro Civil y no necesita ser reiterada.

Una visión crítica de esta propuesta puede verse en J.L. IRIARTE ÁNGEL, F.B. IRIARTE ÁNGEL, “La reforma de la vecindad civil propuesta por las Cortes de Aragón: algunos aspectos prácticos a tener en cuenta”. *www.notariabierta.es*, 11 de julio de 2017. Una versión más favorable, recogiendo los orígenes del precepto y posibles alternativas al mismo, puede verse en J. DELGADO ECHEVARRÍA “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria”. *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. nº 28, Enero-Diciembre de 2017 - 2018, pp. 65-103.

⁴¹ M.F. MORETÓN SANZ, “Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 719, 2010, p. 1.285.

⁴² ECLI:ES:TS:1991:10467.

33. Mucho más polémica resultó la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1994⁴³, en la que consideró adquirida en *fraude de ley*⁴⁴ la vecindad civil en la Tierra Llana de Bizkaia del causante, manifestando que ha de concluirse, sin género alguno de duda, que la vecindad foral vizcaína que,

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

34. Comparto plenamente la crítica formulada en su momento a esta decisión judicial por parte de Zabalo Escudero⁴⁵, al señalar que lo que resulta más discutible de la referida sentencia es la apreciación de la intencionalidad, así como la de calificar como “aparente” e “insólita” la adquisición de la vecindad civil cuando en realidad se reúnen los requisitos establecidos en el Código civil para el cambio de vecindad y se realizó tal forma de adquisición por ser la legalmente prevista. La residencia por más de dos años en el territorio suprime todo posible caracterización como “anómalo” al cambio de punto de conexión, y en tales condiciones resulta sumamente difícil la prueba del elemento subjetivo o ánimo de burlar la ley.

35. En todo caso, ésta más que cuestionable postura jurisprudencial fue acertadamente matizada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009⁴⁶ que, en relación con el supuesto fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil, señaló que,

“(...) la aplicación de esta regla ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina española especialmente a partir de la sentencia de este Tribunal, de 5 abril 1994, que declaró efectuada en fraude de ley la adquisición de la vecindad vizcaína por unos cónyuges que habían residido más de dos años en una villa sometida a este Derecho, otorgando dos días después sendos testamentos que declararon sometidos al Derecho foral, en los que nombraron herederos a sus nietos y separaron de la herencia expresamente a sus dos hijos.

Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

1º El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el Art. 14 CC ; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.

2º Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable

⁴³ ECLI:ES:TS:1994:1478; la sentencia, así como la problemática del fraude de ley en materia conflictual es comentada en I. MAGUREGUI SALAS, “El Fraude a la ley en el Derecho Interregional”. *Estudios de Deusto*, 43, 1 (ene. 2015), pp. 13-149.

⁴⁴ I. MAGUREGUI SALAS, “El fraude...”, p. 139, define el fraude como “la manipulación dolosa de la concreción del punto de conexión de una norma de conflicto interregional (normalmente, la vecindad civil) con la intención de eludir una norma imperativa de un ordenamiento jurídico civil quedando sometido a otro ordenamiento coexistente en territorio nacional que ampare el objetivo buscado por el sujeto”.

⁴⁵ M.E. ZABALO ESCUDERO, C. BREGGÓN SANZ, y A. CALATAYUD SIERRA, “Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés”. *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, noviembre 2000, p. 113.

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2009:5417. Anteriormente se había descartado la existencia de fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil aragonesa en la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de noviembre de 1965, recogida por I. MAGUREGUI SALAS, “Fraude...” p. 143.

3º La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante”.

Es decir, conforme a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, potencialmente cabría o sería factible apreciar una modificación o alteración fraudulenta de la vecindad civil, si bien no puede inferirse únicamente de que se haya adquirido una vecindad más favorable a sus intereses, pues la ley permite expresamente los cambios de vecindad civil; no hay fraude de ley alguno por el hecho de materializar lo que te autoriza el sistema legal, y por ello, cambiar la residencia de manera efectiva nunca puede considerarse fraudulento. No cabe apreciar fraude de ley cuando una persona ejecuta algo para lo que está amparado legalmente. Otra cosa serán los supuestos en los que no se produzca un cambio efectivo de residencia.

36. Retomando el análisis de las características generales de nuestro sistema español de Derecho interterritorial, cabría acuñar el calificativo de inestable referido al mismo, valoración crítica derivada de la evidencia práctica de que, pese a mantenerse inalterado el principio general contenido en el artículo 16.1 del Título preliminar del Código civil, la vecindad civil ya no es fundamento ni único ni principal en la designación del Derecho español aplicable.

Es cierto que en el citado precepto, y en varias regulaciones autonómicas – incluso en algún Estatuto de Autonomía –, se consagra la vecindad civil como criterio de delimitación espacial en clave unilateral, pero en el sistema de Derecho interterritorial tal punto de conexión, este factor de localización y de delimitación del Derecho español aplicable, va relativizándose y va adquiriendo un tono cada vez más difuminado.

Dicho de otra forma, frente a la vigencia de preceptos normativos de fuente estatal y autonómica que afirman y mantienen la conexión vecindad civil como elemento y como condición de su propia aplicación, el sistema de Derecho interterritorial español va desactivando de forma indirecta la incidencia de la vecindad civil como punto de conexión en determinados ámbitos materiales. Cabe así citar sectores como los relativos a la materia de responsabilidad parental, o el de la de protección de mayores o el de las obligaciones alimenticias, sectores en los que se aprecia en qué medida ese retranqueo en la aplicación práctica de la vecindad civil como criterio de determinación del Derecho aplicable se hace realidad.

37. A la citada inestabilidad del sistema se le suma un factor de incoherencia o incongruencia en su contenido, muestra del cual es la tensión entre la vecindad civil, como elemento de identificación y sujeción, y la residencia habitual como criterio localizador, algo ya no puramente teórico sino derivado del propio tenor del Título preliminar del Código civil debido a la distinta, por no decir contradictoria, orientación que toman el Capítulo IV y el Capítulo V del citado Título preliminar.

Por un lado, en el Capítulo V, “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”, se sigue previendo que “la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”(art. 14 Cc), pero en las normas de conflicto contenidas en el Capítulo IV (“Normas de Derecho internacional privado”) , aplicable a los conflictos internos de leyes como consecuencia de la remisión prevista en el art. 16 Código civil, se puede apreciar cómo la vecindad civil ha dejado de ser en algunas materias el principal factor de localización.

38. Y esta realidad normativa tiene ya numerosas pruebas de su proyección jurisprudencial en la práctica de nuestros tribunales: así, el Auto de la AP Barcelona (Sección 18ª), nº 179/2019 de 11 abril (JUR 2019\144225) muestra y recuerda que la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental en un supuesto que genera un conflicto interno de leyes (que debe solventarse recurriendo, por expresa indicación sobrevenida del legislador español, a un Convenio internacional) ya no depende de la vecindad civil.

La incorporación por referencia o remisión del Convenio en el art. 9.4º del Código civil plantea una evidente falta de adecuación a los conflictos internos de leyes, tal como se plantean en España, y que, sin embargo, ha sido solventada por la AP Barcelona en la resolución judicial citada. La falta de ajuste proviene del carácter integral y relacional del Convenio de La Haya de 1996 por lo que se refiere a los distintos sectores presentes en el mismo, especialmente por la vinculación entre las reglas de competencia judicial internacional y las de determinación del derecho aplicable.

Así, el art. 15 del Convenio de La Haya de 1996 determina la ley aplicable a las medidas que deban adoptarse para la protección del menor mediante una remisión efectuada al propio Capítulo II del Convenio, que regula la competencia internacional, haciendo depender la ley aplicable del criterio previsto para conferir la competencia judicial internacional, esto es la residencia habitual, buscando así una evidente correlación o interacción entre *forum/ius*.

Es evidente que tal previsión convencional no se adapta a las circunstancias en las que se suscitan los conflictos internos de leyes en España, en los que no se produce nunca un conflicto de jurisdicciones, dado el principio de unidad de jurisdicción. En este sentido, la proyección de la previsión contenida en el art. 15 del Convenio de La Haya de 1996 en supuestos interterritoriales plantea la duda de si debemos aplicar la ley de la residencia habitual o la ley del territorio en el que tiene su sede el tribunal ante el que se ha planteado la demanda.

La realidad vigente es que tal Convenio de La Haya de 1996 es el instrumento que debe ser aplicado a supuestos interterritoriales como consecuencia de la incorporación por remisión efectuada en el art. 9.4º del Código civil. ¿Fue el legislador español consciente del problema generado? Parece claro que no⁴⁷.

39. Otra sentencia dictada también en materia de responsabilidad parental en el marco de un procedimiento de divorcio proporciona otra muestra de la debilidad e inestabilidad del sistema de Derecho interterritorial. En este caso no se trata de la inadecuación de las normas de conflicto internacionales para regular el tráfico interterritorial por efecto de la remisión del legislador estatal, sino del impacto en la regulación del tráfico interterritorial debido a la existencia de normas autonómicas unilaterales

De nuevo a título ejemplificativo y como muestra de esa incongruencia del propio sistema interno español, se puede constatar cómo una norma unilateral autonómica mantiene la vecindad civil como punto de conexión contradiciendo la previsión establecida en el Capítulo IV del Título preliminar del Código civil y desatendiendo uno de los fundamentos constitucionales del sistema.

En materia de responsabilidad parental, en el caso del Auto dictado por la AP Barcelona, la sentencia de la AP Guipúzcoa (Sección 2ª), sentencia nº 183/2019 de 8 marzo (JUR 2019\173970), en un supuesto aparentemente interterritorial y en el que el órgano juzgador aplica una norma unilateral autonómica, basada en la vecindad civil, para establecer la aplicación de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores⁴⁸. Todo ello sin recurrir a la norma de conflicto contemplada en el Capítulo IV del Título preliminar del CC y sin mencionar la residencia habitual de los menores. El significativo contraste entre una y otra resolución judicial pone de manifiesto la falta de unidad del sistema interterritorial

Cabe recordar que el Convenio de La Haya de 1996 es aplicable por remisión del art. 9.4º Código civil, aplicable a su vez por remisión del art. 16 Código civil. En cualquier caso, un supuesto interterritorial debe ser regulado por un Convenio internacional concebido para ser aplicado a supuestos internacionales, tanto es así que contiene la correspondiente cláusula de inaplicabilidad a conflictos internos de leyes.

La sentencia de la AP Guipúzcoa se adopta como respuesta al recurso planteado por la demandante en relación al régimen de visitas que había sido adoptado en la sentencia por la que se decreta la disolución del vínculo matrimonial. Se trata de un supuesto heterogéneo, puesto que se desprende del FJ. de Derecho

⁴⁷ Salvo que se interpretara que lo que el legislador buscaba en la regulación del tráfico interregional era aceptar el *forum shopping* (vid. A. Font i Segura, "Derecho interregional, ¿quo vadis legislator?", en *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI* (N. Cornago Prieto, J.L. de Castro Ruano y Leire Moure Peñín, eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 423-434).

⁴⁸ BOE, 24 de julio de 2015.

Segundo de la referida sentencia que la demandante poseía la vecindad civil vasca, y que en cambio no era éste el caso del demandado y que la residencia habitual del matrimonio estaba situada en el País Vasco.

El hecho de que el progenitor de los menores afectados por el régimen de visitas no tuviera la vecindad civil vasca (o al menos eso puede deducirse de la sentencia)⁴⁹, obliga a considerar un eventual conflicto de leyes, internacional – en caso de que no poseyera ninguna vecindad civil por ser ciudadano extranjero – o interterritorial – si se trataba de un español que poseía una vecindad civil distinta a la vasca –.

El punto clave radica en la aplicación del art. 2 Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores por parte de la AP Guipúzcoa. Conforme a esta disposición se establecen los criterios para determinar la aplicación de la Ley 7/2015 en los siguientes términos:

“1. La presente Ley será de aplicación en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi siempre que, conforme a lo previsto en la legislación civil que resulte de aplicación, el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostentan la vecindad civil vasca. 2. Si uno de ellos ostenta la vecindad civil vasca y el otro no, se estará a la vecindad civil vasca, si es la elegida por ambos progenitores en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o constitución de la pareja de hecho. 3. En su defecto, se estará a la del lugar de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda o, en el caso de las parejas de hecho, de la residencia inmediatamente anterior a la disolución de la pareja de hecho, si se hallan situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.

El precepto es aplicado por la AP Guipúzcoa para acabar concluyendo que la Ley 7/2015 debe regular el régimen de visitas. Ahora bien, debemos plantearnos qué propósito encierra el art. 2 Ley 7/2015. ¿Encaja realmente el precepto en la competencia que se ha auto atribuido el legislador vasco para regular los conflictos interlocales de acuerdo con el art. 9 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuya constitucionalidad se presume y se ampara en el art. 10.5 EAPV y en el Dictamen 1537/1992 del Consejo de Estado?⁴⁹.

40. Incluso admitiendo esta competencia para regular los conflictos interlocales, en el supuesto y en la materia planteada en el litigio del que trae causa la decisión judicial citada no había en modo alguno un conflicto interlocal. Es cierto que, en materia sucesoria, por ejemplo, pueden encontrarse notables diferencias entre los distintos fueros o Derechos coexistentes en el País Vasco, pero no puede mantenerse lo mismo en materia de relaciones familiares y, en particular, del régimen de visitas. En efecto, por una parte, no había antes de la adopción de la Ley 7/2015 una regulación diferenciada en ninguno de los Territorios Históricos, por lo que era de aplicación el Código civil y, por otra parte, desde la aprobación de la mencionada Ley 7/2015, en el País Vasco las relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores quedan regidas solamente por esta norma, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código civil cuando proceda.

Es decir, ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 7/2015 ha habido pluralidad legislativa en esta materia en el territorio del País Vasco. Por tanto, si la norma no regula conflictos interlocales cabe concluir que es una norma unilateral que o bien restringe la aplicación del Derecho vasco cuando éste ha sido designado por la norma de conflicto multilateral y concurren además alguna de las conexiones contempladas en el art. 2 Ley 7/2015, o bien delimita unilateralmente su aplicación para aquellos casos en los concurra alguna de las conexiones contempladas en su art. 2, sin que medie la aplicación de la norma de conflicto multilateral

La AP Guipúzcoa fundamenta la aplicación de la Ley 7/2015 en su art. 2 y no considera en ningún momento la aplicación del art. 9.4º Código civil y su remisión al Convenio de La Haya de 1996. Frente a tal orientación jurisprudencial, cabría recordar que la STC 93/2013, de 23 de abril, en su FJ 6º,

⁴⁹ Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco y la interacción entre bloques normativos”, REDI, 2016, 2, pp. 23–49, en particular, pp. 34–41; igualmente G. GALICIA AIZPURUA, “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2016, 4, pp. 303–320).

deja bien clara esta cuestión⁵⁰. En realidad, y volviendo a la Ley vasca 7/2015, al margen de la cuestión competencial, por más que los progenitores no tuvieran la vecindad civil vasca y no hubieran tenido su residencia habitual común en esta Comunidad Autónoma en el momento de la presentación de la demanda, en la concepción actual de la responsabilidad parental no tendría sentido que la Ley 7/2015 no fuera de aplicación si los menores tuvieran su residencia habitual en el País Vasco.

41. En todo caso, los ejemplos expuestos⁵¹ definen o muestran las debilidades e incongruencias del sistema español de Derecho interterritorial. Por una parte, difícilmente puede hablarse de “sistema” cuando el legislador competente para regular los conflictos internos de leyes no constata la inadecuación de la remisión a un Convenio internacional, concebido para supuestos internacionales, para determinar la ley aplicable a supuestos interterritoriales. Por ello, cabe preguntarse si el legislador estatal realmente es consciente de que la incorporación por remisión adoptada en el art. 9.4º y 9.6º del Código civil (también en el art. 9.7º) está afectando al sistema de Derecho interterritorial.

3. La (no) vecindad civil de los extranjeros y el denominado “tercer escalón conflictual”: los conflictos interlocales

42. Tal y como muy acertadamente ha señalado F.J.Oñate⁵², la aplicación del derecho civil foral o especial a los extranjeros debería ser una cuestión pacífica. En primer lugar, es un aspecto al que generalmente no se le da la importancia que merece en el ámbito del derecho privado, por el principio de igualdad entre los españoles y los extranjeros. Y en segundo lugar, por el principio de igualdad cualitativa entre los distintos ordenamientos jurídico-civiles españoles en todo aquello que no esté atribuido a la competencia exclusiva del Estado.

Sin embargo, diversos pronunciamientos de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública están poniendo en cuestión ambos principios, otorgando al Derecho civil estatal una preeminencia que no le corresponde, a la vista de lo preceptuado en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el propio Código Civil.

El hecho de que España sea un país con un sistema plurilegislativo no unificado⁵³, que queda caracterizado como un ordenamiento complejo y pluralista en materia de Derecho civil, especialmente en todo lo relativo a Derecho de familia y sucesiones supone que, junto a los conflictos de leyes internacionales existentes en todos los Estados, se planteen adicionalmente conflictos internos interregionales, o incluso interlocales, de forma que, en cualquier relación jurídica habrá de fijarse el alcance de la ley aplicable⁵⁴.

⁵⁰ Vid. A. FONT I SEGURA, “Inconstitucionalidad de la normativa autonómica que delimita el ámbito de aplicación declarando la inconstitucionalidad del art. 2.3º de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, que delimitaba unilateralmente el ámbito de aplicación espacial de la misma determinando su aplicación “a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”.

⁵¹ Y otros que pueden verse en la excelente reflexión de Mª.P. DIAGO DIAGO, “Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional”, *REDI*, vol.76 (2024), 1, pp.261-270.

⁵² F.J.OÑATE, “¿Sueñan los extranjeros con el Derecho Foral?”, *Millenium Dip*, nº16, julio-diciembre 2022.

⁵³ Sobre la cuestión de los sistemas no unificados puede verse N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “El Reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos”, en la obra colectiva *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz 2016, p. 288 y J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “El nuevo Derecho Privado Europeo y sus repercusiones en el Derecho Civil Vasco” en la misma obra colectiva, p. 177, o, del mismo autor, “La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 18, noviembre de 2001, p. 66. En cuanto a la doctrina extranjera, entre otros han tratado la cuestión E. VITTA, en sus obras *Diritto Internazionale Privato, I, Parte Generale*. Turin 1972, pp. 71–163 e *Interlocal Conflict of Laws, Int. Enc. Comp. Law. vol. III Private International Law*, LIPSTEIN, K. (ed.). La Haya cap. 9, pp. 3-27; K. LIPSTEIN, I. SZASZY, *Interpersonal Conflict of Laws, Ibidem*, cap. 10, pp. 3 - 35; S. SYMEONIDES, “Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane”. *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1992, pp. 223 y sigs.; H.P. GLENN, *Codification of Private International Law in Quebec, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. Bd. 60, H. 2 (April 1996), pp. 231-268 y sigs. En particular, el término sistemas legales no unificados (*non unified legal systems*) lo emplea, entre otros, R. GRAVESON en “Problems of Private International Law in non-unified legal systems”, *R. des C.*, 1974-1, t-141, pp. 195-254.

⁵⁴ CELAYA IBARRA, A. *Vizcaya y su fuero civil*. Pamplona, 1965, p. 34.

43. Resulta tan brillante como esclarecedora la reflexión expuesta por la profra. Diago Diago⁵⁵, analizando las perturbaciones y las distorsiones generadas por el legislador estatal, por el autonómico y por los mismos operadores jurídicos, y analizando con maestría a través de una selección de diversas situaciones jurídicas la función de la vecindad civil, el papel de la residencia habitual y distinguiendo entre situaciones puramente internas frente a aquéllas en las que interviene un factor de extranjería.

La propia autora⁵⁶ analiza en qué medida no resulta ni extravagante ni heterodoxo que, por ejemplo, el Derecho Aragonés, se pueda llegar a aplicar a ciudadanos extranjeros, en ámbitos como el matrimonial o el sucesorio, entre otros⁵⁷.

En todo caso, cabe recordar que la clave es clasificar correctamente las diferentes categorías de conflictos; si no nos encontramos ante una situación puramente interna operará como norma conflictual el Reglamento en cuestión; cabe recordar que los Reglamentos no dicen nada acerca de los “conflictos interregionales”. Los conflictos interregionales no son objeto de los Reglamentos europeos porque, simplemente, son situaciones meramente nacionales o internas.

44. Desde un punto de vista calificadorio, la clave radica en analizar si nos encontramos ante una situación privada internacional (primer escalón conflictual) que conduce a la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo (ordenamiento jurídico español, segundo escalón conflictual) y a su vez podría devenir aplicable alguno de los Derechos civiles que, como ocurre en el sistema vasco o el balear, contienen una plurilegislación interior interlocal o interinsular (tercer escalón conflictual)

El debate (Constitucional y conflictual) acerca del tercer escalón (presente en la legislación civil Vasca o en la de Baleares y que opera como una suerte de plurilegislación interna con dispersión normativa territorial *ad intra*) y la competencia en relación a las técnicas normativas empleadas mediante el recurso a las normas unilaterales de extensión, en modo alguno puede servir de base para negar que los extranjeros puedan acogerse a instituciones como el pacto de definición previsto por la Compilación balear o el pacto sucesorio previsto en el Derecho civil vasco cuando, según el propio Reglamento europeo 650/2012 se aplique la normativa mallorquina o vasco (por ejemplo, como *lex successionis*).

Negar la aplicación del derecho civil especial de una unidad territorial española a un extranjero por carecer de vecindad civil se fundamenta en un endeble argumento que llevado a sus últimas consecuencias generaría un silogismo perverso: si el argumento es que el derecho foral no se aplica a los extranjeros porque carecen de vecindad civil, entonces la conclusión será que no se les podrá aplicar ningún derecho español, porque la vecindad civil determina la aplicación del derecho civil común o del derecho especial o foral de que se trate.

Cabe recordar que, como ha sucedido ya en varias ocasiones en materia sucesoria, el Reglamento 650/2012 ha determinado la aplicación de la normativa mallorquina (o gallega, o vasca, por ejemplo) por la vía de su art. 36.2, sin la intermediación de “las normas internas sobre conflicto de leyes españolas” (art. 36.1 del Reglamento).

Lo ha hecho después de descartar el criterio de la vecindad civil como factor de selección de ley aplicable, por no ser tal criterio o punto de conexión operativo en el supuesto de personas que no ostente la nacionalidad española. Resucitar tal criterio en este último escalón conflictual no parece guardar coherencia alguna con la solución normativa internacional privatista que procede adoptar.

45. En torno a esta cuestión de los conflictos interlocales, comparto la excelente reflexión crítica formulada por una autoridad doctrinal en esta materia, el prof. Álvarez González⁵⁸: desde un punto de

⁵⁵ P. DIAGO DIAGO, “Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional”, *REDI*, vol.76 (2024), 1, págs. 261 a 270.

⁵⁶ P. DIAGO DIAGO, “Aplicación del Derecho Civil Aragonés a extranjeros”, *Actas Foro de Derecho Aragonés 2022*, XXXI Encuentros, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, pp. 43-62.

⁵⁷ Y su proyección sobre las parejas de hecho es analizada en la misma publicación por I. GUILLÉN BROTO, “Régimen jurídico de las parejas no casadas en Aragón y su aplicación a los extranjeros”, “Aplicación del Derecho Civil Aragonés a extranjeros”, *Actas Foro de Derecho Aragonés 2022*, XXXI Encuentros, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, pp. 63-84.

⁵⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquina? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019”, *La Ley (UE)*, 74, pp.53-74.

vista calificativo nos encontramos ante una situación privada, ante un supuesto que conduce conflictivamente a la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo (ordenamiento jurídico español, segundo escalón conflictual) y a su vez deviene aplicable el Derecho civil especial balear que, al igual que el sistema vasco, contiene una plurilegislación interior interlocal o interinsular (tercer escalón conflictual)

Hace tiempo que el Tribunal Supremo falló que los extranjeros carecen de vecindad civil. Esta obviedad jurídica no generaba problema conflictual cuando nuestro estatuto personal se basaba en la nacionalidad, en tanto que a los extranjeros se les aplicaba habitualmente -a salvo de las reglas de los apartados 9 y 10 del artículo 9 del Código civil para los supuestos de doble nacionalidad y apatridia- su ley nacional y ninguna de las españolas.

Pero hoy día puede ser habitual que un extranjero esté sometido, en lo que al estatuto personal se refiere, a una ley española. ¿A cuál, al derecho civil común, a uno de los derechos civiles especiales o incluso a alguno de los subordenamientos locales que perviven en alguna de las realidades normativas civiles especiales de Comunidades Autónomas? Esa es una pregunta que está siendo objeto de un profundo debate doctrinal y, en menor medida, jurisprudencial.

46. Para tratar esta cuestión debemos partir de que hay ya pronunciamientos jurisprudenciales expresos que afectan a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁹ sobre la cuestión: en primer lugar, la Resolución de 29 de julio de 2015⁶⁰, respondió a tal cuestión acudiendo a las normas del Reglamento 650/2012 para los supuestos en que la normativa interna no tuviera solución para el problema, en concreto a su artículo 36, que nos remite a la ley de la “unidad territorial” en que el causante tuviese su residencia, por lo que aplicaría uno de los derechos civiles especiales si aquélla estuviese en un lugar en el que uno de éstos se aplicase. Este planteamiento resulta correcto y coherente con el propio tenor del Reglamento 650/2012.

Sin embargo, otras Resoluciones del propio Órgano directivo sostienen lo contrario. Por ejemplo, la Resolución de 24 de mayo de 2019⁶¹: en este caso, y partiendo como la anterior de que los extranjeros carecen de vecindad civil, y dirigiéndose, por tanto a la normativa de la unidad territorial correspondiente, concluye que no aplica a la sucesión –en este caso pacto sucesorio– de una francesa con residencia en Islas Baleares el pacto sucesorio regulado en la norma balear⁶², porque

“el análisis de la normativa balear, como señala la registradora, en base a la tradición y a sus antecedentes históricos exige la cualidad de balear mallorquín para su celebración.

Esta consideración, como lo es, (...) actualizados –según interpretación constitucional del artículo 149.1.8.^a de la Constitución– pero fundados en su tradición jurídica, nada tiene que ver con la conexión «vecindad civil» que es relevante, como se ha indicado, para la determinación de ciertos supuestos mixtos, en la confluencia del conflicto entre dos unidades territoriales en una sucesión internaciona

⁵⁹ Actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

⁶⁰ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2015.

⁶¹ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019. Una interesante -y crítica- valoración de la misma puede verse en I. ESPINEIRA SOTO, “Reglamento Europeo de Sucesiones y Derechos Civiles de España. Retirando capas de barniz”. *www.notariosyregistradores.com*, 17 de septiembre de 2019.

⁶² El artículo 50 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares dispone que,

Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición

La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública.

Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima.

Una aproximación a la institución desde la perspectiva civil puede verse en P.A. MUNAR BERNAT, “Los problemas que plantea el Reglamento (UE) n° 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021) Ensayos, p. 227.

(...) En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión. Es decir, no supone un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante no sea mallorquín”.

Es decir, que, si bien el Reglamento nos lleva a la aplicación del Derecho balear, éste no es aplicable porque sólo aplica a quienes ostenten la vecindad civil de tal Comunidad Autónoma, “conforme a la tradición y los antecedentes históricos”.

47. Esta orientación del Órgano directivo no puede sino merecer una fundamentada crítica, pues conforme a esa línea interpretativa ningún Derecho civil foral se aplicará nunca a un extranjero, a pesar de que resida en una *unidad territorial foral* pues, conforme a esos antecedentes, todos los Derechos civiles forales o especiales aplican sólo a quienes ostenten la correspondiente vecindad civil.

¿Qué significa esto, qué siempre les será de aplicación el Derecho civil común, porque según la Dirección General, parece que para acceder a la aplicación de dicha especialidad foral sucesoria es precisa la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina? En realidad, el problema es que los extranjeros no gozan de vecindad civil y la Dirección General no está por aceptar los criterios dinámicos de equiparación o sustitución en cuanto a extranjeros de la vecindad civil por la residencia habitual.

Cabe recordar el pronunciamiento contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1993⁶³, de forma que no se dé preeminencia a ningún ordenamiento respecto a otro⁶⁴; e, igualmente así lo estableció el legislador de 1974, para quien la supletoriedad del derecho civil estatal es meramente accidental.

La batalla judicial posterior a la primera Resolución comenzó con una sorprendente sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Palma, de 11 de mayo de 2020, en el que directamente consideró que al carecer los extranjeros de vecindad civil, éstos quedaban sujetos al Código civil, en su condición de derecho común de carácter supletorio (art. 13.2 Código civil)⁶⁵.

La SAP de Palma de Mallorca revocó la sentencia y de acuerdo con la inmensa mayoría de la doctrina, consideró que conforme al art. 36 del Reglamento 650/2012, ante la imposibilidad de utilizar el punto de conexión vecindad civil respecto de los extranjeros, había que acudir a las conexiones del Reglamento (que contempla la conexión de la residencia habitual), llegando a la misma solución mediante la aplicación del art. 9.10 del Código civil por la analogía entre no tener nacionalidad indeterminada y no servir ni ésta ni la vecindad civil de punto de conexión. Ante el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado a instancia de la Dirección General, la STSJ Baleares lo desestimó, confirmando la de la Audiencia, añadiendo argumentos de carácter histórico.

Por todo ello cabe valorar muy positivamente la decisión de la Audiencia Provincial de 30 de diciembre de 2020⁶⁶ que revoca la resolución –y a la del Tribunal Superior que confirma ésta– ya que realiza una interpretación correcta del Derecho europeo que deviene además acorde al respeto al principio de igualdad de todos los derechos civiles establecida por el Tribunal Constitucional.

⁶³ Sentencia 226/1993, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993).

⁶⁴ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “El recurso...”, pp. 439.

⁶⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la compilación balear a los extranjeros. A propósito del caso *Crul* y su deriva judicial (SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 30 de diciembre de 2020)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2021, núm. 41, pp. 20-25.

⁶⁶ ECLI:ES:APIB:2020:2608. Una opinión sobre la misma más extensa puede verse en F.B. IRIARTE ÁNGEL, “Extranjeros y derechos forales: comentario a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 784-788. De igual modo, aborda la cuestión A. M. URRUTIA BADIOLA en “Habitación, familia y sucesión (Del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 783, junio de 2021, p. 258. También se inclina por considerar aplicable un derecho territorial a los extranjeros F. J. OÑATE CUADROS, “Comentario al Artículo 100. El pacto sucesorio”, en la obra colectiva *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* (A.M. URRUTIA BADIOLA, F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA Directores, A.M. URRUTIA BADIOLA Coordinador). *Lanbideak bilduma* núm. 14. Bilbao, 2020, p. 787. Por último, no podemos olvidar la interesante aportación de A. RODRÍGUEZ BENOT (“Una lectura europea de la aplicación del artículo 50 de la compilación balear a los extranjeros. A propósito del caso *Crul* y su deriva judicial (sentencia de la AP de Palma de Mallorca, sección tercera, de 30 de diciembre de 2020)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, junio de 2021, pp. 20–25).

Los pronunciamientos de ambas decisiones son especialmente relevantes; así, se subraya expresamente que

“la norma interna -art. 16.1 CC- emplea una categoría o punto de conexión -vecindad civil- que no puede predicarse del ciudadano extranjero (salvo que adquiriera la nacionalidad española, art. 15 CC, lo que no es el caso), por lo que no puede acudirse a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada”.

A partir de ahí la Audiencia establece que todo ello no significa que no quepa aplicar un derecho territorial a un extranjero, sino que la cuestión debe resolverse acudiendo al apartado 2 del artículo 36 del Reglamento, que “conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50”.

Y finaliza su pronunciamiento con un párrafo de enorme importancia: “Entendemos que esta interpretación de la norma (...) resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés”, pues, como dijo el Tribunal de Justicia en el asunto C-256/09⁶⁷,

“Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate....”.

Sentencia que, a su vez, fue confirmada la del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 14 de mayo de 2021⁶⁸, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la anterior.

Tras una detenida exégesis del origen histórico del precepto y de la norma de conflicto anterior a la entrada en vigor del Reglamento realiza interesantes aportaciones: así, en primer lugar, la sentencia recuerda que atribuir carácter material al requisito de vecindad civil del causante

“supone atribuirle una impronta de naturaleza personal que pugna con el carácter territorial de las normas” conforme a la normativa vigente, de forma que “la mención sobre la vecindad civil mallorquina de los ascendientes, inserta en el art. 50 de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares, trata de cumplir una función meramente aclaratoria, que si es entendida como norma de carácter conflictual resulta superflua e irrelevante”

Posteriormente recoge los aspectos del Reglamento 650/2012 relativos a los conflictos internos para concluir que,

“la referencia a la residencia habitual en España debe ser entendida como referida a la unidad territorial donde residía habitualmente la interesada en el momento de otorgar el pacto de definición”, lo que nos lleva a la normativa mallorquina, por aplicación directa del Derecho de la Unión Europea.

48. En relación a las críticas a las sentencias de Baleares, especialmente a las que expresa o tácitamente defienden la imposibilidad de que un extranjero, en cuanto que carente de vecindad civil, pueda quedar sometido a un Derecho distinto del común, cabría traer a colación la sentencia del Tribunal Supre-

⁶⁷ Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, en resolución de cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof*, ECLI:EU:C:2010:437.

⁶⁸ ECLI:ES:TSJBAL:2021:460.

mo de 17 de febrero de 2021⁶⁹, que somete al Derecho catalán una prestación de alimentos derivada de un divorcio entre franceses en tanto la parte acreedora tenía su residencia en Cataluña en el momento de pedirlos. También la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 2021⁷⁰ en relación con un matrimonio entre alemán y francesa dispone que, “No cabe hablar de vecindad civil como hace la demandante. Ambos cónyuges son extranjeros y carecen de vecindad civil (ni común ni especial).

El art. 9.2 del Código civil, señala la sentencia, puede conducir en estos casos a la aplicación de tal regla del derecho civil común o de cualquier otra legislación civil especial y no, como sostiene la demandante, únicamente al Código civil, concluyendo que el régimen matrimonial aplicable es el de separación de bienes por encontrarse en Cataluña el primer domicilio común posterior a la celebración del matrimonio.

La siguiente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la de 24 de julio de 2019⁷¹ vuelve a los antiguos cauces, resolviendo que está sometida a la normativa balear –en concreto, a la vigente en Eivissa y Formentera- la sucesión de un ciudadano alemán residente en ésta isla “según resulta de claros indicios, desde años antes de su fallecimiento”; se trataba de una sucesión testada, pero en la que “la lectura del título sucesorio no permite establecer ni aun de forma tácita “*pro-fessio iuris*” a la ley alemana...”.

Es importante que esta Resolución expresamente reconoce que puede aplicarse a un extranjero – en virtud del Reglamento 650/2012- un Derecho español distinto del común, a diferencia de lo que se ha planteado al menos tácitamente en decisiones como la del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 2020, que desestimó el recurso frente a la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019 antes comentada.

Esta decisión judicial, unida a las antes citadas sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares y del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad autónoma, deberían haber aclarado ya la cuestión, pero esto no es del todo cierto, ya que poco antes de la sentencia, la Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 10 de agosto de 2020⁷² dió una nueva vuelta al asunto, concluyendo, por otro camino, que, una vez más, un extranjero no puede acogerse a un pacto de definición

En esta Resolución, el Órgano directivo concluye que la posibilidad de otorgar un pacto sucesorio es una cuestión formal (errónea e infundada calificación), por lo que, a la luz del artículo 27 del Reglamento 650/2012 puede hacerse depender de la nacionalidad -en este caso, vecindad civil- del otorgante. Este argumento no sostiene una mera lectura del artículo 25.1 del Reglamento 650/2012, conforme al cual,

1. Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se regirá, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto.

Completado con el art.26, del siguiente tenor literal:

1. A los efectos de los artículos 24 y 25, se referirán a la validez material los siguientes elementos:
a) la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa.

Es decir, conforme al tenor del Reglamento 650/2012, queda meridianamente claro que no se trata de una cuestión formal -susceptible de las limitaciones del 27.1- sino material, regulada por tanto por la misma la ley que rija la sucesión⁷³. Frente a ello, la Resolución de 20 de enero de 2022⁷⁴ ha con-

⁶⁹ ECLI:ES:TS:2021:532.

⁷⁰ ECLI:ES:APB:2021:11944.

⁷¹ BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019.

⁷² BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020.

⁷³ Lo que por otro, lado, ya era defendido por la doctrina en relación con la normativa anterior (A. FONT I SEGURA, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *In Dret* 2/2009, mayo de 2009, p. 9).

⁷⁴ BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2022. Una profunda y fundamentada crítica a la misma puede verse en I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Pacto sucesorio...”, pp. 13 y ss.

cluido que un francés con residencia habitual en Galicia no puede otorgar un pacto sucesorio de mejora, obviando el *serio varapalo judicial*⁷⁵ que había recibido esta orientación de la Dirección general.

49. La única interpretación razonable, constitucional y respetuosa con los principios del Derecho de la Unión Europea es admitir que cabe la aplicación de un Derecho civil foral o especial territorial a cualquier situación –no sólo sucesoria- jurídico privada en las que se vean involucrados extranjeros⁷⁶.

Tras ciertas vacilaciones iniciales, existe unanimidad doctrinal en el sentido de que en las sucesiones internacionales, las normas de conflicto del Reglamento 650/2012 sustituyen y desplazan a las de producción interna, arts.9.1 y 9.8 del Código civil. En virtud de estos últimos, el art. 14 del **Código civil**, relativo a la vecindad civil, no se aplicaba a los extranjeros, sujetos a su ley nacional, pero al remitir el Reglamento a la ley del Estado de la residencia habitual del causante, se produce un cambio de paradigma que puede afectar de forma decisiva a este planteamiento hasta ahora incuestionado.

Nadie podrá negar que el tenor literal del citado art. 14, que es también Derecho interno, no distingue entre españoles y extranjeros. En un contexto legislativo en el que a los extranjeros se les aplica su ley nacional, tanto da decir que el precepto no se aplica a los extranjeros porque carecen de vecindad civil como que no se les aplica porque están sujetos a su ley nacional.

Pero al sujetarles el Reglamento a la ley española, la remisión al ordenamiento interno para determinar cuál de las leyes españolas es la aplicable, no puede entenderse parcelada o troceada a determinados preceptos del derecho español, sino que queda sujeta a la ley española en su conjunto. Y la ley española está constituida por las normas de conflicto de producción interna que no hayan sido desplazadas por las del Reglamento y por las normas sustantivas, tanto del CC como de los derechos civiles autonómicos.

IV. Conflictos internos de leyes y conflictos normativos internacionales: unidad o dualidad de sistemas.

50. En el Derecho comparado esta cuestión se ha solventado de diferentes maneras; cabe apreciar diferentes variables, atendiendo al soporte territorial o personal de los distintos sistemas coexistentes dentro del ordenamiento estatal. La estructuración política del pluralismo jurídico (el grado de autonomía frente al Estado de las diversas unidades internas), la dimensión o alcance de tal pluralismo (que puede ser sólo legislativo, o venir acompañado de una diversidad judicial), el ámbito material sobre el que se proyecta y los mecanismos de solución de tales conflictos internos son factores a tener en cuenta.

Tal y como describió la Profra. A.Borrás Rodríguez,⁷⁷ “Les Etats adoptent des positions législatives et jurisprudentielles diverses en fonction de leur type d’organisation et leur façon particulière d’aborder la plurilégislation, d’un point de vue politique et constitutionnel”.

⁷⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Vecindad civil...”, p 2.

⁷⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Vecindad civil...”, p 2. Para este autor en las sucesiones internacionales no debe adaptarse la vecindad civil porque está concebida para un ámbito diferente, de forma que no debemos tenerla en cuenta en estos supuestos.

⁷⁷ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres...”, p. 251. Así, teniendo en cuenta no sólo si nos encontramos ante sistemas de identidad o dualidad normativa, sino también en qué nivel se sitúa, si en el poder central o en las entidades políticas inferiores, la competencia para establecer las diferentes reglas de conflicto, existen modelos que compila así: “De façon synthétique, et d’après Vita, les groupes pourraient s’établir de la façon suivante: a) règles de conflit uniques pour les deux types de conflit, avec des règles de conflit interlocal et international dans les ordres juridiques locaux, ce qui est le cas du Royaume-Uni, avec des règles particulières d’origine locale; b) dans un deuxième groupe, il situe certains systèmes, aussi de common law et donc similaires aux précédents, mais où l’on trouve une plus grande interférence de législateur fédéral. Il en découle qu’il peut y avoir une certaine différence entre les uns et les autres (Etats-Unis d’Amérique, Canada, Australie); c) systèmes particuliers, d’origine locale ou centrale, ayant des règles de conflit interlocal ou international ou international, ayant des règles de conflit interlocal ou international qui peuvent coïncider ou non, les cas échéant ayant des différences notamment en raison du rattachement utilisé, qui serait la nationalité pour les conflits internationaux et le domicile pour les conflits interlocaux; d) systèmes généraux, mais d’origine centrale, où le législateur donne simultanément des règles pour les deux types de conflit, mais qui peuvent à leur tour adopter deux modalités: la première, étendre les règles de droit international privé au droit interterritorial, ce qui était le cas de l’Espagne ou de l’Italie en 1923; la deuxième, étendre des règles de droit interlocal au droit international privé, comme la loi suisse de 1981 ; e) en fin, des systèmes généraux d’origine centrale, mais qui se distinguent des précédents

51. Es decir, concurren sistemas de identidad normativa y de dualidad, y en unos casos comunes para todo el Estado de que se trate y en otros diferentes, según sean aprobados por la Administración central o por las correspondientes unidades territoriales, como por ejemplo ocurre en EEUU⁷⁸. En la práctica, podemos reducir los modelos comparados existentes a tres:

1. Los sistemas jurídicos en los que unas mismas reglas aplican para la resolución de los conflictos internos y los internacionales
2. Los sistemas en los que las reglas para los conflictos internacionales se extienden a los interregionales, como España, aunque sea parcialmente y con ciertas especialidades.
3. Los sistemas en los que las reglas para resolver uno u otro tipo de conflictos de leyes son absolutamente separadas.

52. En la aplicación práctica del sistema español, el criterio de aplicación de la vecindad civil como punto de conexión deviene ineficiente (por inaplicable) cuando, en supuestos con presencia de personas de nacionalidad no española, la norma de aplicación sea un instrumento convencional o sea alguno de los Reglamentos europeos vigentes, entre los que cabría citar ejemplificativamente el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en la Haya⁷⁹, el Reglamento (CE) 864/2007⁸⁰, el Reglamento (CE) 593/2008⁸¹, el Reglamento (CE) 4/2009⁸², el Reglamento (UE) 1259/2010⁸³, el Reglamento (UE) 650/2012⁸⁴, el Reglamento (UE) 2016/1103⁸⁵ y el Reglamento (UE) 2016/1104⁸⁶, entre otros, que recurren a la conexión de la residencia habitual⁸⁷.

La UE, a diferencia del actuar por parte del legislador estatal en relación a los conflictos internos de Derecho interregional⁸⁸, ha procedido a regular y adoptar un conjunto de normas de aplicación sobre los conflictos de leyes mediante una técnica legislativa moderna en materias tales como las obligaciones contractuales, las obligaciones extracontractuales, la separación y el divorcio, las obligaciones alimenticias, las sucesiones, regímenes económicos matrimoniales y las uniones de hecho registradas, entre otras.

53. La correcta interacción entre estos tres bloques normativos (el convencional, el relativo a la UE y el interno) podría suponer una mejora de nuestro sistema de Derecho interregional, sin duda. Pero la realidad normativa a día de hoy es que el legislador estatal se muestra en cierto modo desorientado, sin un criterio claro y a medio camino de todas las opciones posibles: por un lado, no parece gustarle la opción de modificar íntegramente las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y ha optado por retocarla parcialmente mediante la reforma de los artículos 9.4, 9.6 y 9.7 del Código Civil efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸⁹.

du fait qu'ils ont des corps de règles différentes pour les conflits internationaux et pour les conflits internes. E fut le cas de l'URSS, avant son démantèlement, de la Pologne avant l'unification législative ou de la loi française de 1921 sur les conflits interlocaux provoqués par l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine”.

⁷⁸ Lo que lleva a situaciones absolutamente ajenas a nuestro sistema, como que el *principio de relatividad de soluciones* del DIPr afecte igualmente al Derecho Interregional. Los problemas que ello supone se explican por sí mismos.

⁷⁹ DOUE L 331/17 de 16 de diciembre de 2009.

⁸⁰ DOUE L 199/40 de 31 de julio de 2007.

⁸¹ DOUE L 177/6 de 4 de julio de 2008.

⁸² DOUE L 7/1 de 10 de enero de 2009.

⁸³ DOUE L 343/10 de 29 de diciembre de 2010.

⁸⁴ DOUE L 201/107 de 27 de julio de 2012.

⁸⁵ DOUE L 183/1 de 8 de julio de 2016.

⁸⁶ DOUE L 183/30 de 8 de julio de 2016.

⁸⁷ Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. (DOUE L 200/107, de 27 de julio de 2012).

⁸⁸ Sobre las claves para la reforma del Derecho interregional español, entre otros autores, es esencial analizar lo dispuesto por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional. Claves para una reforma, en Estudios de Derecho interregional”, *Conflictus Legum*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 79-132.

⁸⁹ BOE núm. 180, de 29/07/2015.

Tampoco parece tomar partido por la aplicación a los conflictos de leyes internos de las modernas soluciones técnicas recogidas en los Reglamentos de la UE aplicables a los conflictos internacionales. Y desde luego tampoco parece optar, al menos por el momento, por proceder a la redacción y aprobación de una ley especial de Derecho interregional que aporte una solución satisfactoria a la pluralidad legislativa y a la coexistencia en España de distintos Derechos civiles especiales, junto al Derecho civil común.

Ante este escenario normativo, mezcla de cierta falta de criterio y a la vez de inacción legislativa, la labor prioritaria del legislador estatal debería centrarse en tratar al menos de dotar de cierta coherencia al Título Preliminar del Código Civil mediante la necesaria modificación del artículo 9.8 y del artículo 9.3 (en referencia, entre otras cuestiones, al régimen económico matrimonial y a las parejas de hecho).

54. La duda que surge se centra en dilucidar si la remisión contenida en el artículo 16.1 del Código Civil a favor del recurso al empleo de las normas del Capítulo IV del Título Preliminar es literal/estática (y por tanto referida a las propias normas del Código Civil), o en cambio es una remisión dinámica, en el sentido de entender que las normas de la UE y las de los Convenios internacionales desplazan al propio artículo 16, permitiendo que dichas normas internacionales y los Reglamentos europeos sean de aplicación de igual forma a los conflictos de leyes internos o de Derecho interregional que surjan en el seno de Estados plurilegislativos como España.

Previamente a la necesaria respuesta a tal duda procede realizar una escueta mención a la sobreenvenida e inesperada técnica de incorporación por referencia empleada en nuestro sistema conflictual en relación a algunos instrumentos convencionales internacionales (Convenios de La Haya) recogida por el legislador estatal en la antes citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁰ que, además de modificar la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁹¹, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero sobre Protección del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹², viene a reorientar las soluciones contenidas en el artículo 9, epígrafes 4, 6 y 7 del Código Civil.

La mencionada norma interna española recoge en su preámbulo una referencia expresa a dicha modificación y a su motivación, al señalar que,

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

Esta reforma de las normas de DIPr interno español ha de ser calificada como parcial o incompleta, debido al consciente olvido de un legislador estatal que sabe perfectamente que otros epígrafes del propio artículo 9 del Código Civil (3º y 8º) requieren también de una necesaria modificación.

55. Con arreglo a la reforma emprendida, y sin alterar la regla general contenida en el artículo 16.1 del Código Civil sobre los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional y su resolución mediante las normas de DIPr contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, se procede en realidad a desplazar las soluciones autónomas contenidas anteriormente en los epígrafes del citado artículo 9 del Código civil para posibilitar la determinación de la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 9.4 -2º párrafo-) y en materia de protección de menores

⁹⁰ BOE, núm. 180, de 29 de julio 2015.

⁹¹ BOE, núm. 175, de 23 de julio 2015.

⁹² BOE, núm. 15, de 17 de enero 1996.

(artículo 9.6) con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Una solución extensiva también a la determinación de la ley aplicable en materia de obligación de alimentos y para los conflictos internos mediante el Protocolo de La Haya de 2007

Además, en relación a lo indicado, debe reseñarse la configuración e importancia de la residencia habitual como primer punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a la filiación (artículo 9.4 del código civil⁹³) y para la determinación de la ley aplicable a la protección de las personas con discapacidad (párrafo 2 del artículo 9.6⁹⁴), desplazando en relación al artículo 9.4 el criterio de la nacionalidad como punto de conexión suplementario o subsidiario, y estableciendo finalmente como vínculo de cierre la aplicación de la ley española.

Se trata, en definitiva, de una reforma que permite proyectar sobre la dimensión interna la aplicación del punto de conexión de la vecindad civil como subsidiario del criterio de residencia habitual y dejando sin efecto alguno la operatividad del criterio de cierre utilizado en relación a la aplicación de la ley española⁹⁵.

56. La realidad normativa de nuestro sistema deviene calificable como de indefinición: por un lado, proclama, tal y como se recogió en el Título Preliminar del Código civil en 1974, la regla de unidad de soluciones para los conflictos de leyes internacionales y para los internos, pero de *facto* ese principio de unidad de soluciones se ha visto sustituido o reemplazado por la instauración de una dualidad de soluciones o respuestas conflictuales a una y otra categoría de supuesto ⁹⁶.

¿Cómo interactúan los instrumentos de la UE con la plurilegislación civil española? tanto desde los Reglamentos como desde los Convenios Internacionales, que pueden estar llamados a aplicarse, se aprecia como mayoritaria la opción por dejar al albur de las normas internas sobre conflictos de leyes la determinación última de la ley aplicable. Es lo que se denomina «remisión indirecta», por contraposición a aquélla en la que tales instrumentos señalarían de forma directa la concreta ley aplicable de las vigentes en un Estado.

En materia de sucesión por causa de muerte (art. 36.1 del Reglamento de sucesiones), en materia de régimen económico (art. 33.1 del Reglamento de regímenes económicos), en materia de efectos patrimoniales de las parejas registradas (art. 33.1 del Reglamento 2016/1104), en materia de responsabilidad parental (art. 48 a, del Convenio de La Haya de 1996) o en materia de alimentos entre parientes (art. 16.2 del Protocolo de 2007) se prevé tal remisión indirecta, que precisa del concurso de las normas internas.

De este modo, y conforme a este mayoritario sistema de remisión indirecta, la concreta ley española que resulte aplicable se tendrá que identificar a través de las normas internas españolas (arts. 13 a 16 del Código civil y sus correspondientes remisiones), lo cual no es una buena opción y puede producir desajustes en muchos casos o situaciones de colapso en otros en los que se puede entrar en una especie de bucle: es lo que sucede, por ejemplo, cuando ante un problema relacionado con la responsabilidad parental, el citado Convenio de La Haya de 1996 remite a la ley del foro (ley española) y el art. 16 Código civil en su remisión al art. 9.4 Código civil reenvía de nuevo la solución conflictual al propio Convenio.

⁹³ El artículo 9.4 del Código civil prevé que, “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se establecerá a lo dispuesto en el apartado 5”

⁹⁴ El art. 9.6 dispone lo siguiente: “La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgente”.

⁹⁵ E. ZABALO ESCUDERO, Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias, *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3, Zaragoza, junio 2016.

⁹⁶ E. ZABALO ESCUDERO, “El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 419-425.

57. Tal dualidad conflictual de soluciones se ha acentuado en los últimos años debido a que España ha ratificado un importante número de Convenios internacionales que contienen normas sobre conflictos de leyes y a la paulatina y creciente elaboración y aplicación de Reglamentos de la Unión Europea en cuyo articulado señalan que los Estados plurilegislativos no tienen la obligación de aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre sus diversos ordenamientos interno ⁹⁷.

Puede comprobarse cómo mientras que para regular los supuestos internacionales la tendencia general en relación a las conexiones para designar la ley aplicable ha sido la de combinar la nacionalidad con la residencia habitual y en la actualidad desplazar la primera de esas conexiones por la segunda, y todo ello especialmente en materia de persona, familia y sucesiones, en el ámbito interregional se ha mantenido la vecindad civil como único criterio de conexión.

58. La pregunta obligada tras este análisis es la siguiente: ¿Ha sido la vecindad civil un freno para la renovación del sistema conflictual? En realidad, y como ya ha sido indicado, la reforma parcial ya citada de los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 Código civil ha supuesto desplazar la vecindad civil, dando entrada a la residencia habitual como punto de conexión preferente en ámbitos especialmente sensibles, y sin pensar (al menos en apariencia) en la dimensión del tráfico interregional, dada la remisión a Convenios Internacionales que no han sido concebidos para regular conflictos internos de leyes

Como ejemplo evidente de que distintas conexiones previstas en los Convenios Internacionales no son aptas para su proyección y aplicación al tráfico interregional cabe volver a citar el art. 15 del Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental: en efecto, la determinación de la ley aplicable mediante una remisión efectuada al Capítulo II del Convenio, que regula la competencia judicial internacional, es inoperativa en supuestos interregionales.

Otro supuesto que cabría citar para evaluar las disfunciones derivadas de la reforma realizada se aprecia en la remisión expresa al Protocolo de La Haya de 2007 en materia de reclamaciones de alimentos entre parientes contenida en el art. 9.7 CC, que conduce a conexiones que carecen de sentido en el marco del derecho interregional, como la contenida en el art. 4.2 de tal norma convencional, al disponer que “se aplicará la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley a que se refiere el art. 3 (ley de la residencia habitual del acreedor)

El Reglamento europeo sobre sucesiones 650/2012 representa un ejemplo paradigmático de la inaplicabilidad de la respuesta prevista en nuestro sistema conflictual interno español para todos aquellos casos en los que el causante carezca de nacionalidad española y por tanto no ostente vecindad civil, porque tal circunstancia activa el recurso a la aplicación de las soluciones previstas en tal Reglamento europeo.

A diferencia de nuestro Derecho interno, que sigue recogiendo como criterio para la determinación de la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte la ley de nacionalidad (al mantener inalterado el tenor de la norma de conflicto contenida en el art. 9.8 Código Civil), la norma europea citada ofrece una respuesta mucho más adecuada a la realidad del tráfico privado internacional, quedando así regida la sucesión por causa de muerte por la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21).

El Reglamento contiene tres disposiciones aplicables a los Estados plurilegislativos y a sus conflictos de leyes territoriales mediante un sistema de remisión indirecto y subsidiario (arts. 36, 37 y 38). Este Reglamento 650/2012 presenta especial interés desde nuestra vertiente de estudio porque desde el punto de vista del sistema español de Derecho interregional hay que tener presente que esta materia sucesoria deviene la más afectada por la vecindad civil.

Y la paradoja o incoherencia es palmaria: el citado Reglamento 650/2012 señala que debe permitirse a los ciudadanos planificar su sucesión, y por ello, un sistema de conflictos interno que, como ocurre con el nuestro, lo impida de forma injustificada al establecer unos requisitos muy rígidos o muy poco flexibles podría ser objeto de cuestionamiento ante el TJUE.

⁹⁷ Véase como ejemplo el art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesiones o el art. 22.2 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

59. En realidad, y analizando de forma comparada ambos regímenes (el europeo y el interno español) parece evidente la existencia de una discriminación a los ciudadanos españoles, aquéllos cuya sucesión no presente ningún elemento de extranjería, frente a los demás y también frente a los extranjeros que residen en España, ya que a los primeros se les priva de los instrumentos de planificación sucesoria que concede el Reglamento y podría entenderse que de esta forma se conculcan los derechos inherentes a las libertades comunitarias.

Parece, por lo menos de momento, que a pesar de las novedosas técnicas y soluciones que ofrece un Derecho de la UE moderno que responde a criterios de especialización por razón de la materia, la indefinición es la regla general (no se ofrece una misma respuesta para todas las materias de Derecho privado que vienen asumiendo como propias las instituciones europeas en esa vertiente internacional e intraeuropea).

60. En efecto, la realidad actual en esta cuestión pivota sobre un sistema claramente dual, distinguiendo entre el papel del legislador europeo para regular los conflictos de leyes internacionales y el papel del legislador estatal para regular los conflictos internos y para los que opta por un sistema mixto en el que se aplican en ocasiones las viejas soluciones del Código Civil y en otras, mediante incorporaciones por referencia, las soluciones previstas en las normas internacionales y europeas.

Por ello, cabe subrayar que el papel del legislador estatal en estos momentos debe ser decidir si opta armonizadamente por aplicar un sistema con unidad de soluciones mediante la extensión de las soluciones ofrecidas por los Reglamentos europeos y los Convenios internacionales a los conflictos de origen interno, o en optar por mantener la situación actual, conocedor de las poco novedosas soluciones que prevé el Código Civil para los conflictos de leyes internos. Lo que no tiene demasiado sentido es modificar parcialmente el sistema mediante una elección interesada, cuando no descuidada, de los artículos y epígrafes concretos a modifica .

Cuestión bien distinta será determinar si interesa o no proyectar el criterio de residencia habitual utilizado por el Derecho europeo para la determinación de la ley aplicable en los conflictos internacionales sobre el Derecho interregional y los conflictos de origen interno, o en cambio, si cabe o si es preciso, mantener con ajustes la vecindad civil como punto o criterio de conexión y así respetar mediante esa reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales

También cabría, y no sería una solución desatinada, que el legislador estatal optase como pretensión de entrada para la determinación de la ley aplicable sobre los conflictos de origen interno y el Derecho interregional por el criterio de la autonomía conflictual a favor de la ley de la nacionalidad, lógicamente aparejada a la vecindad civil, y en defecto de tal opción acudir a la determinación de la ley aplicable para dichos supuestos al criterio de conexión de la residencia habitual favoreciendo con ello la “*professio iuris*”.

Obviamente, todo ello exigiría tener en cuenta en dichos ajustes la congelación del cómputo del tiempo para la pérdida de la vecindad civil al residir fuera del territorio de origen de la vecindad civil del sujeto correspondiente facilitando con ello también una proyección *ad extra*.

No obstante, dicho todo lo anterior y analizadas las respuestas ofrecidas tanto por el Derecho de la UE como por los Convenios internacionales podemos concluir que en nuestro sistema coexiste una doble respuesta compuesta de instrumentos y técnicas normativas diferenciadas que ofrece soluciones para las controversias “*ad intra*” mediante la Conferencia de La Haya de DIPr y para las “*ad extra*” mediante la aplicación de las soluciones previstas por las instituciones europeas.

Lo que evidencia que no existe una armonización de respuestas ni en Europa ni a nivel internacional y en el que, como parece evidente, el legislador estatal se encuentra cómodo manteniendo una aptitud de inacción que facilita artificialmente el mantenimiento vital de las soluciones autónomas recogidas y no modificadas en el Código Civil.

Conclusiones

61. Las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de DIPr requiere de los diferentes legisladores (autonómico y estatal) un grado de entendimiento que permita articular, debido a la existencia de conflictos que representan realidades diferenciadas (conflictos internos o interregionales, conflictos intraeuropeos y conflictos extraeuropeos), una adecuada y coherente respuesta jurídica⁹⁸.

Se trata de una dualidad que dificulta en cierta medida una convivencia armoniosa entre los diferentes bloques normativos, sobre todo teniendo en cuenta que la doctrina viene advirtiendo desde hace varios años que la respuesta que ofrece nuestro sistema para solucionar conflictos de leyes (recogido en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil) parece haberse quedado anticuada en comparación con las novedosas técnicas y soluciones que ofrece un Derecho europeo que responde a criterios de especialización por razón de la materia⁹⁹.

Nuestro sistema interno de solución de conflictos, que carece de una ley especial de Derecho interregional, pivota en torno al citado capítulo IV y los artículos 14.1 y 16.1 del Código Civil (Capítulo V del propio Título preliminar del Código civil) cuyas líneas básicas se estructuran mayoritariamente sobre el principio de remisión a las normas de DIPr y la determinación de la vecindad civil como punto de conexión y criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos jurídicos civiles.

62. El ordenamiento jurídico español no dispone de un verdadero sistema de derecho interregional que permita ofrecer una respuesta previsible y evitar con ello la inseguridad jurídica a la que conduce una permanente judicialización de tales conflictos normativo/competenciales internos. Por ello, deviene ineludible abordar desde la dimensión y competencia del legislador estatal la reforma y modernización del sistema español de conflictos internos. Tal sistema requiere de una profunda renovación que permita superar las anacrónicas respuestas de un sistema de conflicto de leyes interno que queda en la actualidad condicionado por el proceso de europeización del Derecho internacional privado.

Las carencias o lagunas del sistema español de DIP en la dimensión de los conflictos normativos internos impiden o al menos dificultan la realización de una correcta aproximación normativa a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna.

63. Además, debe tenerse presente que la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictivamente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, debido a que la determinación de cuál de los diferentes derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales sino que surge también, y cada vez con más frecuencia, en supuestos internacionales o intraeuropeos.

Los esfuerzos del legislador interno deberían centrarse en dos objetivos: de una parte, sería conveniente mejorar las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales, pues éstas, por su propia naturaleza, necesitan un acomodo en la legislación interna que permita su correcta aplicación.

El resultado final se traduce en una mayor complejidad normativa seguramente inevitable, fruto de la fragmentación del sistema de fuentes, adicionalmente incrementado porque las normas europeas no cubren todas las materias ni resuelven todas las cuestiones, y, por consiguiente, están llamadas a coexistir con las normas nacionales y las de fuente u origen convencional-internacional.

No existe, además, un sistema solución uniforme en los propios Reglamentos Europeos, aunque cabe afirmar que el legislador europeo posibilita que cada Estado pueda optar por la aplicación o no de dichos instrumentos normativos europeos para aportar respuesta a los conflictos de leyes internos

⁹⁸ Véase entre otros J.L. IRIARTE ÁNGEL, La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea, *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47-73.

⁹⁹ Sobre este particular véase., J.L. IRIARTE ÁNGEL, Ámbito material y personal y normas conflictuales, *Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Bilbao, Parlamento Vasco, 2016, pp. 135-161.

La pluralidad normativa en el ámbito interno ha experimentado un crecimiento exponencial en las últimas décadas y la interacción entre los nuevos Reglamentos europeos y el sistema interno de solución de conflictos normativos provoca una seria inseguridad jurídica a la hora de determinar la legislación aplicable por parte de los operadores jurídicos.

La correcta interacción entre los tres bloques normativos (el convencional, el relativo a la UE y el interno) podría suponer una mejora de nuestro sistema de Derecho interregional, sin duda. Pero la realidad normativa a día de hoy es que el legislador estatal se muestra en cierto modo desorientado, sin un criterio claro y a medio camino de todas las opciones posibles.

64. Ante este escenario normativo, mezcla de cierta falta de criterio y a la vez de inacción legislativa, la labor prioritaria del legislador estatal debería centrarse en tratar al menos de dotar de cierta coherencia al Título Preliminar del Código Civil mediante la necesaria modificación de su artículo 9.8 y del artículo 9.3 (en referencia, entre otras cuestiones, al régimen económico y a las parejas de hecho).

El gran debate pendiente de solución se concreta en saber si por parte del legislador español se va a consolidar tal dualidad de sistemas conflictuales o si se va a optar por una alternativa legislativa interna que prevea una solución única¹⁰⁰ tanto para los conflictos internos como para los internacionales¹⁰¹.

¿Cómo cabe proceder para lograr la mejora de nuestro sistema de Derecho interregional (o, en realidad, cómo articular un verdadero sistema, actualmente inexistente)? Es evidente que el legislador estatal parece carecer de modelo o de criterio claro y coherente, porque *de facto* ha modificado el Título Preliminar del CC de forma puntual y sin un criterio normativo conflictual claro

65. La realidad normativa actual pivota en realidad sobre un sistema claramente dual, distinguiendo entre el papel del legislador europeo para regular los conflictos de leyes internacionales y el papel del legislador estatal para regular los conflictos internos y para los que opta por un sistema mixto en el que se aplican en ocasiones las viejas soluciones del Código Civil y en otras se recurre a la *incorporación por referencia* de las soluciones previstas en las normas convencionales y/o europeas.

El legislador estatal debe decidir si opta por aplicar un sistema unitario de soluciones conflictuales mediante la extensión de las soluciones ofrecidas por los Reglamentos europeos y los Convenios internacionales a los conflictos de origen interno o si en cambio opta por mantener la dual situación actual.

Cuestión conexas a la anterior pero distinta será determinar si interesa o no proyectar sobre el ámbito de los conflictos internos el criterio de residencia habitual utilizado por el Derecho europeo para la determinación de la ley aplicable en los conflictos internacionales

66. Y paralelamente habrá que analizar las repercusiones que estas opciones puedan tener sobre la función que desempeña en nuestro ordenamiento jurídico la vecindad civil; en efecto, otra fundamental cuestión para el debate se concreta en el dilema de si es oportuno mantener “con ajustes” la vecindad civil como punto o criterio de conexión y respetar así mediante esa futura reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales.

Cabe afirmar que una opción de política legislativa viable sería mantener la aplicación de la vecindad civil para los conflictos de leyes internos o interregionales. Esta decisión deviene sin embargo cada vez más compleja, al haber optado ya el legislador estatal por un sistema mixto que combina inadecuadamente soluciones sustentadas en la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para la aplicación a algunos supuestos interregionales (tal y como se aprecia en los citados arts. 9.4, 9.6 y 9.7 del Código civil) con el mantenimiento de las respuestas ofrecidas por el Código Civil para otros (arts. 9.3 y 9.8 del propio Código civil).

¹⁰⁰ Sobre la aplicación del Derecho catalán en los supuestos internacionales, entre otros, J.J.FORNER DELAYGUA, “La aplicación del derecho catalán como derecho español en los supuestos internacionales”, A. Font i Segura (Ed.), *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 101-110.

¹⁰¹ Entre otros, sobre esta cuestión puede verse A.BORRÁS RODRIGUEZ, “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, C.E. Florensa i Tomás (Dir.) J.M. Fontanellas Morell, (Coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 555.

67. En definitiva, debe sopesarse la necesidad de optar bien por modernizar el Capítulo IV del Título Preliminar, bien por dictar una Ley Especial sobre conflictos de leyes internos, o bien por incorporar al sistema interno y de manera generalizada las soluciones contenidas en los Convenios internacionales y/o en los Reglamentos europeos.

Ha de replantearse el contenido del artículo 16 del Código Civil y su alcance actualmente, así como su sentido y fundamento, dadas las profundas diferencias del contexto normativo existente hoy, respecto al que existía en el momento en que se elaboró.

Puede ponerse en cuestión si el cauce adecuado para ello es una Ley de Derecho interregional o la reforma sustancial del artículo 16 del Código Civil, y a su vez dilucidar si las soluciones del DIPr de la Unión Europea se muestran capaces de aportar soluciones también exportables a los conflictos internos producidos por nuestras distintas legislaciones civiles, coexistentes o si por el contrario ha de irse hacia soluciones diferenciadas y específicas para esta categoría conflictual intern

68. En línea con lo expuesto anteriormente, y de *lege ferenda*, cabría plantear que la futura reforma de la regulación de la vecindad civil y del propio sistema español de Derecho interregional, en línea con las previsiones conflictuales contenidas en los Reglamentos Europeos y en Convenios Internacionales, flexibilice los cauces para el cambio de vecindad civil, actualice los modos de adquisición, opción y recuperación de la vecindad civil y, en el ámbito conflictual, se posibilite en el ámbito sucesorio la *professio iuris* en favor de la ley de la residencia habitual o de la vecindad civil del momento de otorgar testamento o del fallecimiento (y contemplando de forma excepcional y como cláusula de cierre la aplicación de la ley con la que el causante tuviera los vínculos más estrechos).

En materia matrimonial (caracterizada en la regulación interna vigente por la misma rigidez marmolea que caracteriza conflictualmente al ámbito sucesorio) deberían incorporarse los criterios de elección de la legislación europea a la ley aplicable al matrimonio entre españoles, con la especialidad de la preferencia de la vecindad civil frente a la residencia habitual en caso de elección para los conflictos internos.

69. Las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de Derecho internacional privado requieren de los diferentes legisladores (autonómico y estatal) un grado de entendimiento que permita articular, debido a la existencia de conflictos que representan realidades diferenciadas (conflictos internos o interregionales, conflictos intraeuropeos y conflictos extraeuropeos), una adecuada respuesta jurídica en términos de respecto al reparto competencial y de coordinación.

Hay ya numerosas evidencias y ejemplos o casos paradigmáticos que demuestran la inaplicabilidad de la respuesta prevista en nuestro sistema conflictual interno español para todos aquellos casos en los que el causante carezca de nacionalidad española y por tanto no ostente vecindad civil, porque tal circunstancia activa el recurso a la aplicación de las soluciones previstas en los Reglamentos europeos. Son prueba de la distorsión práctica que genera la ausencia de un sistema propio de solución de los conflictos que proyecte su operatividad sobre los supuestos que incorporen un elemento de internacionalidad.

70. La reflexión abierta en relación a la función de la vecindad civil como punto de conexión dentro de nuestro sistema de resolución de los conflictos internos debe tener presente que la concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en DIPr, debido a la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual.

Al analizar el alcance y funciones de tal conexión no debe olvidarse que hoy día la función de individualización de una ley territorial española que se realiza desde el derecho interregional no es posible cuando la conexión personal es extranjera, puesto que los extranjeros carecen de vecindad civil. La sustitución de la vecindad civil por cualquier otra conexión afecta a la estructura misma del sistema.

Por ello, la pregunta a responder no es tanto si la vecindad civil puede ser sustituida por otra conexión cuando se trate de un supuesto con elemento de internacional cuanto si el derecho interregional previsto para la solución de conflictos internos es aplicable miméticamente cuando el conflicto sea internacional. La respuesta, al menos en el ámbito de la UE, es claramente negativa. Por ello, hay

que superar tal deficiencia o carencia de la regulación del tráfico jurídico interregional en nuestro sistema. ¿Cuáles podrían ser las alternativas que cabría plantear al legislador estatal para acometer tal reto normativo-conflictual

71. El primer paso es analizar la vigente regulación de la vecindad civil y su papel como punto de conexión dentro del sistema español de derecho interregional, conexión que constituye el talón de Aquiles¹⁰² de dicho sistema. Habrá que analizar las repercusiones que cada una de las opciones posibles podrían tener sobre la función que desempeña en nuestro ordenamiento jurídico español la vecindad civil. Y otra fundamental cuestión para el debate se concreta en el dilema de si es oportuno mantener “con ajustes” la vecindad civil como punto o criterio de conexión y respetar así mediante esa futura reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y optar por el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales

Cabe afirmar que una opción de política legislativa viable sería mantener la aplicación de la vecindad civil para los conflictos de leyes internos o interregionales. Esta decisión deviene sin embargo cada vez más compleja, al haber optado ya el legislador estatal por un sistema mixto que combina inadecuadamente soluciones sustentadas en la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para la aplicación a algunos supuestos interregionales (tal y como se aprecia en los citados arts. 9.4, 9.6 y 9.7 del Código civil) con el mantenimiento de las respuestas ofrecidas por el Código Civil para otros (arts. 9.3 y 9.8).

72. En segundo lugar, cabe pensar que nuestro legislador deberá optar bien por modernizar el vigente Capítulo IV del Título preliminar del Código civil, bien por dictar una ley especial sobre los conflictos de leyes internos, o bien, por último, y como tercera posibilidad, podría optar por la incorporación al sistema interno de manera coherente y sistemática de las soluciones contenidas en los Convenios internacionales ratificados por España y/o en los Reglamentos europeos

Solo con una actuación normativa decidida y coherente por parte del legislador español será factible superar la complejidad añadida que este sector ofrece en la actualidad al operador jurídico y deberá servir para alcanzar mayores cotas de seguridad jurídica, imprescindible en el ámbito jurídico privado conflictual

73. ¿El sistema español conflictual vigente es unitario o dual? La redacción literal del artículo 16.1 del Código civil nos lleva a un sistema de unidad de solución técnica para ambas categorías de conflictos (internos e internacionales), que era el que pretendía el legislador en su momento, al remitirnos a las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Código –prácticamente las únicas existentes en 1974– para la resolución de los conflictos internos

Pero la realidad es que, a pesar de la citada declaración de principios hoy nos encontramos ante una situación de unidad o de identidad matizada, parcial, *de facto*, de norma de conflicto; además, la errática¹⁰³ actuación del legislador español dificulta toda pretensión de realizar una prospección a futuro: partimos de la unidad proclamada en 1974, siguiendo los antecedentes legislativos, por el citado artículo 16.1; en aquél momento la práctica totalidad de la norma de conflicto estaba en el Título Preliminar del Código civil.

Posteriormente, con la entrada en vigor del régimen constitucional España va ratificando una serie de Tratados internacionales que contienen sus propias normas para la resolución de los conflictos internacionales, de modo que el principio de unidad de norma va quebrando¹⁰⁴, uniendo a todo ello la creciente dimensión normativa de la UE y la incorporación de normativa conflictual emanada de sus instituciones a nuestro sistema de DIPr.

¹⁰² En acertada definición de R.ARENAS GARCÍA, “La determinación de la vecindad civil: el talón de Aquiles del sistema español de derecho interterritorial”, *AEDIPr.*, t.XIII, 2013, pp.1174-1178.

¹⁰³ J. J. PÉREZ MILLA (*El espacio...*”, p. 155) habla de *incuria* del legislador al tratar la situación actual de la norma para resolver los conflictos internos

¹⁰⁴ Descartada, como hemos visto, la opción de considerar directamente aplicables las normas internacionales a los conflictos internos.

En 2015 parece que esta tendencia se invierte, pues la Ley 26/2015 modifica los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 CC e incorpora por remisión la norma de conflicto internacional –sea convencional o europea- a la resolución de los conflictos internos

Sin embargo, esa inversión de tendencia es parcial, pues no incorpora la remisión al Reglamento 650/2012 –que si bien no era aplicable, estaba en vigor a la fecha de aprobación de aquella- a la resolución de los conflictos sucesorios. Tampoco ha incorporado remisión alguna al Reglamento 2016/1103 en materia de régimen económico matrimonial, o, lo que sería más necesario, al Reglamento 2016/1104 para la regulación del régimen económico de las parejas registradas.

74. La conclusión global de todo ello es nos encontramos *de facto* ante un sistema dual-, pues no en todas las cuestiones se da esa regla, sino que quedan excluidas algunas de las más importantes desde la perspectiva de los Derechos territoriales, como son las sucesiones o el régimen económico matrimonial. Se trata de una “...sobrevvenida y no del todo meditada dualidad de fuente conflictual” que “dificulta una convivencia armoniosa entre ambos bloques normativos debido a que la respuesta que ofrece nuestro sistema para solucionar los conflictos de leyes internos (...) parece haberse quedado anticuada en comparación con las novedosas técnicas y soluciones que ofrece el derecho europeo atendiendo a criterios de especialización por razón de la materia”¹⁰⁵.

A la dispersión de norma de conflicto se une el problema de que en éstas las dos materias más relevantes sigue rigiendo en los conflictos internos un sistema de vecindad civil, en un momento en el que los cuerpos legislativos más modernos apuestan por la residencia habitual –principio de proximidad- como solución más adecuada para resolver los conflictos relacionados con el estatuto personal; adicionalmente el margen de la autonomía de la voluntad es más estrecho, como hemos visto, en el sistema interno que en el internacional.

75. ¿Qué opciones cabría plantear a futuro? La opción preferente sería, desde un punto de vista técnico-conflictual, la de incorporar la normativa convencional o europea a la solución de los conflictos internos y culminar así el camino iniciado por la Ley 26/2015; esta opción es defendida por Delgado Echevarría¹⁰⁶, para quien “daría entrada a amplias posibilidades de elección de ley, lo que parece muy deseable y acorde con el principio de “libertad civil”. Aunque sin duda mejoraría la calidad técnica de las soluciones, tiene sin embargo el problema de que se basa en “concepciones muy distintas a las que inspiran el sistema actualmente vigente, lo que, sin lugar a dudas, implicaría dificultades por lo menos en un primer momento”¹⁰⁷.

La técnica legislativa podría consistir en realizar nuevas incorporaciones por remisión en las materias de forma individualizada –lo que plantea el problema de las futuras normas de origen convencional o europeo- o, de una manera más global, modificando el artículo 16 del Código civil para decir que los conflictos internos se resolverán aplicando la norma que resuelva los internacionales, sea cual sea el origen de ésta.

Una segunda alternativa u opción legislativa consistiría en mantener el sistema actual sustituyendo la vecindad civil por la residencia habitual, *ajustando*, bien el citado artículo 16.1.1º, bien el artículo 14.5.2º, de forma que, sea de manera directa, sea de manera indirecta, el punto de conexión se aproxime a la realidad social de las personas implicadas.

La modificación del artículo 16.1.1º –y concordantes- supondría la sustitución de la vecindad civil por la *residencia habitual* de las personas como punto de conexión para resolver los conflictos internos¹⁰⁸; requeriría la derogación, entre otros, de los artículos 14 y 15 del Código civil y supondría *de facto* que una idéntica regla se aplicase a conflictos internos e internacionales, en concordancia con las tenden-

¹⁰⁵ J.J.ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil...”, p. 36.

¹⁰⁶ J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Vecindad civil...”, p. 91.

¹⁰⁷ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Conflictos i ternacionales...”, p. 503.

¹⁰⁸ Quizás, dejando la vecindad civil *viva* a los efectos de una posible *professio iuris*, de forma que aumentase el ámbito de la autonomía de la voluntad (J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Conflictos internacionales e interregionales de leyes...” p. 504)

cias actuales en el Derecho comparado; se evitan situaciones extrañas¹⁰⁹, como que a un extranjero le aplique un Derecho territorial que no aplica a un nacional con diferente vecindad civil¹¹⁰.

En cualquier caso, lo que parece claro es que el adecuado cumplimiento del Derecho de la UE y de sus objetivos, generando seguridad jurídica y previsibilidad, requiere, en este caso, una actualización por parte del legislador del sistema español de resolución de conflictos internos y con una nueva regulación estatal que reduzca la inseguridad jurídica y la incertidumbre que acompañan a la aplicación de la “ley española” en su proyección sobre un conflicto normativo en esta materia

En efecto, la existencia de dicho elemento de internacionalidad o de heterogeneidad debe interpretarse en un sentido amplio que permita englobar dentro de tal concepción toda aquella situación afectada por la coexistencia, también dentro de un mismo Estado, de diversos ordenamientos jurídicos. Por ello, resulta especialmente llamativa la desatención o el olvido que el legislador español muestra respecto a esta controvertida cuestión, que emerge de forma creciente en el panorama jurisprudencial de nuestros tribunales.

¹⁰⁹ Aunque para S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ no es algo extravagante, simplemente algo que pasa por la configuración actual de nuestra normativa porque “el Derecho interregional no tiene que dar la misma solución que el DIPr” (“Vecindad civil...”, p 5).

¹¹⁰ Como indica S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (“¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019”. *La Ley Unión Europea*, nº 79, octubre 2019, p. 15), “la posible sorpresa que pueda causar pensar que un francés residente en Mallorca pueda acogerse al pacto de definición mallorquín, mientras que un donante/causante de vecindad civil común residente en Mallorca no, (...) una respuesta ajustada al sistema. Si es satisfactoria o no (razono ahora a la luz de esta aparente paradoja) es una cuestión que pertenece a la política legislativa de nuestro legislador que, dicho de forma breve, pasa”.

VARIA

Transformación digital del transporte marítimo: Blockchain para la ventanilla única europea

Digital transformation of maritime transport: blockchain for the European single window

JAVIER MARTÍNEZ BOADA

*Abogado, profesor y Doctor en Derecho
Universidad Camilo José Cela*

ORCID: 0009-0008-5482-4757

Recibido:15.11.2024 / Aceptado:30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9365

Resumen: Vivimos en un mundo donde las nuevas tecnologías facilitan las labores dentro de muchos sectores clave. Con el Reglamento (UE) 2019/1239 se establece una ventanilla única en Europa para facilitar el intercambio de información entre autoridades portuarias y Estados miembros, sin embargo, dicho modelo trae consigo retos relacionados con la seguridad, eficiencia e interoperabilidad del sistema. En este contexto, aparece Blockchain como una alternativa capaz de mejorar la transparencia, seguridad y eficiencia de esta ventanilla única, pues permite registrar datos de forma inmutable e intercambiar información en tiempo real y sin fronteras. Además, mediante la automatización que aportan los Smart Contracts se puede reducir la intervención humana y hacer el sistema mucho más eficaz, contribuyendo a que el sector marítimo avance hacia un futuro más eficiente y seguro.

Palabras clave: Blockchain, Ventanilla única, Transparencia, Seguridad, Smart Contracts.

Abstract: We live in a world where new technologies facilitate work within many key sectors. Regulation (EU) 2019/1239 establishes a single window in Europe to facilitate the exchange of information between port authorities and Member States, however, this model brings with it challenges related to the security, efficiency and interoperability of the system. In this context, Blockchain appears as an alternative capable of improving the transparency, security and efficiency of this single window, as it allows data to be recorded in an immutable way and information to be exchanged in real time and without borders. In addition, through the automation provided by Smart Contracts, human intervention can be reduced and the system made much more effective, helping the maritime sector to move towards a more efficient and safe future

Keywords: Blockchain, Single window, Transparency, Security, Smart Contracts.

Sumario: I. Introducción. II. Evolución y funcionalidades de la tecnología Blockchain, III. Sistema de Ventanilla Única Marítima en el Reglamento (UE) 2019/1239. IV. Blockchain como sistema de Ventanilla Única Marítima. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El imparable desarrollo de las tecnologías ha permitido implementar durante los últimos años nuevos productos y servicios totalmente revolucionarios. En términos prácticos, la mayoría de los sectores estratégicos de la sociedad, como el comercio, el transporte, la educación o la salud, se nutren

de las nuevas tecnologías para facilitar el acceso y el intercambio de información (Martínez de Osés y Velásquez Correa 2011, 25).

2. Actualmente, muchos países de Asia, América Latina y Europa han puesto en marcha la denominada “ventanilla única” como medida para facilitar una actividad que es considerada por muchos el motor del crecimiento económico de la sociedad, el comercio (Sidorova y Sidorov 2021, 121).

3. De esta forma, al considerarse que los procedimientos comerciales son el eslabón clave del desarrollo económico de la sociedad, la Unión Europea busca implementar medidas estratégicas para gestionar y optimizar eficientemente las operaciones comerciales. En este sentido, presta especial atención a cómo las nuevas tecnologías pueden aplicarse a un sistema de ventanilla única para crear una estructura de gestión unificada que recopile y procese la información, favoreciendo una interacción más eficaz entre los participantes en el proceso comercial (Nikiforovich Sidorov y Víctorovna Sidorova 2021, 169).

4. Dentro del sector marítimo, distintos organismos observaron la importancia de implementar los sistemas de ventanilla única a través de, por ejemplo, el Proyecto de Ventanilla Única Nacional de la Agencia Europea de Seguridad Marítima. A este respecto, se configuró un sistema compartido de información entre todos los Estados europeos para realizar seguimientos de buques y mercancías, reducir el riesgo de contaminación del medio ambiente o incrementar la protección de los pasajeros y las tripulaciones (López Díaz, Gutiérrez García y González Aguilera 2016, 189).

5. Tal y como explican diferentes autores, la industria marítima ha estado experimentando en los últimos años un proceso de digitalización imparable y similar al que han atravesado otros sectores económicos e industriales. De esta forma, se busca automatizar los procedimientos y facilitar el acceso de los actores a través de la conexión entre las nuevas tecnologías y los procesos que se llevan a cabo dentro de este sector (Nicoleta, y otros 2020, 258).

6. En este contexto, surge la iniciativa de la Unión Europea de crear la denominada “ventanilla única marítima” mediante el Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 para, como indica en su artículo 1, establecer un sistema tecnológicamente interoperable, neutro y armonizado con el fin de facilitar el intercambio electrónico de información relacionada con las obligaciones informativas de los buques que ingresen, permanezcan o partan de un puerto de la Unión.

7. En la actualidad, nos encontramos inmersos en lo que se conoce como la cuarta revolución industrial o Industria 4.0 (Nicoleta, y otros 2020, 258). En ella, proliferan diferentes tecnologías que pueden facilitar la labor de implantar esta ventanilla única marítima y digitalizar un sector clave que se enfrenta al reto de adaptarse a las demandas crecientes de interconectividad, eficiencia y transparencia, hablamos de la tecnología Blockchain.¹

8. Es evidente que la idea de desarrollar un sistema digital armonizado y homogéneo utilizando las nuevas tecnologías es fundamental para el desarrollo del sector marítimo y para responder a las demandas crecientes de interconectividad, eficiencia y transparencia de la sociedad. En estas condiciones, la tecnología Blockchain emerge como una solución capaz de proporcionar un sistema descentralizado, seguro, inmutable, automático y confiable para la gestión de los datos y el intercambio de información en tiempo real.

9. Asimismo, la implementación de Blockchain dentro del sistema de ventanilla única marítima no solo busca construir un sistema fiable y seguro, sino que también, debido a las amplias funcionalidades que ofrece, facilita la automatización de procesos mediante Smart Contracts. De esta forma, la Blockchain tiene el potencial de agilizar los trámites, reducir la intervención humana, minimizar errores

¹ D. AKBAŞ AKDOĞAN / KURULAR, G. YILDIZ ŞEREN / O. GEYİK, “Cryptocurrencies and Blockchain, In 4th Industrial Revolution Process: Some Public Recommendations.” Globalisation Public Policy, 2019, pp.81.

y, al ser un sistema descentralizado, favorece la conexión entre los diferentes Estados, lo cual es esencial dentro de un sector donde la coordinación y transparencia es clave para el buen funcionamiento.

10. Así las cosas, bajo este escenario: necesidad de digitalizar el sector marítimo, existencia de un sistema de ventanilla única marítima y surgimiento de Blockchain como tecnología capaz de almacenar información de forma inmutable y confiable y automatizar procesos, parece esencial analizar esta tecnología y el sistema de ventanilla única marítima con el fin de proponer Blockchain como una alternativa idónea para la implementación de dicho sistema.

II. Evolución y funcionalidades de la tecnología Blockchain

11. Antes de proponer la tecnología Blockchain como sistema de ventanilla única marítima, debe conocerse en qué consisten este tipo de estructuras y su evolución, pues sus funcionalidades son producto de sus continuos desarrollos y serán, junto con sus características, los elementos que hacen tan atractiva su implementación en este sector.

12. Para explicar en qué consiste la tecnología Blockchain debemos acudir a la doctrina, pues no existe ninguna norma jurídica que conceptualice este tipo de sistemas (Ríos López 2021, 2).

13. Tras un examen del estado del arte de esta tecnología puede decirse que las definiciones que puede adoptar la Blockchain dependerán en gran medida de la funcionalidad a la que se destine (Zile y Strazdiņa 2018, 13). De esta forma, habrá que estudiar su evolución y desarrollo, ya que, resultado de éste, surgen diferentes funcionalidades que la posicionan como una opción interesante para su aplicación en la ventanilla única marítima y, en consecuencia, su definición puede variar.

14. En un primer momento, Blockchain fue el nombre que adoptó el sistema encargado de sustentar el funcionamiento de la criptomoneda Bitcoin (Ammous 2016, 1). Recordemos que esta estructura surgió en el año 2008 en medio de una crisis financiera con el objetivo de evitar el denominado “double spending” que se producía al gastar las monedas digitales, es decir, su funcionalidad originaria consistía en servir de hoja de registro para almacenar la información de las transacciones y monedas que se habían ido gastando por los usuarios en el sistema (De Filippi y Wright 2018, 205).

15. Como resultado de los avances cualitativos y funcionales que ha experimentado esta tecnología, actualmente se reconocen tres generaciones: Blockchain 1.0, 2.0 y 3.0 (Xu, Chen y Kou 2019, 1).

16. Como se ha explicado, el primer sistema Blockchain fue utilizado como una estructura de registro de las transacciones realizadas con criptomoneda por los usuarios, lo que permite concluir que las primeras versiones de Blockchain, ubicadas dentro de la etapa Blockchain 1.0, estaban destinadas a registrar datos y funcionar como libros de contabilidad distribuidos (Efanov y Roschin 2018, 117).

17. Posteriormente, producto de las evoluciones funcionales de la tecnología Blockchain surge la posibilidad de implementar los Smart Contracts, es decir, dentro de la generación Blockchain 2.0 estos sistemas van a permitir codificar acuerdos automáticos que desplegarán sus efectos en el caso de que se cumplan las condiciones preestablecidas. En este sentido, algunos autores afirman que pueden emplearse para verificar si los productos y servicios son enviados por el proveedor durante un proceso de transacción entre dos partes (Sarmah 2018, 26), lo que permite deducir su potencial dentro del sector marítimo y, en especial, en el ámbito de la ventanilla única marítima.

18. Después de esta generación, surgen las Blockchain 3.0 que, aunque no introducen funcionalidades específicas como tal, ofrecen mayor seguridad, escalabilidad y sostenibilidad, lo que permite que puedan ser implementadas en diversas industrias, como el sector marítimo, la salud, la justicia, las artes o en instituciones gubernamentales (Sarmah 2018, 26). De esta forma, estas mejoras permiten que los

sistemas Blockchain sean más flexibles y adaptables a sectores concretos, facilitando la integración de la ventanilla única marítima y optimizando la gestión de información en tiempo real entre autoridades portuarias, navieras y agentes de carga.

19. Además de las diversas funcionalidades que ofrece Blockchain, sus tipos y características únicas son fundamentales y deben ser estudiadas muy brevemente para comprender por qué estos sistemas resultan tan atractivos para su implementación en la ventanilla única marítima.

20. Con tecnología Blockchain pueden construirse principalmente tres tipos de sistemas: públicos, híbridos y privados (Tourinho Pena, y otros 2022, 16). A esta investigación le interesa los sistemas privados, pues los dos primeros pueden ser consultados libremente por cualquier persona y se puede actuar bajo seudónimos y aquí es relevante que exista una autoridad central, por ejemplo, la Agencia Europea de Seguridad Marítima, que proporcione acceso a los Puertos, Ministerios y organismos relacionados con el sector marítimo y que se encuentren identificados los usuarios de forma fehaciente para que puedan consultar y facilitar la transmisión electrónica de información relacionada con las obligaciones de información de los buques que entren, permanezcan y abandonen un puerto de la Unión, objeto del Reglamento encargado de regular la ventanilla única marítima. Además, puesto que las Blockchain privadas son modulables al antojo de la autoridad que las gobierna, se podría dar acceso a otras autoridades que lo requieran para realizar inspecciones, consultar datos o llevar a cabo otras tareas relacionadas (Martínez Boada 2024, 4).

21. Junto a los tipos de sistemas Blockchain, debe prestarse atención a sus características únicas, pues con ellas se puede incrementar la seguridad y la transparencia y optimizar la eficiencia de la ventanilla única marítima, mejorando la gestión de información y la interacción entre las partes involucradas.

22. En boca de algunos autores, la tecnología Blockchain posee las siguientes características fundamentales: seguridad, rapidez, pseudoanonimato, independencia, autonomía, automatización, desintermediación (Bedecarratz Scholz 2018, 86 y 96) y, además, inmutabilidad de los datos e informaciones alojados en el sistema (Hofmann, y otros 2018, 1).

23. Junto a todas estas características, hay que destacar la transnacionalidad de Blockchain (Pardilla Sánchez 2020, 187). En este sentido, los sistemas permiten actuar a los usuarios sin estar limitados por fronteras geográficas o políticas, lo que permite construir una estructura de ventanilla única marítima no solo a nivel europeo, sino también a nivel mundial, para reflejar todas aquellas informaciones relacionadas con, por ejemplo, los buques, con independencia de su abanderamiento.

24. Como vemos, la tecnología Blockchain, según su concepto, evolución funcional y características, puede ser un sistema idóneo para implementar una ventanilla única marítima que se beneficie de la inalterabilidad de la información, su distribución en tiempo real entre todas las organizaciones pertinentes y, además, gracias a su capacidad de automatización a través de Smart Contracts, permite optimizar los procesos y reducir la intervención humana, evitando errores o manipulaciones de la información.

III. Sistema de Ventanilla Única Marítima en el Reglamento (UE) 2019/1239

25. Desde hace años, algunos autores han considerado la ventanilla única marítima como un elemento fundamental para mejorar la rapidez y eficiencia del comercio internacional y la gestión portuaria. De esta forma, se ha reflexionado acerca de la necesidad de construir un sistema que facilite el intercambio de información entre las diversas autoridades, empresas y agentes involucrados en el sector marítimo, eliminando la necesidad de múltiples trámites administrativos y reduciendo la burocracia.²

² I. GARRÓS FONT / S. ORTIZ HERNÁNDEZ / N. ROMERA SANTIAGO, «El entorno europeo de ventanilla única marítima.» *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2020, pp.14.

26. La regulación de los sistemas de información dentro del sector marítimo y, en especial, en el ámbito de la Unión Europea encuentra su razón en el artículo 100 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde se mantiene que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán conformar, de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones que estimen oportuno en relación con la navegación marítima. De esta forma, el sistema de ventanilla única marítima a nivel comunitario se desarrolla dentro del entorno europeo para lograr la interoperabilidad entre las ventanillas únicas nacionales y dotar al sector de la máxima eficiencia, seguridad y rapidez. Así las cosas, se implanta una red de ventanillas marítimas únicas nacionales con interfaces unificadas de comunicación de información que incluyen intercambios de datos a través de SafeSeaNet, así como servicios de gestión de acceso, registro de usuarios, identificación de buques, información sobre mercancías peligrosas, sanidad o contaminantes o direccionamiento de embarcaciones (Sidorova y Sidorov 2021, 134).

27. Según la Organización Marítima Internacional esta estructura se define como un sistema de servicios integrados que agrupa los procedimientos administrativos tanto marítimos como portuarios, incluyendo las declaraciones de entrada y salida de los puertos, notificaciones sobre informes de seguridad, información comercial de las escalas portuarias y otros datos relacionados (Embankment 2023, 10).

28. Conscientes de la importancia de digitalizar e interconectar las actividades efectuadas dentro del sector marítimo, España a través de la entidad Indra pone el foco en renovar tecnológicamente y dotar de nuevas funcionalidades al sistema de ventanilla nacional DUEPORT. En este sentido, adapta al Reglamento (UE) 2019/1239 el sistema con el fin de ampliar la armonización entre puertos europeos, simplificar los procedimientos de declaración relativos a la entrada, salida y estancia de los buques en los puertos y reducir en la medida de lo posible las cargas administrativas de las partes involucradas (García Carballal 2023, 1).

29. Además, puesto que la implementación de un sistema de Ventanilla Única Marítima Europea es uno de los proyectos y Reglamentos instaurados con mayor repercusión en la transformación digital de los puertos situados dentro de la Unión, Puertos del Estado ha recibido durante este año una subvención de 2,77 millones de euros por parte de la Unión Europea para el desarrollo e implementación de dicho sistema (Puertos del Estado 2024).

30. Tal y como afirma la doctrina y la propia Comisión Europea,³ los Reglamentos son actos jurídicos obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables a cada Estado miembro (Asín Cabrera 1993). De esta forma, a través del Reglamento (UE) 2019/1239 las intenciones de la Unión Europea son el establecimiento obligatorio de dicho sistema de ventanilla única marítima a fin de digitalizar e interconectar lo máximo posible el sector marítimo. Además, la propia Organización Marítima Internacional mantuvo que a partir del 1 de enero del año 2024 este sistema sería obligatorio para el intercambio electrónico de la información sobre la llegada, permanencia y salida de los buques en un puerto (Organización Marítima Internacional 2023).

31. Una de las razones por las que se decide armonizar el entorno de ventanillas marítimas es la lucha contra la corrupción marítima. En este sentido, la Unión Europea es consciente de la necesidad de reforzar la integridad, la transparencia y la responsabilidad en las actividades que se realizan dentro del sector marítimo, por lo que, unificando, digitalizando y armonizando un sistema en el que registrar los datos e informaciones de los buques se puede mejorar la eficiencia de las operaciones, minimizar los errores humanos y eliminar los trámites burocráticos (Organización Marítima Internacional 2022).

32. A la hora de implantar el sistema de Ventanilla Única Marítima se deben tener en cuenta las Directrices sobre la autenticación, integridad y confidencialidad (FAL.5/Circ.46) y las Directrices para

³ COMISIÓN EUROPEA. “Tipos de legislación de la UE”. s.f. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/types-eu-law_es#:~:text=caso%20previo%20refer%C3%A9ndum.-,Reglamentos,elementos%2C%20en%20los%20Estados%20miembros (último acceso: 13 de noviembre de 2024).

el establecimiento de una ventanilla única marítima (FAL.5/Circ.42/Rev.3) establecidas por la Organización Marítima Internacional que establecen los requisitos generales para desarrollar e implantar la plataforma digital de Ventanilla Única Marítima (Organización Marítima Internacional 2022).

33. En lo que respecta a la FAL.5/Circ.42/Rev.3 hay que tener en cuenta que establece directrices para la armonización de los protocolos de comunicación y el intercambio electrónico de datos entre los buques y los puertos. En este sentido, fija como objetivo principal unificar los procesos de las actividades portuarias a fin de reducir la carga administrativa y, en consecuencia, mejorar la eficiencia de las operaciones efectuadas en los puertos. Además, una de las iniciativas que insta es la automatización de las aduanas para simplificar los procesos y conseguir minimizar el tiempo que los barcos pasan en puerto y reducir el riesgo de errores durante el proceso de despacho y carga de buques.

34. En relación con la FAL.5/Circ.46 debe señalarse que aborda la importancia que debe prestarse a la integridad y seguridad en los intercambios de información mediante la ventanilla única marítima. A propósito de tal objetivo, establece diferentes requisitos como son: la implantación de métodos de cifrado robustos o firmas digitales y electrónicas para dar autenticidad e integridad a la información, a fin de garantizar la confidencialidad, autenticidad e integridad de los datos intercambiados entre los buques y las instalaciones portuarias. Como puede observarse, las pautas se encuentran diseñadas para fortalecer la protección de los sistemas digitales involucrados en las operaciones portuarias y, en especial, de aquellos que dependen de certificados electrónicos o firmas digitales, pues los ciberataques dentro de este sector se encuentran en expansión.⁴

35. Como puede observarse, ambos documentos contribuyen a la modernización de los sistemas del sector marítimo, apoyando la transformación digital de la industria y asegurando el cumplimiento normativo y la seguridad en los intercambios de datos durante las operaciones portuarias.

36. En este contexto y tras explicar el sistema, vemos cómo Blockchain se presenta como una solución idónea para asegurar la trazabilidad, transparencia y seguridad en la gestión y transmisión de la información dentro de la ventanilla única marítima. En tal sentido, gracias a su estructura descentralizada y a la capacidad de almacenar datos inalterables, Blockchain permite que las informaciones relacionadas con las operaciones marítimas sean compartidas de manera eficiente y segura entre todas las partes involucradas, garantizando su integridad y reduciendo el riesgo de manipulaciones, ataques o fraudes. Además, la implementación de Smart Contracts dentro de este sistema automatiza ciertos procesos, como, por ejemplo, la actividad de aduanas mencionada anteriormente, agilizando las transacciones, reduciendo la intervención humana y optimizando la coordinación entre los diferentes actores.

37. De esta forma, a continuación, trataremos más específicamente cómo Blockchain puede ser construida para servir como sistema de Ventanilla Única Marítima y qué beneficios concretos nos pueden aportar sus características propias y alguna de sus funcionalidades como los Smart Contracts.

IV. Blockchain como sistema de Ventanilla Única Marítima

38. Tal y como se ha adelantado, el sector marítimo no es ajeno a ataques cibernéticos y a actuaciones fraudulentas como la corrupción. En este sentido, la Organización Marítima Internacional centra el foco en evaluar y mitigar riesgos de corrupción mediante medidas preventivas que refuercen la integridad, transparencia y responsabilidad, para, así, detectar, investigar y sancionar cualesquiera actos ilícitos relacionados con la entrada y salida de buques, promoviendo tanto la cooperación nacional como internacional para abordar este problema (Organización Marítima Internacional 2024).

⁴ J. CRAWFORD CRAWFORD, “Ciberataque al transporte marítimo. ¿Una amenaza real o ciencia ficción?» *Revista de marina*. (970), 2019, pp. 15 y ss., o B. MIRANDA MENÉNDEZ, «El sector marítimo en el punto de mira de la ciberseguridad.» *Rotación: revista mensual de la industria naval, marítima y pesquera*, ISSN 0211-2892, N.º 613, 2024, pp. 34 y ss.

39. A fin de contrarrestar estas cuestiones y digitalizar el sector marítimo para optimizar los procedimientos y agilizar las transacciones, Europa puso en marcha la creación del sistema de Ventanilla Única Marítima. Sin embargo, como se ha visto, este tipo de estructuras no son susceptibles de ser corrompidas, el proceso sigue estando muy influido por decisiones humanas y, además, como indican algunos medios, en los grupos de trabajo sobre la implementación del Reglamento, se permite a cada país tomar decisiones en ciertos aspectos, lo cual podría comprometer la armonización prevista.⁵

40. En medio de estos problemas, encontramos una tecnología que está acaparando los intereses de la sociedad y que puede moldearse y utilizarse precisamente para crear un entorno de ventanilla única que respete los principios del Reglamento (UE) 2019/1239 e, incluso, mejorar ciertos aspectos debido a la automatización que nos brinda su funcionalidad de Smart Contracts.⁶

41. A priori, la tecnología Blockchain es de sobra conocida por la sociedad por servir como base de datos en la que registrar los datos e informaciones de transacciones o de cualquier índole (Ibáñez Jiménez 2018, 36-37), sin embargo, fruto de los desarrollos funcionales que ha ido sufriendo permite otras funcionalidades que, sumadas a sus características específicas, la posicionan como un sistema idóneo sobre el que implantar un sistema de ventanilla única.

42. Como se ha adelantado, la tecnología Blockchain ofrece muchísimas funcionalidades,⁷ sin embargo, la que interesa a este estudio es, por un lado, la de base de datos inmutable distribuida entre un número determinado de usuarios (autoridades de los puertos) y una autoridad central (Agencia Europea de Seguridad Marítima) que gestione los permisos y la cadena en sí y, por otro, la automatización de labores y obligaciones mediante Smart Contracts.

43. Al proponer el diseño de Blockchain como sistema de ventanilla única marítima tendremos que decidir entre dos cuestiones prioritarias. Por un lado, debe establecerse la tipología de cadena que quiere construirse a fin de determinar los accesos y, por otro, qué nodos o usuarios tendrán la facultad de gestionar la Blockchain y validar transacciones (Vega Maza 2019, 115).

44. En el caso del sistema de ventanilla única marítima se deberá estructurar una red Blockchain privada en el que la autoridad central se encargue de gestionar los accesos a los nodos que desee, en este caso a las autoridades portuarias, y se les aporte la capacidad de registrar los datos e informaciones de buques y cualesquiera otras que se necesiten para un correcto seguimiento, trazabilidad y gestión eficiente del tráfico portuario y de las operaciones marítimas en genera ⁸

45. Toda vez que sabemos que la Blockchain que debe utilizarse es la de tipo privado, debemos tener presente que el sistema exige no solo una adecuada infraestructura técnica, sino también una sólida política de acceso y validación de transacciones. En este supuesto de estudio, se quiere implementar una Blockchain privada para gestionar la información portuaria, por lo que dicha autoridad central debe asumir el rol de administrador y asignar los permisos específicos a cada nodo, los cuales serán las autoridades portuarias, aduanas y otros actores estratégicos.⁹

46. Aunque es cierto que una de las virtudes y atractivos de Blockchain es la descentralización que ofrece en sus sistemas públicos, en esta red privada la administración se encontraría centralizada

⁵ NOVOLOGÍSTICA. “¿Por qué la ventanilla única marítima europea genera dudas?” 22 de marzo de 2024. <https://www.novologistica.com/maritimo-y-aereo/por-que-la-ventanilla-unica-maritima-europea-genera-dudas/> (último acceso: 13 de noviembre de 2024).

⁶ M.N. PACHECO JIMÉNEZ, “De la tecnología blockchain a la economía del Token”. *Revista de Derecho PUCP*, N°83, 2019, pp. 62.

⁷ R. DE BENITO, “¿Es más seguro volar con «blockchain»?” *ElPaís*, 23 de enero de 2020: “los analistas han llegado a documentar más de 130 usos diferentes del Blockchain en distintas áreas”.

⁸ A. PREUKSCHAT/ C. KUCHKOVSKY, *Blockchain: la revolución industrial de internet*. España: Gestión 2000, 2017, pp. 23-24.

⁹ Ídem. Pp. 24: “Ésta puede estar (...) limitada a sólo algunos participantes (caso de la «blockchain privada»)”.

facilitando con ello un entorno de confianza y control donde cada nodo autorizado tiene la capacidad de registrar, validar o consultar datos relaciones con la llegada, estancia o salida de los buques en tiempo real, así como cualquier información relacionada con la seguridad, logística o mercancías transportadas (Palomo Zurdo 2018, 885).

47. A su vez, el sistema Blockchain privado de ventanilla única marítima permitiría a los agentes e involucrados portuarios actuar bajo un sistema seguro para la trazabilidad y registro de transacciones y eventos relacionados con las operaciones marítimas.¹⁰ En este sentido, recordemos que esta tecnología dota de inmutabilidad a la información, por lo que se reduce significativamente los riesgos de manipulación de los datos y, en consecuencia, se acrecienta la seguridad e integridad. Además, no debe olvidarse que dentro de este sector se incluyen actividades como el intercambio de información sobre mercancías peligrosas a bordo, inspecciones sanitarias, gestión de permisos o la coordinación logística de las operaciones en puerto, las cuales, son fundamentales para la seguridad y eficiencia en el contexto portuario, lo que incrementa la necesidad de operar a través de sistemas digitales que ofrezcan todas las garantías posibles.¹¹

48. Tal y como se ha descrito en líneas anteriores, la Blockchain sufre diferentes desarrollos hasta el punto de permitir alojar en su sistema acuerdos inmutables capaces de automatizar obligaciones, es decir, concede programar Smart Contracts con los que ejecutar automáticamente condiciones pactadas previamente. Dentro de la industria marítima y, en especial, en el entorno de la ventanilla única, este tipo de contratos tienen gran potencial a la hora de mejorar la eficiencia, transparencia y seguridad de las operaciones portuarias. Bajo esta premisa, pueden automatizarse diferentes procesos reduciendo la intervención humana y, de esta forma, reducir tiempos de espera o minimizar errores en los procesos de entrada, estancia y salida de buques o inspecciones (Ramírez y Vacca 2020, 131).

49. Por otro lado, la automatización de procedimientos que ofrecen los Smart Contracts alojados en Blockchain pueden reducir enormemente la burocracia existente dentro del ámbito de la administración pública y, en concreto, en el sector marítimo. En este contexto, en vez de depender de procesos tradicionales y analógicos en los que se deben enviar documentos físicos o comunicaciones electrónicas a través de sistemas digitales menos novedosos, los Smart Contracts permiten validar de forma inmediata el cumplimiento de los requisitos que se requieran y conceder permisos de forma automática (Mahmudnia, Arashpour y Yang 2022, 104379).

50. Además, como se ha visto, el alcance transnacional que posee Blockchain permite crear una ventanilla única a nivel no solo europeo si no internacional. En este sentido, los Smart Contracts permiten ser moldeados al antojo de quienes los programen, por lo que pueden ser configurados para cumplir con las normas y regulaciones de diferentes jurisdicciones y, dado que se encuentran alojados en la red Blockchain, pueden ser sincronizados y compartidos entre todos los países (Argelich Comelles 2020, 15-16).

51. En lo que respecta al entorno actual de ventanilla única marítima del Reglamento (UE) 2019/1239, puede decirse que implementar los Smart Contracts alojados en Blockchain en este sistema de SafeSeaNet puede aportar un valor añadido significativo. En el supuesto de que se integren estos acuerdos automáticos dentro del sistema se podrán activar automáticamente alertas y avisos de control con los que poder monitorizar la navegación seguridad y riesgo medioambiental de los buques o infraes-

¹⁰ T. ALLADI / V. CHAMOLA / N. SAHU / M. GUIZANI. "Applications of blockchain in unmanned aerial vehicles: A review." *Vehicular Communications*, 23, 2020: pp. 100249: Estos autores proponen Blockchain para trazar y vigilar los vehículos aéreos no tripulados, lo que nos permite observar como también sería una opción idónea para registrar y realizar un seguimiento de los buques dentro del sector marítimo.

¹¹ M. ALBIOL-PERARNAU, / I. ALARCÓN BELMONTE, "Blockchain en salud: transformando la seguridad y la gestión de datos clínicos." *Atencion Primaria*, 56(5), 2024: pp. 2, "la naturaleza descentralizada, segura e inmutable de *blockchain* tiene el potencial de superar desafíos actuales y redefinir la manera en que se almacenan, comparten y gestionan los dato".

estructuras marítimas. En este sentido, encontramos cierta similitud a los proyectos Blockchain que son utilizados para registrar la información y datos de los drones que sobrevuelan un determinado espacio aéreo (Torrubia Chalmeta 2022, 341).

52. Grosso modo, los Smart Contracts pueden ser destinados a automatizar, como se ha adelantado, las actuaciones aduaneras, a gestionar los permisos de entrada y de salida de buques, a verificar los protocolos de seguridad y normativas en actuaciones que conlleven manipulación, estiba y transporte de mercancías peligrosas, pagos de tarifas y servicios portuarios, seguimiento del transporte de los buques, o, incluso, facilitar inspecciones (Echebarría Sáenz 2017, 70-71).

53. En cuanto a las inspecciones, puede decirse que dentro de la Blockchain la autoridad central que gestiona los permisos, puede dar acceso de consulta a los órganos inspectores para que de forma directa puedan observar los datos e informaciones contenidos en el sistema. Además, este tipo de exámenes realizados bajo los sistemas Blockchain serán de lo más efectivos, pues dada la inmutabilidad de la información y la trazabilidad, los órganos inspectores, como las autoridades aduaneras, sanitarias o de seguridad, podrán acceder en tiempo real a los datos y registros de cada buque, obteniendo así una visión completa y precisa de la documentación, los permisos y el historial de cada navío sin necesidad de intermediarios (Martínez Boada 2024, 7).

54. Como puede observarse, el sistema Blockchain de ventanilla única marítima parece una opción novedosa y una alternativa significativa para mejorar el sistema actual de ventanillas, sin embargo, aunque ofrece numerosas ventajas, también puede enfrentarse a diferentes desafíos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de implantar este tipo de sistemas.

55. La tecnología Blockchain per se no se encuentra pensada para cumplir con normativas como la protección de datos (Fink 2019, 91). Como se ha visto, la función principal de la red Blockchain propuesta será la de almacenar un sinfín de datos, los cuales, se encuentran sujetos a las normativas protectoras de datos como es el Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

56. Tal y como se establece en su articulado, concretamente en el artículo 4, los datos que quedarán sujetos a protección y sometimiento de los preceptos del texto normativo son aquellos que permitan identificar o hacer identificable a una persona. De esta forma, aquellas informaciones que se encuentren en la Blockchain de ventanilla única marítima que puedan identificar o hacer identificable a una persona tendrán que respetar todas las disposiciones y, en especial, aquellas que hacen referencia a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos.

57. Además, bien es sabido que generalmente dentro de las Blockchain las partes pueden actuar bajo seudónimos que dificultan la identificación de los usuarios participantes y, por lo tanto, los nodos no pueden conocer quiénes son, por un lado, los encargados del tratamiento y, por otro, los responsables del tratamiento de los datos alojados en la red (Fink 2019, 91).

58. Bajo esta situación, surge la duda de cómo pueden respetarse dichos derechos y cómo pueden designarse las responsabilidades y figuras mencionadas en un sistema sin jerarquía cuya información es inmutable, aparentemente los usuarios no son identificables y, por si fuera poco, existen acuerdos que tampoco pueden ser modificados una vez hayan sido codificados. La respuesta se encuentra en la tipología de red elegida para implantar este sistema de ventanilla única. A través de una Blockchain privada en la que la gestión de ingresos se encuentra centralizada en una autoridad determinada, todos estos inconvenientes pueden ser suprimidos (Preukschat y Kuchkovsky 2017, 28-30).

59. En el momento en el que se conforme la Blockchain privada de ventanilla única y, teniendo en cuenta que es un entorno privado donde los usuarios se encuentran debidamente identificados, se podrán otorgar los accesos pertinentes y proporcionar ciertos poderes a unos nodos determinados. En este sentido, la autoridad podrá designar que algunos sean los encargados del tratamiento y que otros ejerzan las labores de responsables del tratamiento. Asimismo, la información contenida en la red y en los contratos, aunque inmutable, puede ser eliminada por estos nodos, los cuales, deben ser totalmente imparciales y ajenos a la actividad marítima, en aras de garantizar la máxima integridad y los derechos anteriormente descritos (Martínez Boada 2024, 7).

60. En definitiva, la implementación de la tecnología Blockchain dentro de la Ventanilla Única Marítima puede mejorar la seguridad, trazabilidad, integridad y eficiencia de los procesos portuarios debido a las funcionalidades que aporta y a sus características inherentes. Junto a ello, el empleo de Smart Contracts reducen la intervención humana, los costes y los errores, sin embargo, deberá tenerse en cuenta que el sistema tendrá que modularse de acuerdo con el sistema de ventanilla única actual y utilizar el abanico de posibilidades que nos brindan las estructuras Blockchain privadas, dejando atrás ciertas características propias de los esquemas públicos que pueden poner en riesgo la legislación existente y la garantía del sistema.

V. Conclusiones

61. Somos partícipes de un mundo donde la innovación tecnológica redefine las reglas y formas de actuación dentro de diversos sectores. Entre ellos, destaca la industria marítima, un ámbito tradicionalmente complejo que busca beneficiarse de las nuevas tecnologías para optimizar sus procesos, reducir los tiempos de operación y aumentar la transparencia.

62. Entre las diferentes medidas que se han tomado para digitalizar el sector, puede destacarse la Ventanilla Única Marítima Europea, un sistema virtual diseñado para centralizar y simplificar la presentación de información relacionada con el transporte marítimo en la Unión Europea. Su principal objetivo es facilitar el cumplimiento de las normativas y requisitos de los diferentes Estados miembros al permitir que las navieras, agentes marítimos y otros actores del sector presenten los datos necesarios a través de un único punto de acceso electrónico.

63. Paralelamente, puede encontrarse el Reglamento (UE) 2019/123 de la Comisión, de 24 de enero de 2019 en el que se establece la necesidad de armonizar los procedimientos en todos los puertos de la UE, con el fin de crear un espacio marítimo único europeo que permita una mayor interoperabilidad y eficiencia en las operaciones portuarias

64. En este contexto: necesidad de digitalización y búsqueda de interoperabilidad, armonización y optimización, encontramos la tecnología Blockchain, sus características únicas y sus funcionalidades, como una alternativa ideal para implantar una plataforma de ventanilla única europea o, incluso, dado su alcance transnacional, a nivel mundial, que mejore el sistema estableciendo una conexión sin fisuras entre puertos, aduanas y operadores logísticos de diferentes países.

65. Entre los diferentes caracteres que proporcionan las arquitecturas Blockchain, puede decirse que la transnacionalidad es una de las más importantes a la hora de proponer esta tecnología como sistema de ventanilla única. En este sentido, Blockchain elimina la necesidad de interfaces distintas en cada país, ya que permite la creación de una red armonizada y estandarizada para todos los participantes, eliminando la fragmentación actual. De este modo, una vez implementada, podría interoperar a nivel mundial, integrando sistemas como SafeSeaNet y otros sistemas de registro de buques y mercancías peligrosas, lo cual se traduciría en una mayor eficiencia y seguridad en el comercio marítimo

66. Asimismo, el sistema será totalmente transparente y respetará la integridad de los datos contenidos en los bloques, pues, como se ha analizado, la información que contienen se caracteriza por su inmutabilidad, es decir, no puede manipularse y, en el caso de cambio, quedará registrado para que se pueda observar la trazabilidad de la información. Como vemos, dicha característica no solo garantiza la seguridad de las transacciones, sino que también proporciona un historial verificable de todas las acciones realizadas, permitiendo una trazabilidad completa en cada etapa del proceso.

67. Junto a ello y producto de los desarrollos que ha sufrido la tecnología Blockchain, actualmente ofrece a los usuarios la posibilidad de automatizar procesos y obligaciones mediante la figura de los Smart Contracts. En este sentido, muchos de los procesos actualmente manuales en los puertos, como la facturación de servicios, la liberación de mercancías o la gestión de permisos y licencias, podrían realizarse sin intervención humana, reduciendo significativamente los tiempos de espera y minimizando los errores operativos y administrativos.

68. Así las cosas, el sistema de ventanilla única marítima con Blockchain, en lugar de depender de personas para verificar y aprobar cada transacción o solicitud, utiliza los Smart Contracts, para verificar y ejecutar las operaciones automáticamente. De esta forma, se reduce la posibilidad de errores humanos, posible corrupción y se asegura que los procesos sean más rápidos y precisos.

69. En definitiva, implementar Blockchain en la Ventanilla Única Marítima representa una evolución en la digitalización y armonización de los trámites efectuados dentro del sector marítimo, proporcionando una estructura preparada para responder a los continuos desafíos a los que se enfrenta. Toda vez que se combine la automatización y eficiencia de los Smart Contracts y la transparencia, inmutabilidad y transnacionalidad del sistema que los hace posibles: Blockchain, se puede transformar la operatividad de la industria y la experiencia de las empresas y organismos que dependen de estos servicios. Además, no debe olvidarse que con este sistema se pueden paliar las barreras normativas y falta de homogenización logrando un funcionamiento más eficiente del sector.

70. Por último, recordemos que Blockchain puede damnificar las legislaciones garantes de la protección de datos de las personas. Como se ha visto, las estructuras públicas donde todas las personas tienen acceso pueden llegar a trasgredir este tipo de normativas, sin embargo, la estructura que debe adoptarse es la de forma privada donde la autoridad central gestione los accesos y permisos de participación dentro de la red Blockchain. De esta forma, se creará un entorno particular donde estén conectados todos los organismos involucrados en las actividades del sector marítimo garantizando la protección de datos, pues, además, como se ha dicho, podrán nombrarse nodos responsables del tratamiento y, que éstos, tengan la capacidad, por ejemplo, de garantizar el ejercicio y respeto de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

Contratos internos, internacionalidad y prorrogación
de la competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal
de Justicia (Sala Primera) de 8 de febrero de 2024,
asunto C 566/22

Internal contracts, internationality and jurisdiction clause.
Purpose to the CJEU judgement of 8th February 2024, case
C-566/22

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería
ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 07.11.2024 / Aceptado: 29.01.2015

DOI: 10.20318/cdt.2025.9366

Resumen: El TJUE declara que la atribución de competencia judicial a un tribunal extranjero cuando todos los elementos de un contrato se localizan en el foro, siendo el único elemento de extranjería la misma cláusula de elección, queda sometida al Reglamento 1215/2012. No es que se prescinda de la exigencia de internacionalidad: es sólo que la internacionalidad es creada por la mera voluntad de las partes. La sentencia, aunque no esté exenta de críticas, no deja margen a la interpretación. El presente comentario aborda el estudio de las consecuencias e implicaciones para el sistema procesal que se derivan de este pronunciamiento.

Palabras clave: Competencia judicial internacional. Prórroga de la competencia. Competencia territorial. Normas imperativas.

Abstract: The CJEU declares that the attribution of jurisdiction to a foreign court when all the elements of a contract are located in the forum -the only element of foreignness being the same choice clause- is subject to Regulation 1215/2012. It is not that the requirement of internationality is dispensed with: internationality is created by the will of the parties. The judgement, although it is not without sharp criticism, leaves no room for interpretation or doubt. This commentary addresses the study of the consequences and implications for the procedural system that derive from this pronouncement.

Keywords: International jurisdiction. Prorogation of jurisdiction. Territorial jurisdiction. Mandatory law.

Sumario: I. Introducción. II. El litigio y la decisión del Tribunal. 1. Los hechos. 2. Los argumentos y la decisión del TJUE: la internacionalidad sigue siendo una exigencia básica. III. Algunas enseñanzas de la sentencia *Inkreal*. 1. Las consecuencias económicas de la elección del tribunal. 2. Recursos y controles. 3. Vicisitudes derogatorias ante los tribunales españoles. 4. Las dudas de la sumisión. Cuatro cuestiones de procedimiento. 5. ¿Y qué hacemos con la ley extranjera? IV. Un apunte final: lo que el TJ no ha dicho.

I. Introducción

1. Apostaría que incluso los alumnos de la cuarto de Derecho saben que el Derecho internacional privado sirve para resolver los peculiares problemas derivados de la heterogeneidad jurídica de las relaciones jurídicas. Lo internacional (lo *heterogéneo* si hablamos de interregional) es el eje de la disciplina, evidentemente. Ahora bien, ¿qué es lo que hace que una relación jurídica sea internacional? ¿Qué convierte en internacional a un litigio? En el sector patrimonial, ¿hay tipos contractuales intrínsecamente internacionales? ¿Pueden las partes de un contrato decidir la puesta en marcha del mecanismo internacionalprivatístico, incluso en una relación desprovista de tal heterogeneidad? En definitiva, ¿es la sola expresión de voluntad de los privados suficiente para convertir en internacional lo que nace doméstico? Esta es la cuestión objeto de la sentencia comentada, centrada en la cuestión competencial. Generalmente se ha dado por sentado que la residencia de los contratantes en Estados diferentes es lo que permite hablar de internacionalidad¹; es lo habitual, y no ha generado grandes controversias². Pero

¹ En nuestra jurisprudencia no contamos precisamente con una rica doctrina que se haya preocupado de este tema. Salvo error por mi parte, no se ha planteado nunca un asunto propio del art. 3.3 RRI. En el ámbito procesal, la constante para admitir la operatividad de la cláusula de prorrogación de la competencia es que las partes tengan su domicilio en Estados distintos: *v. gr.*, AAP Barcelona de 16 abril 2018 (ECLI:ES:APB:2018:1323A). Implícitamente el auto de la misma AP de 15 febrero 2019 (ECLI:ES:APB:2019:634A). Muy interesante el auto de 11 septiembre 2017 del Juzgado de lo mercantil número 6 de Madrid, que -dicho sea con la reserva exigida por el conocimiento fragmentario de los antecedentes de hecho- parece confundir la cuestión de fondo con el alcance personal de la sumisión, excluyendo de ésta *ab initio* al demandado: exportador (español) que demanda al transitario (español) de la mercancía, existiendo una cláusula de prorrogación en favor de los tribunales de Londres para toda controversia derivada del contrato. El juez admite la licitud del pacto para que los litigios derivados de una reserva de espacio en buque se sometan a tribunal extranjero, pero excluye su aplicación a las actividades realizadas por el transitario antes del inicio del transporte (que nunca llegó a realizarse, porque se detectaron deficiencias en la conservación de la mercancía), calificando la pretensión de “excesivo, desorbitado y, por ello, rechazable”: «tanto los operarios del puerto que debían cumplir las órdenes de la demandada, como la propia mercantil demandada, la transportista terrestre y la demandante, ostentan la nacionalidad española y los hechos acaecieron dentro de las recíprocas obligaciones nacidas de un contrato de servicio de tránsito en territorio español [-donde finalizaba al cargar las mercancías a buque-]; lo que excluye la presencia de un relevante elemento de extranjería que justifique la aplicación de una cláusula de sumisión dispuesta para un sujeto pasivo o demandado distinto y por hechos producidos por dos actividades concretas [-reserva de espacio y transporte marítimo-]; siendo ajenos a ello los hechos invocados». La frase suscita, desde luego, la duda de si el juez se ha convertido en supervisor de lo razonable; por supuesto, la impugnación de la cláusula de sumisión no debería convertirse en elemento de interpretación de su alcance subjetivo, idóneo para restringirlo *in limine litis*.

La misma orientación se consolida en Francia con la sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 octubre 2005 (en *RCDIP*, 2006, p. 413)

Entre la doctrina más reconocida, la ecuación disparidad de domicilios = internacionalidad está consolidada. Por ejemplo, recientemente, B. HESS, “Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects”, en *MPILux Research Paper Series*, 2021 (4), www.mpi.lu, p. 4. Entre los reglamentos europeos sólo el art. 3 del 1896/2006 (proceso monitorio europeo) sigue esa línea. Lo normal es conformarse con que «al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto» (art. 3 del reglamento 861/2007, proceso europeo de escasa cuantía, art. 25 del RBI bis. No se entiende que el prestigioso profesor reproche su estrechez a normas de este tenor, porque nada excluye que ambas partes estén domiciliadas en el mismo Estado. Por lo demás, que el domicilio no es el elemento exclusivo y definitorio lo refuerza el art. 3 del reglamento 655/2014 (orden europea de retención de cuentas). Es diáfano por lo demás que no se puede trasladar al ámbito de la competencia judicial los conceptos propios del sector del reconocimiento y ejecución de decisiones.

² De hecho, no aparece ni planteado en B. HESS/TH. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Heidelberg, 2007. Sólo se da cuenta de una sentencia de la *Corte di Cassazione* de 1 abril 1985 en donde se asevera que la facultad de elección del juez corresponde a contratantes domiciliados en Estados diferentes, debiendo además recaer en los órganos judiciales del domicilio de uno de ellos. Evidentemente, la decisión obedece a la desconfianza hacia la *derogatio fori* que expresaba el viejo art. 2 Cpc («*La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, né di arbitri che pronuncino all'estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato nella Repubblica...*»), derogado expresamente por la ley de Dipr de 1995. El texto de la sentencia aparece en *RDIPP*, 1986, p. 863, con nota de S. BARIATTI, “Sull’interpretazione dell’art. 17 della Convenzione di Bruxelles di 1968”). Puede verse igualmente la nota de N. BOSCHIERO en *JDI*, 1990, p. 676. Va de suyo que en el espacio interno europeo una restricción como esa no pudo ser aplicada desde el mismo momento en que entra en vigor el CB.

En todo caso, posteriormente la misma *Corte* salva la validez de la prórroga, por mucho que fuera nula según la normativa nacional en el momento de su conclusión: sentencia de 30 diciembre 1998, en *RDIPP*, 1999, p. 1012. En la de 14 noviembre 2003 se consolida la prevalencia de la libertad consagrada a nivel europeo (sumisión a los tribunales franceses). Interesa retener esta decisión, que ampara el desplazamiento de las reglas imperativas sobre competencia funcional en un asunto laboral.

lo habitual no es lo imperativo: que sea un dato incontrovertible no deja fuera otras combinaciones³. El tema está abierto, y como “lo internacional” es gaseoso, lo siguiente ha sido siempre la elucubración acerca del peso relativo de tal o cual elemento *objetivo* extranjero, sobre si es más o menos importante (si afecta a la estructura de la relación, como diría P. LALIVE) hasta el punto de teñir todo el conjunto (tal vez la hipótesis más al límite sea la del peso de la nacionalidad de las partes)⁴. Cuando el debate es de peso relativo, son casos relativamente fáciles. El problema es cuando no existe ese elemento objetivo en absoluto, y la internacionalidad es generada exclusivamente por las declaraciones *-rectius*, la sola voluntad- de las partes en el contrato, extremo éste sobre el que -a pesar del peso de los antecedentes- la doctrina había ido especulando sin que se pudiera llegar a descubrir una opinión prevalente⁵.

2. En las páginas que siguen pretendo repasar brevemente la sentencia en el asunto *Inkreal*⁶. Teniendo en cuenta que cuando aparezca el presente comentario habrá cumplido un año y que ha generado ríos de tinta, no creo que tenga demasiado sentido reproducir *in extenso* los hechos y lo que el TJ argumentó y decidió⁷. La sentencia es un dato con el que a día de hoy hay que contar, nos guste o no:

³ Así lo ha reconocido la STJUE de 29 julio 2024, C-774/22 (ECLI:EU:C:2024:646), cdo. 29. Ya en la sentencia de 1 marzo 2005 (C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, ECLI:EU:C:2005:120) se dice que «...el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio», repetido prácticamente con las mismas palabras en las SSTJUE de 14 noviembre 2013 (C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:735) y de 30 septiembre 2021 (C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.*, ECLI:EU:C:2021:784).

⁴ Que el suelo está impregnado de *fango* lo demuestra un caso reciente decidido por la sentencia del BGH de 29 noviembre 2023, que considera que el contrato de arrendamiento de un inmueble en Berlín realizado por la embajada de un Estado extranjero para acomodar a su personal es un negocio puramente interno. La noticia en P. OSTENDORF, “German Federal Court of Justice rules on what constitutes a genuine international element within the meaning of Art. 3(3) of the Rome I-Regulation (BGH, judgment of 29 November 2023, No. VIII ZR 7/23)”, en <https://conflictflaws.nl>, entrada de 8 enero 2024. Los tribunales ingleses son mucho más flexibles, atienden a la voluntad expresada por las partes, de modo que evitan sorpresas y alcanzan mayor atractivo para los operadores económicos que buscan certidumbre (por ejemplo, para un caso que enfrentaba a dos entes italianos, sentencia de la *English High Court* de 27 septiembre 2022).

Evidentemente no se pueden confundir los planos de la disciplina, pero es deseable que exista coherencia entre ellos (y que lo calificado como internacional por el TJUE no sea tachado de interno por el juez alemán), más que nada porque las cláusulas de prorrogación y de *electio iuris* suelen venir juntas. Ulteriores referencias en M. LEHMANN, “Conflict of Laws Cannot be Wished Away”, en www.eapil.org, entrada de 11 marzo 2024.

⁵ Se asegura que los informes Jenard y Schlosser no resuelven la controversia, pero lo cierto es que aquel asevera que «[e]l artículo 17 intervendrá, en caso de cláusula atributiva de competencia establecida (...) si dos personas domiciliadas en un Estado contratante prorrogan la competencia de un tribunal de otro Estado contratante» (informe sobre el CB, DOCE C 189 de 28 julio 1990, p. 156), y el informe Schlosser (al que se adscribe a la tesis restrictiva) habla de internacionalidad como requisito esencial para activar el art. 17 CB (párrafo 21), sin definir en qué consiste ésta (DOCE C 189 de 28 julio 1990, pp. 193 y 231). Parece lógico pensar que hay continuidad entre ambos, como reflejo de la continuidad de las disposiciones. No deja de ser llamativo que el informe Pocar sobre el convenio de Lugano de 2007 no haga la más mínima referencia a esta cuestión (DOCE C 319 de 23 diciembre 2009). Con exhaustivo repaso a antecedentes, argumentos (que siguen siendo los mismos en ambos sentidos) y bibliografía clásica, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994, pp. 105 ss., que recuerda cómo el Comité de expertos encargado de redactar el CB admitía la viabilidad de un acuerdo sumisorio en el caso de un contrato interno, y por eso no se dijo nada sobre el carácter internacional del litigio.

Entre la doctrina más autorizada, excluyendo la entrada en juego del reglamento en estos casos, por ejemplo, H. GAUDEMET TALLON/M. E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, París, 2024, pp. 298 ss. En el mismo sentido restrictivo (internacionalidad por el establecimiento de las partes o por el objeto), J. P. BERAUDO, “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, en *JDI*, 2013, p. 748; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, 2022, pp. 2632-2633; B. CAMPUZANO DÍAZ, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Granada, 2018, p. 92. Evidenciando la falta de internacionalidad en casos del género pero también la incongruencia que sería someter a regulaciones distintas los acuerdos de sumisión según las partes tengan su domicilio en un EM o no, U. MAGNUS, Art. 25, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Colonia, 2016, p. 604. Verdaderamente, la continuidad de los órdenes jurisdiccionales abogarí por unas facultades de elección ilimitadas: B. ANCEL, “La clause attributive de jurisdiction selon l’art. 17 de la Convention de Bruxelles”, en *RDIPP*, 1990, pp. 263 ss. Más arriesgada es la posición de F. GARAU SOBRINO (“Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, en *CDT*, 2010, p. 60), para quien la internacionalidad no es necesaria, sino que basta la concurrencia de los requisitos temporales, personales y materiales: olvida el dato previo.

⁶ ECLI:EU:C:2024:123.

⁷ Pueden verse los comentarios breves de G. VAN CALSTER, “CJEU does not follow its AG in *Inkreal*: Confirms wide, sub-

carece de sentido (a mi juicio) seguir dando vueltas a sus eventuales deficiencias o aciertos, llorando sobre la leche derramada; creo que resultará más útil plantear hipótesis -algunas ajenas al art. 25 RBI bis- y coordinar la doctrina recién sentada con la normativa procesal interna.

II. El litigio y la decisión del Tribunal

1. Los hechos

3. Los hechos en los que se funda este litigio son ya bastante conocidos: dos contratos de préstamo de dinero entre una sociedad eslovaca (prestataria) y un ciudadano residente en el mismo país (prestamista), que incluyen una cláusula de prorrogación de la competencia en favor de «el órgano jurisdiccional checo material y territorialmente competente». Posteriormente el prestamista cede tales contratos a otra sociedad (Inkreal), igualmente eslovaca. No siendo reembolsados aquellos, la cesionaria presenta una demanda contra la sociedad prestataria ante los jueces checos, y lo hace ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, porque de acuerdo con el Código de Enjuiciamiento Civil (art. 11.3) es el encargado de designar al territorialmente competente en situaciones como esta⁸.

Con buen criterio, el órgano judicial no se plantea cuestión alguna relativa a la validez del pacto, desde el momento en que realmente satisface las exigencias formales y de fondo del art. 25 RBI bis. La duda es previa, y es la aplicabilidad del propio reglamento 1215/2012, asumiendo que su puesta en funcionamiento depende de las repercusiones transfronterizas del asunto (recuérdese el art. 81 TFUE). La única vía para salvar este requisito es entender que la exigencia de internacionalidad queda a salvo con la mera voluntad de las partes, sin ningún otro elemento objetivo. Así las cosas, la cuestión prejudicial recibe la siguiente formulación: «¿Desde la perspectiva de la existencia de un elemento de extranjería, requisito necesario para la aplicación del Reglamento [n.º 1215/2012], puede fundarse la aplicación de este Reglamento únicamente en el hecho de que las dos partes domiciliadas en el mismo Estado miembro acuerden la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la Unión Europea?»⁹

jective scope of international element for choice of court”, en <https://gavclaw.com>, entrada de 8 febrero 2024; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Admisibilidad de la sumisión a tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012”, en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>, entrada de 8 febrero 2024, “Inkreal: A View from Madrid”, en www.eapil.org, entrada de 27 febrero 2024 y “Sumisión a tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012 (STJ 1º 8 de febrero de 2024, as. C-566/22: Inkreal)”, en *La Ley Unión Europea*, nº 123 (marzo de 2024); M. WELLER, “CJEU, Case C-566/22, Inkreal v. Dúha reality: Choice of another Member State’s court in an otherwise purely domestic case is sufficient to apply Art. 25 Brussels Ibis Regulation”, en <https://conflictoflaws.n>, entrada de 17 febrero 2024; M. SPOSINI, “La sussistenza di un elemento di estraneità ai fini della validità di una clausola di scelta del foro ai sensi del regolamento Bruxelles I bis”, en <https://aldricus.giustizia.it/>, entrada de 23 febrero 2024; M. GIMÉNEZ, “Inkreal: Freedom of Choice of Courts of EU Member States?”, en www.eapil.org, entrada de 26 febrero 2024; G. CUNIBERTI, “Inkreal: Bypassing National Rules Governing Jurisdiction Clauses?”, en www.eapil.org, entrada de 26 febrero 2024; H. MUIR WATT/D. BUREAU, “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases: A Threefold Critique”, en www.eapil.org, entrada de 1 marzo 2024; id., “La désignation d’une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l’article 25 du règlement Bruxelles I bis”, en *RC-DIP*, 2024, pp. 848 ss.; J. S. DUVAUROUX, “Suite à l’arrêt *Inkreal*, faut-il modifier l’article 25 du règlement Bruxelles I bis?”, en *RTDEur*, 2024, pp. 149 ss.; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Impacto de la elección de tribunal en la internacionalidad de las situaciones (STJUE de 24 de febrero de 2024, C-566/22)”, en *REEI*, 2024; J. VÁZQUEZ, “El futuro de la litigación intraeuropea tras el caso ‘Inkreal’”, en *Almacén de Derecho*, entrada de 30 de junio de 2024; J. I. PAREDES PÉREZ, “La posible aplicación del artículo 25 del Reglamento de Bruselas I bis a una situación puramente interna: algunas consideraciones en los ámbitos de la competencia judicial internacional y la ley aplicable”, en Blog de la Facultad de Derecho UAM <https://www.blog.fder.uam.es/2024/03/05/la-posible-aplicacion-del-articulo-25-del-reglamento-de-bruselas-i-bis-a-una-situacion-puramente-interna-algunas-consideraciones-en-los-ambitos-de-la-competencia-judicial-internacional-y-la-ley-aplic/>, entrada de 5 marzo 2024.

⁸ Previsión similar, recuérdese, no existe en España, y eso que el riesgo de que surgiera una situación del género ya se puso de manifiesto cuando en 1985 el art. 22 LOPJ admite -además de la sumisión- la competencia de los tribunales españoles en materia matrimonial cuando ambos cónyuges tuvieran nacionalidad española (por definición, foro válido cuando residen en el extranjero). un apunte general y las posibles soluciones en los sistemas de nuestro entorno en M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil”, en *REDI*, 1989, p. 123.

⁹ Recuérdese que es la segunda vez que se formula una cuestión del mismo tenor. Era el objeto del asunto C 136/16, y además de la posibilidad de prescindir del pacto si causaba “*serious inconvenience for one of those parties and the other party has no good reason to justify such choice*”. La cuestión fue retirada por el órgano remitente.

2. Los argumentos y la decisión del TJUE: la internacionalidad sigue siendo una exigencia básica.

4. Son muchas las resoluciones del TJ sobre los aspectos formales y de fondo del art. 25 RBI bis y sus disposiciones precedentes. Ahora no. Navegamos sin precedentes. De ahí su trascendencia¹⁰.

La declaración de validez de la cláusula de prorrogación presupone una respuesta afirmativa al tema aplicabilidad del art. 25, que parte a su vez de la aplicabilidad del reglamento. La discreta reformulación de la cuestión que hacen el AG y el TJ la depura (con buena lógica), centrándose en la única disposición tipo que realmente puede generar dudas en cuanto a su entrada en juego cuando todos los elementos reales del asunto controvertido se concentran en un mismo país¹¹. Ese dato que le sirve fundamento, pues, se desvanece¹².

En todo caso, ya es sabido que se defendía una interpretación basada en la necesaria concurrencia de elementos objetivos de internacionalidad, frente a la que el TJUE opone cuatro criterios hermenéuticos clásicos, suficientes para sustentar una lectura más liberal¹³, a saber, el tenor (literal), el contexto (sistemática), los objetivos y la finalidad (teleológica). Todo lo cual se concreta en una construcción jalonada por las siguientes afirmaciones básicas: a) «el tenor del artículo 25, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 no se opone a (...) un acuerdo atributivo de competencia (...) aun cuando el contrato no contenga ningún otro vínculo con ese otro Estado miembro»¹⁴; b) aun cuando el reglamento requiera un elemento de extranjería, «no contiene ninguna definición del elemento de extranjería cuya existencia condiciona la aplicabilidad de este Reglamento»¹⁵; c) el presente es un asunto transfronterizo, «dado que las partes de dicho litigio están establecidas en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda»¹⁶; d) existe un elemento de extranjería: «la existencia de un acuerdo atributivo de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas las partes contratantes demuestra, por sí misma, la incidencia transfronteriza del litigio principal»¹⁷; e) la interpretación de la norma debe efectuarse a la luz del objetivo del respeto de la autonomía de las partes y la eficacia de los acuerdos¹⁸, garantizando la previsibilidad, seguridad jurídica y protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión: «que el juez nacional ante el que se ejercite la acción pueda pronunciarse con facilidad sobre su propia competencia, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto»¹⁹, sin exigirle que verifique la concurrencia de más elementos, aparte del acuerdo²⁰; f) la defensa de la aplicabilidad del reglamento: la aplicación del art. 25 reduce el riesgo de procedimientos paralelos y resoluciones contradictorias, porque se evita la entrada en funcionamiento de normativas nacionales

¹⁰ Y los discretísimos precedentes con los que se contaba son manipulados para hacerles decir lo que coincide con el criterio propio. Dice el AG que «para poder designar a un tribunal de un Estado miembro como foro competente, la elección de las partes no se supedita a más requisitos que, en particular, la existencia de una relación entre el tribunal designado y el litigio», citando en su apoyo la sentencia del TJ de 17 enero 1980 (asunto 56/79, *Zelger c. Salanitri*, ECLI:EU:C:1980:15). ¿Y qué dice esta sentencia realmente? Pues que el entonces vigente art. 17 CB «hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado». En la misma dirección la de 16 marzo 1999 (asunto C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142).

¹¹ La designación de un lugar ficticio de ejecución del contrato, por ejemplo, no es sino una prórroga de la competencia: STJ de 20 febrero 1997 (asunto C-106/95, *MSG*, ECLI:EU:C:1997:70). Sólo en supuestos distintos a los de ejercicio de la autonomía se plantea la duda de la aplicabilidad del RBI bis.

¹² Para el AG «...el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 25 del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable...» (párrafo 20); el considerando 14 de la sentencia alude al ámbito de aplicación de la mencionada norma.

¹³ Cdo. 15.

¹⁴ Cdo. 17.

¹⁵ Cdo. 19. Ciertamente, nada exige que la fuente de la internacionalidad sea jurídica. ¿Valdría la afectación al comercio internacional (un plano económico, pues), como podría ser, por ejemplo la integración de un litigante en un grupo multinacional?

¹⁶ Cdo. 23.

¹⁷ Cdo. 25. Se parece mucho a lo afirmado en la sentencia de 7 febrero 2013, en el sentido de que «en virtud de su apartado 1 [del entonces art. 23], basta, en principio, con que una parte esté domiciliada en un Estado miembro y que la cláusula atribuya competencia a un tribunal de un Estado miembro»: Asunto C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62.

¹⁸ Cdo. 26.

¹⁹ Cdos. 27-29.

²⁰ Cdo. 33.

no coordinadas²¹; g) no se puede enjuiciar la validez de un acuerdo atributivo de competencia en base a consideraciones ajenas a lo que dispone la norma del art. 25, y «las consideraciones referentes a los vínculos entre el órgano jurisdiccional designado y la relación objeto de litigio o a la justificación de la cláusula atributiva de competencia no guardan relación con dichas exigencias»²²; h) la definición de internacionalidad contenida en el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro no es elemento válido de interpretación, porque en nuestro entorno se optó por no introducir algo similar²³. En base a las anteriores aseveraciones se concluye que el art. 25 RBI bis debe interpretarse en el sentido de que «un acuerdo atributivo de competencia mediante el cual las partes de un contrato establecidas en un mismo Estado miembro pactan la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro para conocer de los litigios surgidos de ese contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta disposición, aun cuando dicho contrato no contenga ningún otro vínculo con ese otro Estado miembro». En otras palabras, lo que debe ser internacional de un modo u otro es el litigio, no la situación (de hecho, el TJ ni se preocupa por evidenciar la mentada afectación de los intereses del comercio internacional, desde el momento en que una de las sociedades implicadas formaba parte de un grupo multinacional): tanto vale si el elemento de extranjería reside en uno o en otra²⁴. La internacionalidad sigue siendo esencial, pero no es un dato que tenga que derivar de la estructura interna de las relaciones contractuales, pudiendo ser creada por la mera voluntad de los particulares. O sea, que lo esencial no tiene por qué estar alojado en la médula, pudiendo residir en el extrarradio.

5. La cuestión prejudicial tenía un alcance general, poniendo en primer plano la aplicabilidad del reglamento en situaciones como la descrita. Va de suyo que el problema del carácter transfronterizo se plantea exclusivamente en supuestos de elección del tribunal, cuando el pacto sea el único elemento de extranjería, y eso no existe sólo en el art. 25 RBI bis. A la luz de los argumentos empleados, por consiguiente, cabe pensar que se puede admitir que lo dicho vale también para todas las demás disposiciones sobre sumisión, o sea, los arts. 15, 16, 19, 23 y 26 RBI bis y el 23 del Convenio de Lugano de 2007²⁵.

6. A mi juicio la sentencia llega a una conclusión mejor que la contraria, defendible, pero no todos sus desarrollos son igualmente sólidos. Al margen de los insufribles e inevitables párrafos multiusos, auténticos monumentos a la vacuidad, podemos admitir que algunos argumentos no son tales: así, y sin ánimo de exhaustividad: i) la afirmación de que «el litigio principal plantea una cuestión relativa a la determinación de la competencia internacional»²⁶ es circular²⁷, en la medida en que la duda acerca de la eventual competencia de los tribunales checos sólo surge si el reglamento entra en juego, que es lo que se pretende dilucidar; ii) lo reseñado *supra* d) asume igualmente la suficiencia de aquello que está en discusión; iii) que el art. 25 deba interpretarse en el sentido indicado por el TJ es aceptable, pero para interpretarlo hay que aplicarlo, y esa es la cuestión previa a dilucidar; iv) que el juez pueda decidir sobre la propia competencia sin analizar el fondo del asunto es lo que se hace -inexorablemente- en todo litigio, y es razonable que se haga sin tener que analizar las pretensiones, mas parece que el TJ aboga por excluir ese repaso somero de los datos en que se funda la competencia, abogando por la cuasi automaticidad; v) expandir el ámbito de aplicación del RBI bis a toda costa es positivo en la medida en que -entre otros beneficios esperados- protege a los operadores y unifica las respuestas, pero tiene el problema de que no puede hacerse a costa de violentar los parámetros que delimitan tal ámbito²⁸.

²¹ Cdo. 30.

²² Cdo. 34.

²³ Cdo. 38.

²⁴ *Cfr.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 junio 2021, C-280/20, Republika Bulgaria”, en *CDT*, p. 94.

²⁵ Recuérdese que en los otros reglamentos procesales la autonomía funciona sólo para seleccionar uno de los tribunales ofertados, con lo que la internacionalidad objetiva queda siempre a salvo.

No existe, por lo demás, interferencia con el art. 468 LNM, centrado sólo en el consentimiento,

²⁶ Cdo. 24.

²⁷ *Cfr.* H. MUIR WATT/D. BUREAU, “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing...”, *op. cit.*”; id., “La désignation d’une juridiction étrangère...”, *op. cit.*, p. 855.

²⁸ De hecho, si se ha hecho en otros casos ha sido porque de algún modo existían indicios que lo apoyaban (sentencia de 17

La prudencia aconseja eliminar lo superfluo. Probablemente bastaba el argumento literal: no hay trazas de límites en el art. 25 RBI bis²⁹. No es descartable que en la mente del legislador no existiera -por atípica- una situación como la que aquí se ha planteado y que el silencio sea consecuencia de un rechazo implícito; pero si su intención era excluirla, justo es reconocer que no ha sabido plasmarlo, que hay espacio en el texto de la norma como para poder afirmar que la sumisión a tribunales extranjeros en un contrato interno no está prohibida, y, siendo la libertad el principio de base del sistema (no es baladí que se hayan suprimido las exigencias de domicilio o se haya incorporado una regla especial para casos de litispendencia), cuadra extraer las conclusiones coherentes con él, admitiendo que debe estar permitida, y más si el resultado no es disparatado y no se puede presumir el fraude³⁰. Hay asertos empero que diluyen la argumentación y la hacen vulnerable (volátil, por tanto) al generar una apariencia de voluntarismo. En un segundo nivel, se podía haber apoyado igualmente en una razón puramente pragmática, poniendo el acento en los peligros de la centrifugación, esto es, las consecuencias aparejadas a la exclusión de este tipo de pactos del RBI bis y el abandono de su disciplina a los sistemas nacionales, con el consiguiente incremento de la inseguridad jurídica dentro del espacio unificado³¹.

III. Algunas enseñanzas de la sentencia *Inkreal*

7. Instalada esa doctrina en la realidad jurídica actual, ahora habrá que plantearse cuáles son sus implicaciones. En los párrafos siguientes trataré fundamentalmente de sus consecuencias en el proceso civil español.

1. Las consecuencias económicas de la elección del tribunal

8. Frente a lo que de forma confusa deslizó el AG en sus conclusiones³², la regla de oro es la libertad de elección de tribunal. Es la lógica del Derecho privado. Repárese en que junto a esa faceta privada, la libertad de elección tiene además una dimensión institucional:

- En primer lugar, las partes son dueñas de su relación, la conocen y por ello también tienen la soberanía sobre las formas de resolución de las controversias, no necesariamente mejores que las predisuestas por el legislador ni garantía de mayor efectividad³³. Ellos saben por

noviembre 2011, asunto C-327/10, *Hypoteční banka a.s.*, ECLI:EU:C:2011:745; sentencia de 15 marzo 2012, asunto C-292/10, *Cornelius de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142).

²⁹ Cfr. S. BARIATTI, “Party autonomy and internationality of the legal relationship: recent developments in the case law of the EU Court of Justice on the European Private International Law Regulations”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho Internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Valencia, 2020, pp. 206-207. No tiene sentido que el término hermenéutico de referencia tenga que ser el Convenio de La Haya, como pretende G. CUNIBERTI, “*Inkreal: Bypassing National Rules...*”, *op. cit.*”; por supuesto que tampoco un reglamento como el 1896/2006 que no conoce la autonomía (H. MUIR WATT/D. BUREAU, “*La désignation d’une juridiction étrangère...*”, *op. cit.*, p. 855). De la misma forma, el manido considerando 15 del Reglamento Roma I (sin paralelo en el 31 del RRII, por cierto) tampoco puede ser la clave de bóveda del sistema, cuando resulta que este texto no se preocupa en absoluto de las cuestiones procesales, y lo que se deduce de su art. 3.3 es tanto que la mera voluntad de las partes no vale para internacionalizar plenamente un contrato como que el RRI entra en juego en esos casos desde el primer momento. En contra, P. DE MIGUEL, “*Admisibilidad de la sumisión...*”, *op. cit.* Por último, no se mueven en la misma dirección las normas de los arts. 15, inciso 3, y 19, inciso 3, que parten de la base de un contrato interno cuyas vicisitudes corresponden *naturalmente* a los tribunales designados.

³⁰ Salvando las distancias, STJ de 8 junio 2017, asunto C-54/16, *Vinyls Italia SpA*, ECLI:EU:C:2017:433, cdo. 55.

³¹ Peligro ya evidenciado por U. MAGNUS, *op. cit.* p. 604.

³² Es desafortunado aseverar que el art. 25 constituye «un medio para que las partes pudieran optar, de común acuerdo, por establecer excepciones a dichas normas imperativas» (párrafo 33), como si las normas de los arts. 4 y 7 ss. tuvieran tal carácter.

³³ Nadie critica el recurso al arbitraje, aunque sea más caro que la justicia ordinaria o no sustancialmente más rápido en todo caso; de la misma forma, nada asegura que el recurso a los tribunales elegidos por las partes sea garantía de una justicia más eficiente (en un caso como el presente, las notificaciones serán más complejas, el acceso a las pruebas será tal vez más difícil; los costes de traducción, asesoramiento y desplazamiento pueden incrementarse considerablemente), pero nadie puede censurarlo o controlarlo, porque es el corolario de su soberanía sobre la relación. Si los foros de competencia objetivos

qué pactan esto o lo otro. Pero como todo ejercicio de libertad lleva aparejada la necesidad de asumir las consecuencias vinculadas a él, no parece de recibo que el coste pueda ser repercutido sobre el contribuyente patrio: o sea, si unos operadores extranjeros quieren litigar en España en relación con un litigio del todo ajeno a nuestro foro, están en su derecho, pero deberían pagar todos los costes que ello genere. No es sólo que el de las notificaciones o el de la práctica de las pruebas se incremente siempre y en todo caso; el problema es que los arts. 46 y 47 LAJg no diferencian en función de las claves de competencia, y permiten que cualquier residente en un EM (entre otros) acceda al beneficio, si los niveles de renta de los arts. 3-5 lo permiten. Ya sé que es un riesgo remoto, pero existe, que residentes en países de la UE con niveles de renta bajos y justicia cara o lenta se sometan a los tribunales españoles para dirimir sus controversias³⁴. Les cuesta un solo viaje, si acaso, el necesario para otorgar poderes. No parece fácil reconducir la norma (tan diáfana) para restringir su alcance. Tal vez un efecto colateral de *Inkreal* sea obligar a repensar el alcance de la justicia gratuita.

- La dimensión institucional alude a la sospecha de que, al resolver como lo ha hecho, el TJ está pretendiendo posicionar en el mercado mundial a los tribunales propios como polos idóneos de litigación, incentivando la competencia entre ellos³⁵. Es prestigio, reputación y dinero. Se entra en competencia con el arbitraje³⁶. El mensaje es diáfano: un tribunal europeo no va a rechazar el conocimiento de una causa por el solo hecho de que todos los elementos de la relación se localicen en el mismo país. Por eso era importante ubicar la controversia en el RBI bis y no en los ordenamientos nacionales, garantizando una sola respuesta, afirmativa. El coste de la cláusula de prorrogación es tendencialmente cero (no hay que trasladar inversiones o mercaderías; basta satisfacer las mínimas exigencias del art. 25 RBI bis), y, correlativamente, el de salida de la UE tiende a incrementarse para nuestros operadores (es un salto a un mundo babélico). Es claro que esta es solo la primera parte de la historia, porque sin la garantía de la eficacia internacional de resoluciones no vale nada todo lo anterior, y si bien en el espacio Bruselas (y Lugano) se da por descontado, nada asegura que la decisión emanada por el tribunal europeo vaya a ser reconocida y ejecutada en un tercer Estado. Hace falta ampliar el mercado, mediante acuerdos sobre *exequatur* (con la derivada de que la ampliación del mercado favorece la especialización, la ventaja competitiva y una situación -en principio temporal- de monopolio). Desde luego, el mecanismo del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro no estará expedito en situaciones como las que inspira este comentario cuando operadores mexicanos, británicos, montenegrinos, moldavos, ucranianos o singapurenses elijan un foro europeo (art. 1.2, exigencia de internacionalidad); la Convención mundial de

localizan la relación buscando proximidad (entre otras cosas), cuando se deja margen a la autonomía se está renunciando a este objetivo.

De otro lado, no estamos por fuerza en presencia de una opción irrazonable por poco eficiente. Piénsese en una relación duradera, donde la elección del foro es muy barata cuando se habla de repetidas jugadas, o en las ventajas de la discreción, o en una cláusula negociada en previsión de un traslado futuro de domicilio que luego no se verifica

³⁴ Compárense los plazos de duración media de los procedimientos civiles en Portugal y España, tan cercanas en tantos sentidos. Según el Ministerio de Justicia del país vecino una declarativa civil tarda unos once meses (datos de 2022), y la ejecución llega hasta los cincuenta y tres meses. El CGPJ asegura que en ese mismo año los términos eran de 7.7 y 40.7 meses respectivamente. Ya vemos que no es ciencia ficción la idea de incluir un acuerdo de sumisión en un contrato interno. Con la ventaja adicional respecto al arbitraje de que aquí tendremos un título ejecutivo desde el primer momento.

³⁵ En este tema son clarividentes las reflexiones de V. VANBERG/W. KERBER, “Institutional Competition among Jurisdictions: An Evolutionary Approach”, en *Constitutional Political Economy*, 1994, pp. 193 ss. Igualmente, G. ANTONOPOULOU, “Forum Marketing in International Commercial Courts?”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2024, pp. 1 ss. Destaca la autora que una de las estrategias seguidas por los tribunales mercantiles para atraer procedimientos es rebajar las exigencias de las cláusulas atributivas de competencia: no otra cosa es lo que hace el art. 25 tantas veces citado.

La estrategia no es desconocida. Por ejemplo, en 1984, en el marco de la reestructuración de la deuda de los países americanos, se reformó la *General Obligations Law* de Nueva York para permitir la elección de la ley de tal Estado y la atribución de competencia a sus tribunales «*whether or not such contract . . . bears a reasonable relation to this state*» (§ 5-1402). Basta que el montante del negocio supere el millón de dólares y que se haya elegido el Derecho de Nueva York.

³⁶ Recuérdese que este tipo de acuerdos entran en el concepto de arbitraje internacional (art. 3 de la ley de arbitraje) y se benefician del sistema del convenio de Nueva York de 1958.

2019 sobre *exequatur* no parece que esté siendo demasiado exitosa, de manera que por esta vía no se ha logrado favorecer la concurrencia global de jurisdicciones. Fuera de ese entorno de cooperación, quedan las soluciones nacionales, donde no se garantiza nada ni las respuestas son uniformes. Siempre en casos como los que aquí se tratan, los privados conocen su propio ordenamiento y saben qué expectativas se le abren cuando litiguen en el extranjero. Por lo que se refiere a España, la red de convenios bilaterales no contempla -por supuesto que de forma expresa, pero tampoco se deduce nada de las disposiciones generales- la hipótesis de la denegación de *exequatur* en base al carácter interno del litigio, más que nada porque se deja que cada Parte Contratante decida conforme a su Derecho si sus tribunales tienen competencia o no, y el RBI bis (la LOPJ no tiene posibilidades reales de operar, ya que aquel no depende del domicilio de los particulares) no constituye un obstáculo.

2. Recursos y controles

9. Al eliminar incertidumbres y consagrar el dominio que ejercen las partes sobre sus relaciones, el TJ nada innova, se limita a plasmar por escrito lo que llevaba vigente desde el CB³⁷. No vale decir que el arbitraje no es el único mecanismo de huida de una jurisdicción estatal objetivamente determinada, ni que es una “nueva doctrina”³⁸: los tribunales siempre han estado vinculados por lo que aquí se ha declarado. Si se quiere decir de otra forma, no iba contra la ley la asunción de competencia o la abstención en presencia de acuerdos como el del caso *Inkreal*.

Lo anterior tiene transcendencia en tema de recursos³⁹. El punto de partida es una relación jurídica objetivamente interna (extranjera) con sumisión a los tribunales españoles, o una relación cuyos elementos se localizan íntegramente en España, pero donde las partes han optado por un tribunal de otro EM. Si en aquella situación se presenta demanda en nuestro foro y el tribunal considera que no es competente, o, en la segunda, se acude a nuestros tribunales y en la contestación a la demanda se alega la existencia de la cláusula, ¿cómo reaccionar en sede de recursos? De entrada, va de suyo que cabe recurrir en apelación tanto la negativa a aplicar un reglamento (y, por supuesto, una eventual aplicación subsidiaria de la norma del art. 22 bis LOPJ) alegando el carácter interno de la relación como el no reconocimiento del efecto derogatorio de la cláusula. Mas en el caso del recurso de casación del art. 477 LEC la situación actual puede ser algo incierta, a la espera de un nuevo acuerdo del Pleno del TS, aunque es augurable que, supuesto que no se ha pretendido revolucionar el sistema sino clarificarlo (como deja claro el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2023), las conclusiones válidas hasta la reforma de 2023 son trasladables a la situación actual, y se podrá seguir canalizando por esta vía única los mismos medios de impugnación que han existido hasta ahora: cuando los tribunales españoles se hayan declarado competentes y hayan dictado sentencia, la negativa a aplicar el reglamento constituye una vulneración de las normas sobre jurisdicción, infracción de una norma procesal básica y del derecho al juez ordinario determinado por la ley, así que, si se ha considerado idóneo hasta ahora que se podía fundar en ellas el recurso de infracción procesal⁴⁰, no hay motivo para no entender que encaja ahora en el art. 477.2 LEC. No obstante, como los únicos autos impugnables son los que tratan de reconocimiento y ejecución, parece que si el órgano español se ha abstenido de entrar a conocer no va a haber recurso extraordinario alguno.

10. Sabemos que el TJ deja bien claro que no hay espacio para un control de razonabilidad, vinculación entre el asunto y el tribunal elegido o expectativas de eficacia futura de la resolución, pero al

³⁷ Ni el art. 17 CB ni el 23 RBI, recuérdese, eran un obstáculo a este tipo de pactos, sólo que el régimen general partía de que ambas partes tuvieran su domicilio en un Estado miembro. Y por supuesto nada impide una especie de elección mediante la indicación en el contrato del lugar de ejecución (*supra*).

³⁸ Llegando a hablar de una especie de carácter fundacional de la sentencia: M. GIMÉNEZ, “*Inkreal: Freedom of Choice...*”, *op. cit.*”

³⁹ Se habla aquí del control de la competencia, no del recurso de casación en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones (art. 50 RBI bis).

⁴⁰ STS de 27 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3188).

afirmar esto está también excluyendo cualquier otro filtro de fuente nacional y distinto a los recogidos en la norma del art. 25 RBI bis -y, por las mismas razones, los propios de las demás normas que amparan la prorrogación de la competencia-. Así, por ejemplo, en materia de consumo o trabajo (con los matices derivados de las normas del art. 15 RBI bis, seguro) no cabe otro más que verificar que el pacto sea posterior al surgimiento de la controversia o que amplía las opciones del contratante protegido, sin entrar en análisis de razonabilidad, proximidad o economía procesal⁴¹. Por muy paradójico que pueda parecer (es elocuente el ejemplo del contrato de agencia), la presente sentencia no genera urgencias tuitivas. La realidad del consentimiento y la tutela del operador poco sofisticado ya quedan salvaguardadas por las normas del RBI bis⁴².

En consecuencia, cualquier restricción impuesta por o derivada de los ordenamientos nacionales habrá de ser descartada (va de suyo que lo dicho vale para las que pretendan imponerse a nivel internacional⁴³, pero por supuesto también la que esté diseñada para funcionar prevalentemente en el plano interno). Es el caso de los criterios de competencia funcional y los de competencia territorial de carácter imperativo, donde las inercias son poderosas: así, por ejemplo, sigue existiendo jurisprudencia que niega la libertad de pactos en materia de agencia, apoyándose en la DA segunda de la ley 12/1992⁴⁴; no se concibe que de un litigio laboral no conozca una jurisdicción especializada; o se rechaza la autonomía cuando el litigio deba tramitarse según los cauces del proceso verbal, en base al art. 54.1 LEC⁴⁵; no faltan voces que, sin llegar a postular la proyección internacional de los foros imperativos de competencia territorial, evidencian la incoherencia entre una normativa interna restrictiva y la libertad internacional ahora descubierta⁴⁶ (esta ha sido precisamente una de las más acervas críticas a la sentencia). Pero lo que se ha resuelto es claro. No se puede interpretar la norma reglamentaria desde el prisma del ordenamiento jurídico nacional, de suerte que las limitaciones nacionales quedan disueltas tan pronto las partes así lo acuerdan (salvando las distancias, es lo que hace el art. 7 RBI bis). La consecuencia -otra paradoja- es que se puede lo más pero no lo menos (porque las normas de competencia territorial son muchas veces poco razonables), y así, por ejemplo, para el conocimiento de una acción de cesación el art. 52.1.14 LEC predispone un foro imperativo en España, pero nadie puede impedir que los operadores se marchen a otro país, de la misma forma que, por mucho que el art. 10 de la LJS prevea soluciones obligatorias para los litigios laborales, nada impedirá que los contratantes sometan sus controversias a unos tribunales extranjeros y no especializados (caso de Italia, por ejemplo)⁴⁷.

Por supuesto, se excluye este tipo de controles en sede de reconocimiento y ejecución. No existe base legal alguna para recuperar en esta fase lo que no se puede implementar en la de cognición⁴⁸.

⁴¹ Cuando el art. 16 de la ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores establece un foro de competencia en favor de los tribunales españoles para las materias que ahí se regulan, deja a salvo el art. 21 RBI bis y el 5.1 del Convenio de Lugano. Creo que es fácil entender que la vigencia del art. 23 RBI bis y 21 del Convenio de Lugano (de 2007) están fuera de duda, y de hecho la norma sobre competencia judicial contenida en la directiva ha quedado desbordada, porque lo que invocaba era los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial (art. 6).

⁴² Frente a la imposición unilateral de una cláusula de sumisión no hace falta más que aplicar las normas vigentes. Con dudas, P. DE MIGUEL, "Inkreal: A View...", *op. cit.*."

⁴³ Recientemente, STJ de 24 abril 2024, asuntos acumulados C 345/22 a C 347/22, *Maersk*, ECLI:EU:C:2024:349.

⁴⁴ Véase por ejemplo el AAP de Córdoba de 19 diciembre 2023 (ECLI:ES:APCO:2023:719A). para una exposición general del tema, con abundante jurisprudencia, A. L CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 2626-2627.

⁴⁵ El AAP de Pontevedra de 27 noviembre 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:2123A) argumenta que, al prorrogar la competencia en favor de los tribunales españoles, las partes aceptan la aplicación de la normativa procesal española, motivo por el que en un proceso de reclamación de algo más de 2000 euros (verbal) no cabe la sumisión. Olvida que no es admisible condicionar la efectividad de una norma del Reglamento a las disposiciones nacionales.

⁴⁶ En Francia (art. 48 Cpc), por ejemplo, se restringe la facultad de designar al tribunal territorialmente competente a los comerciantes, y tienen que ser redactadas con caracteres especiales: G. CUNIBERTI, "Inkreal: Bypassing National Rules..."; con perfiles críticos, H. MUIR WATT/D. BUREAU, "Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing...", *op. cit.*; id., "La désignation d'une juridiction étrangère...", *op. cit.*", p. 857.

⁴⁷ Huelga recordar que nada de esto tiene transcendencia en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones, claro.

⁴⁸ Auguran una especie de crisis del sistema de reconocimiento H. MUIR WATT/D. BUREAU, "Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing...", *op. cit.*; id., "La désignation...", *op. cit.*", p. 863. Sin argumentos ni base normativa, eso sí. Más razonable parece la *ordinanza* nº 428 de la *Corte costituzionale* de 9-18 octubre 2000, cuando habla de la tendencial fungibilidad de los servicios jurisdiccionales de modo que el derecho a la defensa queda asegurado en la jurisdicción elegida.

3. Vicisitudes derogatorias ante los tribunales españoles

11. Lo que la sentencia ha dicho se refiere a asuntos desarrollados en el espacio europeo integrado, donde el tratamiento del problema es muy sencillo, y el órgano español tiene que abstenerse de entrar a conocer cuando la cláusula de sumisión en favor de los tribunales de un EM sea alegada (va de suyo que la norma sirve también cuando se aplique el Convenio de Lugano). Lo que ahora queda es proyectar sus soluciones a los casos de elección de los tribunales de un Estado tercero. Para consumo interno, como se apuntaba más arriba, interesa el aspecto derogatorio, toda vez que el prorrogatorio en favor de nuestros tribunales (único que podemos controlar) se somete al RBI bis.

- i. Ante todo recuérdese que cuando se designen los tribunales de un Estado tercero va a ser indiferente que pertenezcan a un Estado parte del Convenio de La Haya de 2005 o no, toda vez que en el primer supuesto se trataría de un pacto ajeno a su disciplina (art. 1.2). En ambos casos, pues, será el Derecho interno el que determine si vincula o no a sus órganos judiciales. Por lo que se refiere al caso particular de las cláusulas de elección en favor de los tribunales británicos, su validez y eficacia no quedó regulada en el Acuerdo de retirada, de modo que los formalizados antes de 31 de diciembre de 2020 (final del periodo transitorio) que sean hechos valer después de esta fecha se someten a la regulación propia de cualquier Estado tercero, no quedando sometidos al Reglamento⁴⁹.
- ii. Cuando unos residentes mexicanos, montenegrinos, moldavos, británicos, ucranianos o singapurenses (o sea, donde está en vigor el Convenio) se sometan a un tribunal español, no siendo aplicable el Convenio de 2005 (art. 1), entraría en juego el RBI bis, no hay restricciones y será por tanto un acuerdo válido. Las modificaciones subjetivas sobrevenidas (cesión del contrato a un domiciliado en otro Estado) no alteran el ámbito de aplicación del Convenio.
- iii. En cuanto al aspecto derogatorio, la respuesta de los jueces españoles en caso de sumisión a una jurisdicción de un Estado tercero viene en el art. 22 ter LOPJ. La dimensión prorrogatoria depende del ordenamiento del juez elegido, es claro, pero interesa subrayar que en el sistema español la derogación no se condiciona a una peculiar concepción de la internacionalidad: la localización de domicilios y demás elementos negociales en nuestro territorio no es óbice para que se haya de estar a lo previsto en el párrafo 4 de tal norma. El único requisito de la derogación es que la competencia en favor de los tribunales foráneos haya sido válidamente prorrogada. En consecuencia, cuando se presente demanda en España y en la contestación se excepcione la competencia, alegando tal cláusula de sumisión (art. 39 LEC), no cabrá más que suspender *-sine die-* el proceso español, que sólo puede continuar cuando los tribunales extranjeros declinen su competencia⁵⁰ (lo que no deja de ser una anomalía, porque paraliza indefinidamente el procedimiento⁵¹): al margen pactos o actos sucesivos de las partes, con las normas actualmente vigentes, la única forma de salir del *impasse* y acceder a la justicia pasaría por iniciar un procedimiento ante el tribunal designado y esperar a que consideren nula la prorrogación. Como estrategia dilatoria no tiene parangón.

⁴⁹ Bien explicado en M. CHECA MARTÍNEZ, “Cláusulas de elección de foro en favor de tribunales del Reino Unido en materia civil y mercantil (a London Tale after Brexit)”, en *REDI*, 2024, p. 376.

⁵⁰ Lo que, de otra parte, no será tan extraño. En un sistema tan liberal como el estadounidense, la sección 80 del *Second Restatement* prevé que las cláusulas de sumisión son ejecutables si son “justas y razonables”. Idéntico principio es consagrado por la Corte Suprema en 1972 (*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*). Pues bien, los tribunales alegan falta de razonabilidad en el 12% de los casos, y entre los indicios de tal falta de razonabilidad se encuentra la falta de vinculación entre el tribunal elegido y las partes o cuando la cuantía es tan modesta que queda superada por el coste del viaje. Extraigo estos datos de J. F. COYLE/K. C. RICHARDSON, “Enforcing Outbound Forum Selection Clauses”, en *Indiana Law Journal*, 2020, p. 15.

Sobre la *derogatio fori* en la LOPJ, vid. C. FERNÁNDEZ CARRON, *La jurisdicción y la competencia en el proceso civil*, Madrid, 2019, p. 83.

⁵¹ No termino de ver por qué en los arts. 39 y 40 LCJ se prevé el alzamiento de la suspensión del proceso español cuando «se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable» y no se haya arbitrado alguna fórmula similar en casos como el aquí planteado.

- iv. Idéntica necesidad de enfrentarse a una cláusula de sumisión del estilo se encuentra en los casos de litispendencia internacional del art. 39 LCJI. En este tema hay tres cuestiones: a) si se suspende o no el procedimiento español (o sea, el segundo en el tiempo) depende de la existencia de una “conexión razonable con el litigio” del órgano extranjero. Si por exigencias de coherencia lo que vale para el RBI bis debe valer para la LOPJ tratándose de situaciones sustancialmente homologables, en esta decisión no se puede prescindir del hecho de que en casos objetivamente internos nuestros tribunales pueden conocer de un litigio en principio ajeno a nuestro foro; b) hablar de proceso pendiente en otro Estado no significa inexorablemente que se haya formulado demanda, que ha sido admitida y que el procedimiento está en marcha, porque el concepto de pendencia depende de la ley del foro extranjero implicado, y no podemos funcionar trasladando sin más la norma del art. 410 LEC. El riesgo de dilaciones es evidente, y sería simplista que es un riesgo asumido al pasar por la cláusula (piénsese en un caso como *Inkreal*, donde hay cesión del contrato); c) la continuación del procedimiento depende de las condiciones del art. 39.2 LCJI, como es sabido, y ahí nos topamos de nuevo con el riesgo de parálisis: activar la circunstancia de la letra a) pasa por tener una resolución firme de aquel tribunal rechazando el conocimiento de la causa (o guardando silencio si es intimado). Es una incógnita saber de cuánto tiempo se trata⁵². En esta tesitura, pues, en presencia de un supuesto como el que venimos tratando, si una parte necesita tutela judicial sin excesivas dilaciones y para ello desea litigar en nuestro país, pero se topa con que previamente se ha iniciado un procedimiento en el foro designado por la cláusula de sumisión habiéndose suspendido el español, parece razonable aseverar que: i) no cabe afirmar que la buena administración de justicia pasa por el conocimiento de ese caso objetivamente español por un juez español: la coherencia, otra vez; ii) nada legítima para pensar que en este sector la decisión extranjera no va a ser reconocida; iii) ayudaría aportar la prueba al tribunal español (art. 33 LCJI) de que en el sistema procesal extranjero no cabe la prorrogación en supuestos desvinculados del foro, lo que a todas luces es poco esperanzador⁵³.

4. Las dudas de la sumisión. Cuatro cuestiones de procedimiento

12. Afirmada la competencia de la jurisdicción española, lo inmediato es la duda sobre la competencia territorial, duda que, como vimos, no es exclusiva de la presente hipótesis⁵⁴. Es lo que se planteó el tribunal esloveno. ¿Qué tribunal de entre los españoles? Comprobado que no tenemos un tribunal territorialmente competente y no se prevé forma alguna de designarlo (ni el art. 50 ni el 51 LEC dan una respuesta), lo único factible es permitir al demandante presentar la demanda ante el tribunal que prefiera, solución acorde con el art. 57 LEC (conforme al art. 25 RBI bis, no es menester designar una circunscripción concreta, es claro)⁵⁵. Ahora bien, es diáfano que no todos los tribunales son igualmente accesibles, y tan cierto es que en la selección del órgano pueden intervenir motivaciones dilatorias (piénsese en el riesgo de elegir un tribunal colapsado) o desincentivadoras (una localidad a la que para una de las partes resulte más caro desplazarse) como que no existe forma alguna de cuestionarla, desde el momento en que no cabe indicar cuál es el territorialmente competente, y sólo cabe impugnar la competencia territorial cuando venga determinada por normas imperativas (arts. 63 y 67.1 LEC), lo que en este tema no entra en escena. En esta tesitura, pues, sólo quedaría explorar la vía del abuso de derecho del art. 11 LOPJ, previsiblemente condenada al fracaso.

⁵² Y adviértase que la ley española no fija un plazo para entender que no hay pronunciamiento sobre la propia competencia (si no lo hace la LEC...).

⁵³ Salvo que se haya enfrentado a casos iguales en el pasado, no parece previsible -por poco cooperativo- que el juez español tome la iniciativa y decida continuar el procedimiento al amparo de la fórmula general de la letra c) del art. 39.2 LCJI.

⁵⁴ Sobre este tema, A. L CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op. cit., pp. 401 ss.

⁵⁵ La solución de exigir a las partes señalar la concreta circunscripción cuyos jueces deben conocer de los litigios que surjan no tiene cabida en el Reglamento, que no prevé más condiciones de validez que las expresas. Otro tema es hasta qué punto se cohonesto el silencio de la LEC con el derecho al juez natural predeterminado por la ley.

13. Las decisiones del legislador en cuanto a la ordenación del procedimiento responden a objetivos de tutela judicial y economía procesal. La concentración del conocimiento de una causa y de sus distintas vicisitudes explica las soluciones en materia de competencia funcional, de implacable racionalidad. No hace falta demasiado esfuerzo, por tanto, para entender que el criterio de competencia del art. 545.1 LEC en cuanto a la ejecución de las resoluciones debe quedar descartado, teniendo más sentido acudir al párrafo 3, aunque en este no se trate de resoluciones judiciales⁵⁶.

En segundo lugar, para la adopción de medidas cautelares, como es conocido, el art. 722 LEC instaura un mecanismo de cooperación/asistencia a los procedimientos extranjeros, bien coordinado con lo dispuesto en el art. 35 RBI bis, cuyo funcionamiento es bien conocido⁵⁷. Pero hay una cuestión que puede generar dudas, porque el inciso segundo de esta norma parece anudar competencia exclusiva para el fondo y competencia para adoptar medidas cautelares⁵⁸: de la misma manera que se excluye la posibilidad de que el tribunal español adopte medidas cautelares al servicio de un procedimiento extranjero cuando nuestros tribunales sean exclusivamente competentes, se podría argumentar que no se adoptarán tales medidas en España cuando un tribunal extranjero sea exclusivamente competente, en este caso porque las partes se han sometido a él. Sería algo así como llevar hasta sus últimas consecuencias la decisión de los particulares de derogar la jurisdicción de los órganos judiciales españoles.

Es claro que esa idea de negativa a prestar asistencia, aun cuando la posición sea idónea para adoptar una medida cautelar, carece de sustento y de lógica. Si se adoptan medidas cautelares al servicio de un arbitraje (art. 8.3 LA), no hay motivo para negarse a hacerlo en un caso como el planteado. Tal reconstrucción de la literalidad comporta, en fin, una denegación de tutela, ajena al entramado de principios que inspiran el RBI bis, que son los mismos que latan en la LOPJ.

14. Para la práctica de diligencias preliminares el art. 257 LEC sanciona, como es lógico, la competencia del tribunal del domicilio de la persona concernida o (para los números 6 a 9 el art. 256 LEC, en los que hay varios afectados) el del lugar donde se va a presentar la demanda. ¿Y si las partes se han sometido a un juez español en un caso objetivamente extranjero? ¿Seguimos aplicando la LEC *tout court*? A mi juicio, parece razonable prescindir de la norma sobre competencia (y sólo de ésta⁵⁹), como inviable que es, y más si se retiene que la mayoría de las diligencias se refieren a actuaciones que *per se* pueden ser realizadas ante el tribunal competente en cuanto al fondo (por ejemplo, la exhibición de unos documentos o de una cosa, fácilmente transportables: si el art. 328 LEC prevé un deber de exhibición documental, no veo por qué no puede trasladarse a las diligencias preliminares, toda vez que -digan lo que digan los tribunales españoles- su finalidad es también la obtención de pruebas), que está en condiciones de practicarlas sin demasiadas dificultades (aunque sean previas al proceso, los litigantes se han sometido voluntariamente a él y por derivación a nuestra normativa procesal)⁶⁰; realmente, sólo la solicitud de un historial clínico (número 5 bis) generará dudas serias⁶¹.

Si la situación es la inversa (prórroga en favor de un extranjero siendo un caso radicado en España), será la correspondiente *lex fori* la que resuelva los temas de posibilidad, procedimiento y com-

⁵⁶ Argumenta en favor de la aplicación de esta norma con alcance general F. GASCÓN INCHAUSTI, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016, p. 89.

⁵⁷ En particular sobre la relación con los foros exclusivos, STJUE de 12 julio 2012, *Solvay c. Honeywell*, Asunto C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445.

⁵⁸ Va de suyo que no podría en ningún caso desplazar la solución reglamentaria.

De otro lado, no es contradictorio con lo previsto en el art. 22 *sexies* LOPJ, porque se refiere sólo a competencias exclusivas

⁵⁹ Si no se quiere comprometer la finalidad de las diligencias preliminares (léase rapidez en su tramitación), no se puede pretender que el cauce idóneo para su práctica sea el de la asistencia judicial internacional: hay que salvaguardar en lo posible la eficacia de la normativa. No es que el reglamento 2020/1783 (obtención de pruebas) no valga para esta finalidad, sino que no satisface la exigencia de rapidez.

⁶⁰ Así, por ejemplo, no podrían denegarse sólo por el hecho de no ser el del domicilio del agente (esto vale sólo para casos internos: ATS de 2 junio 2009, ECLI:ES:TS:2009:7894A).

⁶¹ Parece igualmente razonable flexibilizar los plazos, redactados sin consideración a la distancia

Por lo demás, no cabe confusión con la práctica anticipada de prueba o las medidas de aseguramiento, cuyo régimen está bien definido en la LEC, LCJ, convenios y reglamento 2020/1783, de la misma manera que no existe la alternativa de solicitar en su lugar medidas cautelares en prevención (art. 725 LEC), porque, aunque pudieran encajar en el art. 727 LEC alguna de las actuaciones referidas en el art. 256 LEC, su finalidad y función es muy distinta

potencia. Parece prudente avanzar que la autoridad extranjera no podrá con carácter general realizar por sí misma actuaciones de este tipo en nuestro territorio, debiendo más bien recurrir a los mecanismos de cooperación (obtención de pruebas en particular) previstos en su sistema. Quienes se embarcan en un pacto de sumisión como el que abordamos no pueden desconocer que su puesta en marcha puede tropezar a veces con obstáculos que ralenticen su desenvolvimiento.

15. Otro sector donde se suscitan dudas de operatividad plena de esta sumisión es en el caso de la técnica monitoria. Aunque el art. 6 del reglamento 1896/2006 se remite a los reglamentos generales en punto a competencia judicial internacional, sin excluir ningún foro, es evidente que todo lo que no sea acudir a los tribunales del domicilio del demandado encaja mal con la finalidad del procedimiento, encaminado sólo a la rápida obtención de un título ejecutivo⁶²: no se ve claro el sentido de pretender que una resolución como ésta sea emanada por un tribunal del todo ajeno a la futura ejecución. Dicho en negativo: como los particulares no pueden ignorar esta incongruencia, se puede hablar de voluntad anticipada de renuncia.

5. ¿Y qué hacemos con la ley extranjera?

16. Lejos de mi ánimo reiterar la manida referencia al 3.3 RRI y al considerando 15 del mismo reglamento. Pretendo sólo apuntar los problemas que surgen con las normas imperativas y las leyes de policía. Estamos en presencia de un contrato cubierto por el art. 3.3 RRI (lo mismo puede decirse del art. 14.2 RRII para un pacto en caso de daños), y en teoría queda fuera de discusión la necesidad de aplicar las disposiciones imperativas del Estado al que naturalmente pertenece el contrato (en lo que sigue, se puede dar por reproducido para el RRII), pero resulta que es Derecho extranjero, que no se aplica si no es probado (recuérdese, art. 33 LCJI). No parece que los tribunales españoles vayan a investigar de oficio su contenido, de forma que, más que un riesgo de fraude/elusión de normas imperativas⁶³, lo que existe es la casi total certeza de que no se dará cumplimiento a esa exigencia⁶⁴. No era esta la idea del legislador europeo, claro.

¿Queda comprometida la eficacia de la resolución? No es previsible en el espacio judicial integrado, desde el momento en que sólo forzando la excepción de orden público del art. 45 RBI bis se podría sancionar tal elusión de normas, pero no está dicho que las mentadas normas incorporen valores esenciales y puedan operar por esa vía. En segundo lugar, al amparo del art. 46 LCJI y de los convenios bilaterales sobre *exequatur* no cabe augurar otra respuesta cuando las partes se sometan a un tribunal de un Estado tercero y se trate de ejecutar la decisión en España⁶⁵.

⁶² Con buen criterio el pleno del TS en auto de 11 febrero 2016 (ECLI:ES:TS:2016:745A) interpreta las normas de competencia (territorial) desde la perspectiva de la peculiar naturaleza jurídica de este proceso, evidenciando la imperatividad del foro del domicilio del demandado, con exclusión de cualquier otro.

⁶³ J. I. PAREDES PÉREZ, “La posible aplicación del artículo 25..., *op. cit.*”.

La idea de que las normas imperativas se autoprotegen (F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos...”, *op. cit.*, p. 86) parece desconocer que los tribunales nacionales no necesariamente cuidan las necesidades de los sistemas extranjeros.

⁶⁴ La sugerencia de J. S. DUVAUROUX (“Suite à l’arrêt *Inkreal*..., *op. cit.*”, pp. 157-158) en el sentido de que la inserción de una cláusula de prorrogación de la competencia permite eludir la aplicación del art. 3.3 RRI (porque dejaría de tratarse de un contrato eminentemente interno) es muy interesante, pero creo que desconoce que el RRI ya contempla aquella hipótesis y sigue considerando que también en ese caso se trata de un contrato interno.

⁶⁵ Permítaseme una referencia extraída de un instrumento muy próximo, que creo que expresa muy bien la tendencia subyacente en el método conflictual: En el informe del convenio de La Haya de 2005, en el párrafo 153, al hablar del art. 6 y la posibilidad de un tribunal de conocer de un asunto que no se le ha atribuido, amparándose en razones de contrariedad al orden público, se asevera que esta norma no está diseñada para afrontar el riesgo de que el designado por las partes no vaya a aplicar normas obligatorias del Estado del tribunal al que se ha acudido (p. 50): “Se refiere a las normas o principios fundamentales de ese Estado: no permite al tribunal al que se ha acudido conocer de un litigio únicamente porque el tribunal elegido podría infringir, técnicamente, una regla obligatoria del Estado de tribunal al que se ha acudido”. En efecto, se acude a los servicios jurisdiccionales estatales y no a otros buscando una solución a las controversias, no para que proyecten sus concepciones de forma imperativa: *cf.* P. BIAVATI, “Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 527 ss. La alternativa es negar la validez de la sumisión cuando se ponga en peligro la

17. Más extraño es el panorama, pero al revés, cuando al amparo del art. 9.2 RRI se deja expedita la aplicación de las leyes de policía del foro, con el que la relación carece de vinculación. Evidentemente, es mera tolerancia, nada impone. Es augurable, en fin, que en ausencia del mínimo interés del Estado del foro en aplicar sus soluciones (la definición del párrafo 1 es clara), se use racionalmente el margen reconocido.

IV. Un apunte final: lo que el TJ no ha dicho

18. Pocas veces se había planteado una situación como la que afronta la sentencia *Inkreal*. Siempre se albergó la casi certeza de omnimoda libertad (lo que no está prohibido...). Se ha zanjado la discreta incertidumbre en torno a si la internacionalidad es esencial o no para activar el reglamento europeo y en cuanto a qué dota de internacionalidad a un litigio. A la primero la respuesta es sí, sin ambages; en cuanto a la segunda, se rebaja el nivel de exigencia y se reconoce a las partes el derecho a decidir qué es internacional y qué no. No es cierto que el TJ haya ignorado el principio básico del art. 81 TFUE⁶⁶. Nunca lo ha dicho. La sentencia no permite prescindir del elemento internacionalidad; sólo que ha certificado la prevalencia de la subjetividad. Por lo tanto, no es que se pueda prorrogar la competencia porque la situación es internacional, sino que la internacionalidad deriva de la cláusula de prorrogación. Así las cosas, en este tema las cosas son lo que los privados dicen que son, al margen de su estructura interna⁶⁷. Lo siguiente será saber si, por ejemplo, pueden ponerse de acuerdo sobre cuál es el lugar del daño a los efectos del art. 7.2 RBI bis (en paralelo a la libertad reconocida hace muchos años de designar un *locus executionis* ficticio), o calificar como consumidor a quien les plazca (la definición de uso familiar o doméstico o la de actividades dirigidas), o excluir la dependencia en una relación aparentemente laboral.

Cierto que cuando surjan situaciones de este tipo ante los tribunales españoles habrá que corregir algunos desajustes, resultado de la distinta lógica de la LEC y de las normas de competencia judicial internacional. Será necesario aplicar con flexibilidad la estupenda ley rituarial española -siempre tiene que haber margen, teniendo en cuenta que es una norma adjetiva-, para satisfacer los intereses particulares y no descuidar la posición competitiva de los tribunales patrios. Es el tiempo de los derechos y del *marketing*.

aplicación de las normas imperativas del foro, como hizo el BGH en su famosa sentencia sobre agencia de 5 septiembre 2012 o como han hecho a veces los tribunales de EEUU: véanse los ejemplos aportados por J. F. COYLE/K. C. RICHARDSON, "Enforcing...", *op cit.*, pp. 27-28 (nota 91).

⁶⁶ De falta de respeto de las competencias atribuidas por el TFUE habla J. S. DUVAUROUX, "Suite à l'arrêt *Inkreal*...", *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷ La autonomía individual se convierte en un instrumento de derogación de cualquier restricción o control estatal: *Cfr.* H. MUIR WATT/D. BUREAU, "La désignation d'une juridiction étrangère...", *op. cit.*, p. 860.

De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, Mirin

From gender identity to free movement in the European Union. Another step in the right direction at the mercy of the CJEU of 4 October 2024, C-4/23, Mirin

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 19.12.2024 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9367

Resumen: El TJUE da un paso más en la consolidación del principio de reconocimiento mutuo en materia de estatuto personal, en esta ocasión, abordando el tema de la identidad de género. Considera que contraría el derecho a la libre circulación de personas en la Unión Europea el que Rumanía exija una nueva determinación de la identidad de género conforme a su ordenamiento jurídico a un hombre transexual con doble nacionalidad rumano-británica que había adecuado su nombre y su identidad de género en Reino Unido.

Palabras clave: Libre circulación de personas en la Unión Europea; identidad de género; principio de reconocimiento mutuo.

Abstract: The CJEU has taken a further step in consolidating the principle of mutual recognition in matters of personal status, this time addressing the issue of gender identity. It considers that it is contrary to the right to free movement of persons within the European Union for Romania to require a new determination of gender identity under its legal system for a transsexual man with dual Romanian-British nationality who had adapted his name and gender identity in the United Kingdom.

Keywords: Free movement of persons within the European Union; gender identity; principle of mutual recognition

Sumario: I. Contexto: De dónde venimos II. Los hechos y las dudas: del caso a la causa III. Argumentación jurídica: del eslabón a la cadena IV. Valoración: hacia dónde vamos.

I. Contexto: de dónde venimos

1. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo como premisa para consolidar el espacio judicial europeo se va amplifican o, a medida que van llegando a él cuestiones que afectan a la identidad de las personas

en un contexto de movilidad transfronteriza¹. Primero fue el nombre de las personas físicas², luego la necesidad de interpretar de forma autónoma el concepto de cónyuge³, más tarde vinieron cuestiones sobre filiación⁴ y finalmente, en la sentencia que vamos a comentar, ha llegado la identidad de género⁵. Si bien es cierto que no en todas estas cuestiones la solución aportada por el Tribunal ha seguido un patrón unívoco. De un lado, estarían las sentencias sobre el nombre de las personas físicas y la relativa a la identidad de género, en las que el TJUE apuesta de forma decidida por el reconocimiento mutuo, entendiendo que si el nombre o la identidad de género han cristalizado conforme a la legislación de un Estado miembro, esa realidad debe ser reconocida en los mismos términos en cualquier otro Estado miembro, y, de otro, las relativas al concepto de cónyuge y de filiación, en que no se materializa del todo este principio, sino solo sus efectos colaterales, en el sentido de que en ambas situaciones, la realidad creada conforme a la legislación de otro Estado miembro deberá servir para conseguir que se expida la autorización de familiar de ciudadano de la Unión Europea (caso *Coman*) o un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales (casos *Pancharevo* o *Rzecznik*), pero sin posibilitar el acceso del matrimonio o de la filiación a los respectivos Registros Civiles de estos Estados miembros.

II. Los hechos y las dudas: del caso a la causa

2. La sentencia que comentamos se enmarca en el contexto de un litigio entre M.-A. A., nacional rumano, por una parte, y por la otra, la Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă (Sección de Estado Civil de la Dirección del Registro Civil de Cluj), la Direcția pentru Evidență Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne (Dirección del Registro Civil y para la Administración de las Bases de Datos del Ministerio del Interior) y el Municipiul Cluj-Napoca (Ayuntamiento de Cluj-Napoca) de Rumanía, y tiene por objeto el reconocimiento y la anotación en el certificado de nacimiento rumano de M.-A. A. de las menciones relativas al cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en el Reino Unido.

¹ Sobre esta cuestión, la bibliografía comienza a ser abundante. Hemos seleccionado algunos textos, sin ánimo de exhaustividad: R. BARATTA, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 253-498; ID., “Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, *Rivista di Diritto Privato e Processuale*, 2005-3, pp. 587 y ss.; ID., “Derechos fundamentales y Derecho Internacional Privado de familia”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 103-126; ID., “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, 2007-1, pp. 4 y ss.; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *Journal du Droit International Clunet*, 2009, pp. 203-216; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen: del émergence d’un droit fondamental à l’élaboration d’une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruylant, Bruselas, 2017; ID., “Existe-t-il un droit fondamental à la permanence transfrontière des éléments du statut personnel et familial?”, en R. JAFFERALI y otros, *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 461-485; S. GÖSSL / M. MELCHER, “Recognition of a status acquired abroad in the EU. – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 1012-1043; P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Editions A. Pedone, Paris, 2013; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ* núm. 68-2, 2004, pp. 225 y ss.; ID., “La méthode de la reconnaissance, est-elle l’avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014; G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Revue Critique de Droit International Privé* 95 (3), 2006, pp. 457-519; ID., “Quelques remarques sur le conflit international de status familiaux”, en P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., pp. 185 y ss.

² Vid. sentencias de 30 de marzo de 1993, asunto C-168/91, *Konstantinidis* [ECLI:EU:C:1993:115]; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *García Avelló* [ECLI:EU:C:2003:539]; de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]; de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]; de 12 de mayo de 2011, asunto C-391/09, *RunevičVardyn* [ECLI:EU:C:2011:291]; de 2 de junio de 2016, asunto C-438/14, *Bogendorff* [ECLI:EU:C:2016:401] y de 8 de junio de 2017, asunto C-541/15, *Freitag* [ECLI:EU:C:2017:432].

³ Vid. sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman* [ECLI:EU:C:2018:385].

⁴ Vid. sentencia de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Pancharevo* [ECLI:EU:C:2021:1008]; Auto de 24 de junio de 2022, asunto C-2/21, *Rzecznik* [ECLI:EU:C:2022:502].

⁵ Vid. sentencia de 4 de octubre de 2024, asunto C-4/23, *Mirin* [ECLI:EU:C:2024:845].

3. M.-A. A. nació el 24 de agosto de 1992 en Cluj-Napoca, en la provincia de Cluj, Rumanía. Su certificado de nacimiento rumano contiene un nombre femenino, la identifica como de sexo femenino y le asigna un número de identificación personal que la identifica también como de e sexo.

4. Después de trasladarse con sus padres al Reino Unido en 2008, M.-A. A. adquirió también la nacionalidad británica por naturalización el 21 de abril de 2016. Y el 27 de febrero de 2017, M.-A. A. cambió, en el Reino Unido, su nombre y su tratamiento, pasando del femenino al masculino, según el procedimiento del *Deed Poll*⁶, que permite a los ciudadanos británicos cambiar su apellido o su nombre mediante una simple declaración (autodeterminación de género). Posteriormente, procedió al cambio de determinados documentos oficiales expedidos por las autoridades británicas, en concreto, su permiso de conducción y su pasaporte, expedidos con su nuevo nombre.

5. El 29 de junio de 2020, M.-A. A. obtuvo en el Reino Unido un *Gender Identity Certificate* (certificado de identidad de género), documento que confirma su identidad de género masculina. En mayo de 2021, sobre la base de la declaración efectuada en el marco del procedimiento *Deed Poll* y del certificado de identidad de género, M.-A. A. solicitó al Servicio de Estado Civil de la Dirección del Registro Civil de Cluj de Rumanía que anotara en su certificado de nacimiento las menciones relativas al cambio de su nombre, de su género y de su número de identificación personal para que correspondieran al sexo masculino, así como que le expidiera un nuevo certificado de nacimiento con esas nuevas menciones.

6. A esta petición las autoridades rumanas respondieron con una resolución denegatoria, indicando que, conforme al artículo 43, letra i), de la Ley n.º 119/1996, en relación con el artículo 4, apartado 2, letra l), del Decreto del Gobierno n.º 41/2003, la mención relativa al cambio de identidad de género de una persona solo puede anotarse en su certificado de nacimiento cuando ha sido aprobada mediante una resolución judicial que ha adquirido firmeza

7. Esta resolución fue recurrida por M.-A. A. ante el Tribunal de Primera Instancia del Sector 6 de Bucarest, que es el órgano jurisdiccional remitente, con el fin de que se ordene a las autoridades competentes para ello (demandadas en el procedimiento) a anotar en su certificado de nacimiento las menciones relativas al cambio de su nombre, de su género y de su número de identificación personal para que correspondan al sexo masculino, así como expedirle un nuevo certificado de nacimiento en el que consten estas nuevas menciones, y ello sobre la base del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, pues de lo contrario se limitaría el ejercicio de este derecho, porque considera que el hecho de obligarle a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, en Rumanía, para obtener la aprobación del cambio de identidad de género, le expondría al riesgo de obtener una solución contraria a la adoptada por las autoridades británicas, aludiendo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 19 de enero de 2021, asunto X e Y c. Rumanía⁷, que ya había declarado que este procedimiento carece de claridad y de previsibilidad.

8. El órgano jurisdiccional remitente considera que el fundamento de las pretensiones de M.-A. A. y, por tanto, la resolución del litigio principal, dependen de la interpretación de disposiciones del Derecho de la Unión, en particular del artículo 2 TUE, de los artículos 18, 20 y 21 TFUE y de los artículos 1, 7, 20, 21 y 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁸. Se

⁶ Vid. <https://www.gov.uk/change-name-deed-poll>, consultado el 13 de diciembre de 2024.

⁷ CE:ECHR:2021:0119JUD000214516.

⁸ A tenor del artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.»

A tenor del artículo 20 TFUE: «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente

pregunta, en concreto, si el estatuto de ciudadano de la Unión y el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se oponen a una normativa nacional que obliga al interesado a iniciar un nuevo procedimiento de cambio de identidad de género ante los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando ya ha concluido con éxito un procedimiento a tal efecto en otro Estado miembro cuya nacionalidad también posee.

9. Además, se pregunta si para la resolución del caso tiene incidencia en él la retirada del Reino Unido de la Unión. Y ello debido a que el procedimiento de cambio de identidad de género se inició en el Reino Unido antes de la retirada de este Estado de la Unión, pero concluyó después de la misma, durante el período transitorio. Arguye que, por tanto, procede determinar si, en tales circunstancias, Rumanía está obligada a reconocer los efectos jurídicos de este procedimiento de cambio de identidad de género llevado a cabo en el Reino Unido.

10. Con estas dudas, el Tribunal de Primera Instancia del Sector 6 de Bucarest decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El hecho de que los artículos 43, letra i), y 57 de la [Ley n.º 119/1996] no reconozcan las modificaciones en las menciones sobre el sexo y el nombre en el estado civil obtenidas por un hombre transexual con doble nacionalidad (rumana y de otro Estado miembro) en otro Estado miembro mediante el procedimiento de reconocimiento legal del género y exijan al ciudadano rumano tramitar desde el principio otro procedimiento judicial, en Rumanía, frente al Servicio Público del Registro Civil, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado carente de claridad y de previsibilidad (TEDH, sentencia de 19 de enero de 2021, X e Y c. Rumanía, y que puede dar lugar a una solución contraria a la adoptada en el otro Estado miembro, ¿se opone al ejercicio del derecho a la ciudadanía europea (artículo 20 TFUE) y del derecho del ciudadano de la Unión a circular y residir libremente (artículo 21 TFUE y artículo 45 de la Carta) en condiciones de dignidad, igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 2 TUE, artículo 18 TFUE y artículos 1, 20 y 21 de la Carta), con pleno respeto al derecho a la vida privada y familiar (artículo 7 de la Carta)?

2) ¿Tiene alguna incidencia en la respuesta que debe darse a la cuestión anterior la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión, en particular, i) si el procedimiento de modificación del estado civil se inició con anterioridad al Brexit y finalizó durante el período de transición, y ii) si el impacto del Brexit implica que la persona solo puede hacer uso de los derechos vinculados a la ciudadanía europea, incluido el derecho a la libre circulación y residencia, en virtud de los documentos de identidad o de viaje rumanos, en los que aparece con sexo y nombre femeninos, en contra de la identidad de género ya reconocida legalmente?».

la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;

El artículo 1 de la Carta, titulado «Dignidad humana», preceptúa lo siguiente: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.»

El artículo 7 de la Carta, titulado «Respeto de la vida privada y familiar», estipula lo siguiente: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.»

El artículo 20 de la Carta, titulado «Igualdad ante la ley», prescribe lo siguiente: «Todas las personas son iguales ante la ley.»

El artículo 21 de la Carta, titulado «No discriminación», prevé en su apartado 1 lo siguiente: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

El artículo 45 de la Carta, titulado «Libertad de circulación y de residencia», presenta la siguiente redacción: «1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.»

III. Argumentación jurídica: del eslabón a la cadena

11. La primera duda que el TJUE despeja versa sobre si la petición de decisión prejudicial es admisible, teniendo en cuenta el momento temporal en el que el interesado solicita a las autoridades rumanas anotar en su certificado de nacimiento rumano el cambio de nombre y de identidad de género, legalmente adquirido en el Reino Unido en 2017 y 2020. El hecho de que no lo solicite hasta mayo de 2021, después del final del período transitorio fijado para la salida de Reino Unido de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 126 del Acuerdo de Retirada, el 31 de diciembre de 2020, para el Gobierno rumano implica que no se pueda aplicar el Derecho de la Unión Europea.

12. En concreto, según este Gobierno, en la fecha en que se sometió el asunto a dichas autoridades, el Reino Unido tenía la condición de Estado tercero respecto a la Unión, de modo que los ciudadanos de la Unión y los nacionales del Reino Unido ya no podían invocar sus derechos en virtud del Acuerdo de Retirada⁹.

13. En relación con esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación, en particular, de las disposiciones del TFUE relativas a la ciudadanía de la Unión, entre ellas el artículo 21, apartado 1 TFUE, en concreto, atendiendo a los hechos presentes en este asunto, si se aplicaría a una persona nacional de Rumanía, donde nació, y del Reino Unido, donde reside desde el año 2008, que solicita a las autoridades competentes rumanas la actualización de su certificado de nacimiento para que este sea conforme con su nuevo nombre y su nueva identidad de género, que fueron adquiridos legalmente en el Reino Unido antes del final del período transitorio fijado en el 31 de diciembre de 2020.

14. A lo que el TJUE responde, en primer lugar, que un nacional de un Estado miembro que ha ejercido, en su condición de ciudadano de la Unión, su libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el artículo 21 TFUE. Precizando que las modificaciones relativas al estado civil de M.-A. A. se produjeron en el Reino Unido, en relación con el cambio de nombre, cuando ese Estado era aún un Estado miembro de la Unión y, en lo que respecta al cambio de identidad de género, durante el período transitorio¹⁰. Por lo que entiende que esta situación no puede asimilarse a una situación puramente interna por el mero hecho de que M.-A. A. presentara ante las autoridades competentes rumanas, después del 31 de diciembre de 2020, fecha fijada por el Acuerdo de Retirada como la de finalización del período transitorio, una solicitud de anotación en su certificado de nacimiento de las menciones relativas al cambio de su nombre y de su identidad de género.

15. Aclarada esta cuestión preliminar, el TJUE pasa a responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, que decide abordar conjuntamente, pues las dudas esencialmente giran en torno a si los artículos 20 y 21, apartado 1 TFUE, a la luz de los artículos 7 y 45 de la CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que no permite reconocer y anotar en el certificado de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en otro Estado miembro con ocasión del ejercicio de su libertad de circulación y de residencia, con la consecuencia de obligarle a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en ese primer Estado miembro, que hace abstracción del cambio ya legalmente adquirido en el otro Estado miembro.

⁹ Remitiéndose a la sentencia de 12 de mayo de 2011, asunto C391/09, *Runevič-Vardyn y Wardyn* [EU:C:2011:291], apartados 55 y 56, en la que el Tribunal de Justicia declaró la aplicabilidad de las disposiciones del TFUE relativas a la ciudadanía de la Unión a los efectos actuales de situaciones nacidas con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro a la Unión, el referido Gobierno alega que, *mutatis mutandis*, estas disposiciones ya no pueden aplicarse, tras la retirada de un Estado, a los efectos actuales de situaciones nacidas cuando éste aún era miembro de la Unión. Entiende que, por tanto, en el caso de autos se trata de una situación puramente interna.

¹⁰ Fundamento jurídico (en adelante, F. j.) 42 de la sentencia comentada.

16. En torno al estatuto de ciudadanía de la Unión, el TJUE señala que su vocación es que se convierta en estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹¹, constituyendo uno de los principales derechos anudados a este estatuto, según lo dispuesto en los artículos 20 apartado 2, letra a), y 21, apartado 1 TFUE, el poder circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

17. Pues bien, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al cambio de nombre y de identidad de género, es una materia que es competencia de los Estados miembros y el Derecho de la Unión no menoscaba esta competencia. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del TFUE relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y de residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo, a tal efecto, el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de éste.

18. Siendo esto así, considera el TJUE que la negativa de las autoridades de un Estado miembro a reconocer el nombre de un nacional de ese Estado que ha ejercido su derecho de libre circulación y posee también la nacionalidad de otro Estado miembro, tal como se ha determinado en este último Estado miembro, puede obstaculizar el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros reconocido en el artículo 21 TFUE. Y ello porque pueden surgir confusiones e inconvenientes de una divergencia entre los dos nombres aplicados a una misma persona, puesto que muchas acciones de la vida cotidiana, tanto en el ámbito público como privado, exigen aportar la prueba de su propia identidad¹². Y es que, al igual que el nombre, el género define la identidad y el estatuto personal de una persona¹³. Por lo tanto, la negativa a modificar y a reconocer la identidad de género que un nacional de un Estado miembro ha adquirido legalmente en otro Estado miembro puede generar a éste graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado¹⁴.

19. Con claridad, el TJUE señala que la negativa, por parte de las autoridades competentes en materia de estado civil de un Estado miembro, a reconocer y anotar en el Registro Civil y, en particular, en el certificado de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido por este en otro Estado miembro, sobre la base de una normativa nacional que no permite tal reconocimiento y anotación, con la consecuencia de obligar al interesado a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en ese primer Estado miembro, que hace abstracción de este cambio ya adquirido legalmente en ese otro Estado miembro, puede restringir el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁵.

20. Recuerda, además, que una normativa nacional que impide que una persona transgénero, al no reconocer su identidad de género, reúna un requisito necesario para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho de la Unión debe considerarse, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión¹⁶. Puesto que, aun suponiendo que esa normativa nacional persiga un objetivo legítimo, en cualquier caso solo podría considerarse justificada si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y, en particular, con el derecho al respeto de la vida privada contemplado en el artículo 7 CDFUE¹⁷.

¹¹ *Vid. in extenso*, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La persona física y su estatuto: nuevas perspectivas en la interacción entre el derecho internacional privado y la libre movilidad intra-UE*, Dykinson, 2024.

¹² *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C541/15, *Freitag*, [EU:C:2017:432], apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada.

¹³ *Vid.* F. j. nº 55 de la sentencia comentada.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, [EU:C:2016:401], apartado 38 y jurisprudencia citada.

¹⁵ *Vid.* F. j. nº 57 de la sentencia comentada.

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2006, asunto C423/04, *Richards*, [EU:C:2006:256], apartado 31 y jurisprudencia citada.

¹⁷ *Vid.* F. j. nº 62.

21. Siendo esta, a nuestro juicio, una de las claves de bóveda de su argumentación, el TJUE recurre a la jurisprudencia del TEDH para remarcarla, aludiendo a que esta jurisprudencia relacionada con el artículo 8 CEDH, protege la identidad sexual de una persona como elemento constitutivo y uno de los aspectos más íntimos de su vida privada. Así, esta disposición engloba el derecho de cada uno a determinar los detalles de su identidad de ser humano, lo que incluye el derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la integridad física y moral, así como al respeto y al reconocimiento de su identidad sexual¹⁸.

22. En concreto, recuerda que en efecto, el TEDH constató, en su sentencia de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*¹⁹, que el procedimiento previsto por la normativa nacional rumana debe considerarse incompatible con el artículo 8 CEDH, en la medida en que dicho procedimiento no cumple los requisitos impuestos por esta disposición para el examen de una solicitud de cambio de identidad de género presentada por primera vez ante un órgano jurisdiccional nacional. Considera el TJUE que para que una normativa nacional como la relativa a la anotación en los registros civiles del cambio de nombre y de identidad de género pueda considerarse compatible con el Derecho de la Unión, es necesario que las disposiciones o el procedimiento interno que permiten presentar la solicitud de esa anotación no hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 21 TFUE y, en particular, del derecho al reconocimiento de dicho cambio. Pues bien, el ejercicio de este derecho puede quedar en entredicho por la facultad de apreciación de que disponen las autoridades competentes en el marco del procedimiento de reconocimiento y de anotación del nombre y de la identidad de género, al que están sujetas las personas que hayan adquirido legalmente el cambio de ese nombre y de esa identidad en otro Estado miembro. La existencia de tal facultad de apreciación puede conducir a una divergencia entre los dos nombres y los dos géneros dados a una misma persona respecto a la prueba de su identidad y a los graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado mencionados.

23. Así, como consecuencia de todo lo argumentado, el TJUE considera que una normativa nacional, como la rumana, que no permite la anotación del nombre y de la identidad de género, legalmente adquiridos en otro Estado miembro, y que obliga al interesado a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en el Estado miembro de origen, haciendo abstracción del hecho de que el ciudadano de la Unión ya ha adquirido legalmente el cambio de su nombre y de su identidad de género en el Estado miembro de su residencia y se ha sometido a los procedimientos previstos a tal efecto en este último, incumple las exigencias derivadas del artículo 21 TFUE²⁰.

24. Afortunadamente, el TJUE no sigue al Abogado General, Sr. Jean Richard de la Tour, en sus Conclusiones presentadas el 7 de mayo de 2024²¹. Aunque la respuesta en lo relativo al nombre sí coincidiría, el Abogado General considera que deben hacerse matizaciones en lo relativo a la identidad de género, por cuanto esta circunstancia podría afectar a terceros²². En su apartado 93, establece: «Esta

¹⁸ *Vid.*, entre otras, SSTEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, [CE:ECHR:2002:0711JUD002895795], §§ 77, 78 y 90; de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, [CE:ECHR:2003:0612JUD003596897], §§ 69 a 75 y 82, y de 19 de enero de 2021, *X e Y c. Rumanía*, [CE:ECHR:2021:0119JUD000214516], §§ 147 y 165. *Vid.*, también, P. GUEZ, “Identité de genre et droit international privé”, en N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthemis, Limal, 2012, pp. 115-137; M. ŽUPAN / M. DRVENTIĆ, «Gender Issues in Private International Law», *Gender Perspectives in Private Law*, Springer, Cham, 2023, pp. 1-28.

¹⁹ §§ 157 y 168.

²⁰ Fallo: «Los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, apartado 1, a la luz de los artículos 7 y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que no permite reconocer y anotar en el certificado de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en otro Estado miembro con ocasión del ejercicio de su libertad de circulación y de residencia, con la consecuencia de obligarle a iniciar un nuevo procedimiento, de tipo jurisdiccional, de cambio de identidad de género en ese primer Estado miembro, que hace abstracción de este cambio ya legalmente adquirido en ese otro Estado miembro.

A este respecto, carece de relevancia el hecho de que la solicitud de reconocimiento y de anotación del cambio de nombre y de identidad de género se haya presentado en ese primer Estado miembro en una fecha en la que la retirada de la Unión Europea del otro Estado miembro ya había surtido efecto.»

²¹ ECLI:EU:C:2024:385.

²² Propone al TJUE el siguiente fallo: «1) El artículo 21 TFUE y los artículos 7 y 45 de la CDFUE deben interpretarse

solución consistiría en restringir la obligación de los Estados miembros de inscribir la modificación de elementos de la identidad de una persona conforme al género elegido *únicamente a su asiento de nacimiento* cuando ese documento pueda desplegar efectos sobre otros asientos del registro civil. Enunciada en términos generales, la respuesta del Tribunal de Justicia al órgano jurisdiccional remitente circunscribiría los efectos *en materia de estado civil* de los principios resultantes del artículo 21 TFUE, exclusivamente *a los elementos de identificación de la persona interesada* que le permiten, en particular, desplazarse en el territorio de la Unión, a saber, con el fin de que se expida un documento de identidad o un pasaporte». A su vez matizado por el apartado 94: «La citada solución implica que no sería obligatorio actualizar los registros individuales de los miembros de la familia del interesado en virtud del Derecho de la Unión, en la medida en que esa actualización implicase el posterior reconocimiento en el registro civil del matrimonio de personas del mismo sexo o de filiaciones establecidas con respecto a progenitores del mismo sexo, que no puede imponerse a los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión». Es decir, se trataría de acoger la misma jurisprudencia que el TJUE dictaminó para los casos *Coman* y *Pancharevo*²³. Y ello aun cuando considera que esta solución no es satisfactoria desde la perspectiva del derecho al respeto a la vida familiar, algo que considera secundario al priorizar que son los Estados miembros los únicos competentes para definir las consecuencias en materia de estado de las personas que resulta de la conciliación de todos los asientos del registro civil²⁴.

IV. Valoración: hacia dónde vamos

25. En una sentencia clave para entender la identidad de género, nuestro Tribunal Constitucional señaló: «El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es, y así se resalta en el auto de planteamiento, el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE). En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a «ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición» (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas»²⁵.

26. La cito porque el TJUE en la sentencia *Mirin* alcanza a ver que el no reconocimiento de la identidad de género y del nombre de una persona establecido en un Estado miembro en otro Estado no sólo afecta al derecho que tiene todo ciudadano europeo de ejercer libremente la movilidad entre los distintos Estados miembros²⁶, sino que afecta también a los derechos fundamentales reconocidos en la

en el sentido de que se oponen a que las autoridades de un Estado miembro denieguen el reconocimiento y la inscripción en el asiento de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro del nombre y de la identidad de género legalmente declarados y adquiridos en otro Estado miembro, cuya nacionalidad también posee. La existencia de procedimientos administrativos o judiciales en materia de cambio de sexo o de género no puede constituir un obstáculo para ese reconocimiento automático. Con todo, el Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para regular en su Derecho nacional los efectos de tal reconocimiento e inscripción sobre otros asientos del registro civil y en materia de estado de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación. 2) Carece de incidencia que la solicitud de reconocimiento e inscripción en un registro civil del cambio de nombre y del género adquirido en el Reino Unido se haya formulado en un Estado miembro de la Unión en un momento en el que el Derecho de la Unión ya no era aplicable al Reino Unido.»

²³ Vid. apartado 95 de las Conclusiones.

²⁴ Vid. apartados 96 y 97 de las Conclusiones.

²⁵ STC 99/2019, de 18 de julio [BOE nº 192, de 12 de agosto de 2019].

²⁶ P. JIMÉNEZ BLANCO, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, pp. 985-999, esp. p. 991.

CDFUE como la dignidad o el derecho al respeto a la vida privada, en tanto que el nombre y la identidad de género son cualidades principales que definen a una persona; son decisiones vitales que le permiten desarrollar su propia personalidad²⁷.

27. Se trata, por ello, de una sentencia muy destacada que claramente está alineada con la jurisprudencia previa del TJUE en materia de nombre de las personas físicas y que apuesta decididamente por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo²⁸. Llega después de otras en las que el TJUE no ha podido o no ha querido ir tan lejos, como en materia de filiación en los casos *Pancharevo* o *Rzecznik*, o en la definición del concepto de cónyuge en el asunto *Coman*, y a la espera de hasta dónde llegará en la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*²⁹, en el que se solicita la inscripción en el Registro Civil polaco de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo en Alemania. Los cónyuges tienen la doble nacionalidad alemana-polaca³⁰.

28. Tanto en la sentencia *Mirin* como en el recurso referido, se plantean directamente las consecuencias que tendría para los interesados el no reconocimiento de alguna cualidad de su identidad ya establecida en otro Estado miembro; cómo esto puede ir en contra de no solo la libre circulación de personas en el espacio europeo, sino también de sus derechos fundamentales.

29. Como he sostenido en trabajos previos³¹, cuando estamos ante cuestiones basales para la definición de la identidad de la persona, como puede ser su nombre, su identidad de género, su filiación o su cualidad de cónyuge, cualquier decisión que obstaculice o imposibilite el reconocimiento de esa realidad ya creada, supone una vulneración del derecho a la libre circulación que todo ciudadano europeo tiene, pero también supone una injerencia ilegítima en su derecho a la vida privada o familiar. Y habiendo dado ya este paso en la sentencia que comentamos, el TJUE consolida su jurisprudencia en lo referido al principio del reconocimiento mutuo, dotándolo de un impulso material nuevo basado en los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, a la espera de que este avance quede cristalizado en algún momento en la legislación europea.

30. No tenemos todavía en el ámbito de la Unión, ningún Reglamento que acoja esta filosofía. Ni siquiera en el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012*³², cuya base jurídica es el artículo 21 TFUE, se regula la cuestión de la

²⁷ Vid. in extenso, A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, 2024.

²⁸ Vid. A. CALVO CARAVACA, “Mutual recognition as a method in European private international law”, en CH. VON BAR / O. L. KNÖFEL / U. MAGNUS / H. P. MANSSEL / A. WUDARSKI (ed.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-115.

²⁹ Recurso accesible en <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=282182&pageIndex=0&doclang=es&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=18244>, consultado el 13 de diciembre de 2024.

³⁰ Se pregunta en concreto: «¿Deben interpretarse los artículos 20 TFUE, apartado 2, letra a), y 21 TFUE, apartado 1, en relación con los artículos 7 y 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, en el sentido de que no permiten a las autoridades competentes de un Estado miembro denegar el reconocimiento y la transcripción en el registro nacional del estado civil del certificado de un matrimonio contraído entre un nacional de ese Estado y otro ciudadano de la Unión (del mismo sexo) en otro Estado miembro con arreglo a la legislación de este último, impidiendo así que estas dos personas puedan residir en el primer Estado miembro con dicho estado civil y con el mismo apellido, debido a que el Derecho del Estado de acogida no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo?».

³¹ Por todos, vid. A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas...*, op. cit., *passim*.

³² DO L 200, de 26 de julio de 2016.

actualización de los registros civiles nacionales, a pesar de que se trató en el apartado 4 del Libro Verde de la Comisión «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»³³. Este Reglamento se limita a la “aceptación” de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro. No obliga a reconocer el contenido de los documentos extranjeros, puesto que este asunto se excluye expresamente de sus competencias. Las autoridades de los Estados miembros seguirán teniendo plena libertad para reconocer el contenido de esos documentos, ya que solo están obligados a aceptar su existencia y autenticidad³⁴. Pero es la senda que queda por transitar como, por ejemplo, se ha puesto de manifiesto por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en sus reuniones de 20 de agosto de 2021³⁵ y de 4 de julio de 2022³⁶.

31. Para finali ar un último apunte. Es significativo que no se haga alusión de forma explícita ni en las Conclusiones ni en la Sentencia a la cuestión del orden público internacional, aunque claramente sobrevuela el caso. Apunta el Abogado General que las diferencias en los Derechos materiales aplicables en materia de cambio de género no pueden llevar a admitir motivos serios para la denegación de su reconocimiento. Abogando por un control reforzado sobre las condiciones en las que se ejercen los derechos en que se ampara la identidad de género para evitar cualquier abuso³⁷. Y apunta que para excluir el riesgo de abusos, deberían poderse invocar condiciones de residencia o de nacionalidad que permitan comprobar la existencia de vínculos estrechos con el Estado miembro en el que se ha producido ese cambio³⁸. Es evidente que en este caso, estos vínculos estrechos existían. Sin embargo, es posible dudar si la respuesta no debería seguir siendo la misma, si se opta por la lógica del respeto a los derechos fundamentales, aun cuando esos vínculos estrechos no dimanen de circunstancias objetivas, sino que sea la subjetividad del individuo que haya querido recurrir al Estado que lo ampara el que haya posibilitado la concreción de su identidad jurídica³⁹.

³³ COM (2010) 747 final

³⁴ E. BONIFAY, “La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l’adoption du règlement documents publics”, *Journal du Droit International Clunet*, 2017, pp. 515-527; M. LEHMANN, “El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2016), vol. 8, núm. 2, pp. 240-257.

³⁵ Accesible en <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Reconnaissance-du-statut-dune-personne-1.pdf>, consultado el 17 de diciembre de 2024.

³⁶ Accesible en <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Reconnaissance-4.07.2022-Final.pdf>, consultado el 17 de diciembre de 2024.

³⁷ *Vid.*, apartado 77 de las Conclusiones.

³⁸ *Vid.*, apartado 78. *Vid.*, también, P. WAUTELET, “L’abus de droit comme limite à la circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé”, *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, París, 2019, pp. 293-305; P. HAMMJE, “Reconnaissance par un État membre du nom patronymique acquis par l’un de ses nationaux auprès d’un autre État membre dont il a aussi la nationalité”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 4, Dalloz, París, 2017, pp. 549-559.

³⁹ Es una de las tesis que mantengo en A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas...*, *op. cit.*, *passim*.

¿Se están desdibujando los límites entre la jurisdicción ordinaria y el procedimiento arbitral? A propósito de la intervención de la jurisdicción penal en el caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia

Are the Boundaries Between Ordinary Jurisdiction and Arbitral Proceedings Blurring? The Intervention of Criminal Jurisdiction in the Heirs of the Sultan of Sulu vs. the Federation of Malaysia case

IGNACIO FORNARIS VALLS*

Doctorando del programa de Doctorado en Derecho y Economía, CEU Escuela Internacional de Doctorado – CEINDO; y del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

ORCID ID: 0000-0003-2719-9075

Recibido: 15.12.2024 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9368

Resumen: El controvertido caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia, que concluyó con la condena penal de un árbitro en España, plantea cuestiones fundamentales sobre los límites de la intervención judicial en el arbitraje y el empleo del derecho penal como herramienta para resolver disputas entre las partes. Este artículo examina las implicaciones de la nulidad de actuaciones en el proceso judicial de designación de árbitros y subraya la importancia de proteger la independencia arbitral frente a la creciente tendencia a judicializar en exceso esta institución. La relación entre arbitraje y jurisdicción ordinaria exige un equilibrio cuidadoso que respete los principios jurídicos de ambas esferas.

Palabras clave: autonomía del arbitraje; principio de mínima intervención; nulidad de actuaciones; conflicto jurisdiccional

Abstract: The contentious case of the Heirs of the Sultan of Sulu versus the Federation of Malaysia, culminating in the criminal conviction of an arbitrator in Spain, highlights critical issues surrounding the boundaries of judicial intervention in arbitration and the application of criminal law to resolve disputes between parties. This article explores the broader implications of the annulment of proceedings in the judicial appointment of arbitrators, underscoring the need to safeguard arbitral independence amidst a rising trend toward excessive judicial interference. Striking an appropriate balance between arbitration and ordinary jurisdiction is essential to uphold the legal principles governing both domains.

Keywords: arbitral autonomy; minimal judicial intervention; annulment of proceedings; jurisdictional conflict

Sumario: I. Los procedimientos judiciales de apoyo y el procedimiento arbitral de los Herederos del Sultán de Sulu contra el Estado de Malasia. II. Los efectos del auto de 24 de junio de 2021

*Contratado FPI en el Proyecto I+D+i PID2020-115314GB-I00 “Jueces y Derecho de la Competencia”, Centro de Política de la Competencia y Regulación, Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities. ignacio.fornarivalls@ceu.es

que estima el incidente de nulidad de actuaciones planteado a razón de defectos en el emplazamiento del Estado de Malasia en el procedimiento de designación de árbitro. III. El procedimiento de exequatur francés y el traslado de la sede arbitral a París. IV. El delito de desobediencia grave. ¿Existió ánimo de desprestigiar a la función pública? V. Conclusiones.

1. El 15 de abril de 2024 la Audiencia Provincial de Madrid resolvió en el recurso de apelación presentado por el árbitro en el caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia, desestimando el recurso y, por ende, confirmando la condena a seis meses de prisión, además de la pena accesoria de inhabilitación por un año al árbitro.¹ El profesional reconoció en laudo de 28 de febrero de 2022 la pretensión formulada por los Herederos de recuperar el valor de restitución por los derechos cedidos sobre el territorio de Borneo Septentrional, de acuerdo con el contrato de arrendamiento de 1878 y su ratificación en 1903. En consecuencia, se condenó a Malasia a pagar 14.920 millones de dólares estadounidenses, además de más de 5 millones en honorarios de representación y costes arbitrales.

2. Pero la cuestión de fondo que nos plantea este caso es: ¿cómo es posible que un árbitro haya terminado en el banquillo penal por el ejercicio de sus funciones? Señalaba MANZANARES SAMANIEGO que existe una tendencia a utilizar el derecho penal para satisfacer demandas ciudadanas más o menos coyunturales, a pesar del principio *ultima ratio*.² De hecho, es la propia Audiencia Provincial de Madrid quien, aplicando tal principio al delito de desobediencia grave del art. 556 CP, estableció que “la inexecución voluntaria de una sentencia tiene por respuesta su ejecución forzosa. Si el deudor no paga, se le embarga, o si ya se ha embargado, se subastan sus bienes; si el condenado no entra voluntariamente en prisión, entrará tras su captura; y si la Administración no cumple una sentencia, el Tribunal tomará las medidas necesarias para su ejecución. Pero nunca la primera respuesta del ordenamiento jurídico al incumplimiento es la calificación de la conducta como delito de desobediencia.”³ Teniendo en cuenta estas afirmaciones las cuales se consideran acertadas, se estudiará la potencial confusión acaecida en este caso al discernir entre el objeto de tutela del delito de desobediencia grave, por un lado, y el objeto de tutela relacionado con la orden emitida e incumplida, por otro. Así, se concluye que el juzgador penal debe establecer la alteración concreta que el incumplimiento de la orden específica ha ocasionado en el funcionamiento de los servicios públicos.⁴

3. Para alcanzar el objetivo del presente trabajo, primeramente, se introducirán los hechos más relevantes acaecidos en los procedimientos judiciales de apoyo, así como en el procedimiento arbitral objeto de autos, teniendo particular interés la declaración de nulidad de actuaciones debido a un defecto formal en la notificación al Estado de Malasia en sede del procedimiento judicial de designación de árbitro. Posteriormente, se entrará a valorar la interpretación más controvertida del caso: los efectos de la citada nulidad de actuaciones. Mientras que los Herederos del Sultán de Sulu y el árbitro consideraron que la resolución no era directamente aplicable al arbitraje, la Federación de Malasia y la Audiencia Provincial han considerado que el auto de nulidad tenía efectos *ex tunc*. Ello ha provocado una interpretación diametralmente opuesta de cómo actuar. Por otro lado, se procederá a analizar la estrategia seguida por los demandantes en el traslado de la sede arbitral a París y la afección de esta en las decisiones del árbitro. Finalmente, se estudiará si la actuación del árbitro merecía una pena de seis meses de prisión, además de un año de inhabilitación. La interacción del caso con el principio de mínima intervención penal configura una pieza fundamental en el análisis de la antijuricidad

¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), de la que se extraerá la información sobre la tramitación de los procedimientos.

² J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010 (LA LEY 13038/2010)”, *Diario La Ley*, nº 7534, diciembre 2010, p. 1.

³ SAPM 7 marzo 2005 (RJ 2407/2005), p. 7.

⁴ A. ALONSO RIMO, “Aspectos esenciales del delito y la infracción administrativa de desobediencia a la autoridad (más allá de la pandemia de COVID-19)”, *Diario La Ley*, nº 9689, septiembre 2020, pp. 4 y 10.

I. Los procedimientos judiciales de apoyo y el procedimiento arbitral de los Herederos del Sultán de Sulu contra el Estado de Malasia

4. El 22 de enero de 1878 se firmó un contrato de arrendamiento del territorio de Sandakan, Norte de Borneo, Malasia, entre el Sultán Mohammed Jamalul Alam de Sulu y la compañía Dent & Overbeck, sita en Hong-Kong. Entre otras cosas, el citado acuerdo permitía el aprovechamiento de minerales, productos forestales y animales. Este acuerdo fue ratificado mediante escritura emitida en 1903.

5. En los años setenta, se descubrieron en el territorio objeto del contrato yacimientos de hidrocarburos y gas natural, lo que resultó en una disputa entre las partes debido al desequilibrio sobrevenido del contrato. Los Herederos del Sultán pretendieron una actualización de la renta por aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

6. Paralelamente, los arrendatarios han ido mutando: la posición de la compañía Dent & Overbeck fue sucedida primero por la empresa North Borneo Trading Company, que luego fue absorbida por la Colonia Británica del Norte de Borneo y finalmente, por la actual Federación de Malasia, al obtener su independencia por aplicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos. En 2013, Malasia dejó de abonar las rentas arrendaticias, en ese momento fijada en 5.300 dólares malasios mensuales. Dado que la Federación malaya no parecía querer llegar a un acuerdo, los arrendadores comenzaron a estudiar las posibles acciones legales. En este contexto, se debe tener en cuenta que el país incumplidor obtuvo en 2022 una nota de 5,59 sobre 10 en libertades civiles según la Unidad de Inteligencia de *The Economist*,⁵ es decir, quedó lejos de la media de los estados considerados democráticos de derecho. La República de Filipinas, país de origen de los Herederos, se situó un poco mejor en el podio, aunque su puntuación general se quedó en un 6,73 sobre 10. Con estos datos, los arrendadores consideraron que ninguno de los dos países tenía un sistema judicial confiable, pues las injerencias políticas en cualquiera de sus tribunales era más que posible.

7. El contrato de arrendamiento contenía la siguiente estipulación:

“Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores, así como los del Barón [...] o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul Gral. De Borneo (Brunei)”

Sin embargo, a fecha del incumplimiento, la figura del Cónsul General de Borneo, representante de la Corona Británica al momento de la firma del contrato, ya no existía. Ello llevó a los demandantes a solicitar a la Foreign & Commonwealth Office la apertura de arbitraje quien, a su vez, rechazó la petición por motivos diplomáticos. Nótese que el Estado de Malasia se negaba a alcanzar un acuerdo de resolución del conflicto. Tampoco daba respuesta a las peticiones de designación de árbitro. Consecuentemente, y debido al vínculo histórico del marco regulatorio del contrato con España, los Herederos del Sultán optaron por presentar en Madrid demanda de nombramiento de árbitro, en virtud del art. 15 de la Ley de Arbitraje (LA).⁶ En 1878, fecha de suscripción del contrato, la región de Sabah, territorio arrendado por los demandantes, estaba integrado dentro de los dominios del sultanato que, a su vez, se encontraba bajo mandato español, por lo que el territorio arrendado estaba sujeto a las leyes españolas de Filipinas. En 1885, el Reino de España renunció a la soberanía de los territorios del continente de Borneo y en 1898 España perdió la soberanía sobre las Islas de Filipinas, incluido el archipiélago de Joló donde se sitúa el territorio ahora en disputa.⁷ Así las cosas, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ)

⁵ J. RAMÓN PÉREZ, “Los países más y menos democráticos del mundo, según ‘The Economist’”, *El Debate*, 26 febrero 2023. Disponible en https://www.eldebate.com/sociedad/20230226/paises-mas-menos-democraticos-mundo-segun-the-economist_91853.html.

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* de 26 diciembre 2003.

⁷ Los lazos históricos con la región se remontan a 1646 cuando el Reino de España y el Sultanato de Sulu firmaron un

de Madrid en Juicio Verbal nº 4/2018 estimó la demanda de designación de árbitro, considerando *prima facie* que existía una cláusula arbitral integrada en el contrato de arrendamiento y que, debido a las conexiones históricas, podía resultar lógico que la *lex fori* se estableciera en España. Por medio de la insaculación, se designó como árbitro al Dr. Gonzalo Stampa quien, nueve días más tarde, aceptó el encargo y procedió a emitir el 24 de junio de 2019 su primera orden procesal en la que se citaba a las partes a la primera vista preparatoria, mientras se les invitaba a presentar sus respectivos escritos iniciales en julio y septiembre de 2019, respectivamente. Los demandantes comparecieron en tiempo y forma, mientras que la Federación de Malasia nunca remitió escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, es decir, mantuvo su situación de rebeldía tanto en el procedimiento judicial como en el procedimiento arbitral.

8. Ahora bien, constan en los autos algunos indicios que permiten concluir que los demandados conocían de su situación de incomparecientes. Por una parte, en septiembre de 2019, el Fiscal General de Malasia dirigió una misiva a los abogados de los Herederos del Sultán tratando diferentes aspectos de la controversia. En concreto, la carta recibida por los demandantes “reconoció la existencia del contrato de 1.878, la legitimidad de los herederos demandantes (de todos ellos) en su reclamación, la existencia de los pagos bajo el contrato hasta 2013, que «lamentablemente» (*regrettably*, en el texto inglés original) dejaron de efectuarse y la voluntad del Estado de Malasia de reestablecerlos, aunque se oponía firmemente a la jurisdicción española y al procedimiento arbitral.”⁸ Por otro lado, un mes más tarde de la recepción de la comunicación, se personó la representación letrada de Malasia se personó en el procedimiento arbitral. Los letrados de la demandada se limitaron a solicitar más tiempo para poder estudiar la documentación del caso, sin ejercer ninguna otra opción. Tal pretensión se aceptó en aras de garantizar su derecho de defensa. No obstante, resulta de vital importancia destacar que la Ley de Arbitraje, en su art. 6, regula el aquietamiento ante posibles defectos procesales, de tal forma que se exige que tan pronto como le sea posible, se debe impugnar el acto que le haya sido lesivo. El efecto negativo de no hacerlo es la preclusión procesal. Sin que hubiera pasado un mes desde tal personación, los letrados declinaron continuar con la representación de Malasia, sin ejercer ningún otro derecho.

9. En ese momento, el arbitraje se encontraba en un punto poco convencional. Ambas partes se habían personado en el procedimiento, pero una de ellas carecía sobrevenidamente de representación. Si atendemos al art. 31 c) LA, la inactividad de alguna de las partes no es un factor decisivo para la tramitación del arbitraje, una vez son conscientes de la existencia del procedimiento.⁹ Ello genera un problema hermenéutico a la hora de interpretar el resto del Título V de la Ley de Arbitraje, pues no queda claro si el árbitro está obligado a continuar la tramitación del arbitraje. Por un lado, la propia provisión utiliza el verbo “poder”. No obstante, una paralización del proceso arbitral sin justificación razonable podría dar cabida a un reproche hacia el árbitro.¹⁰ Dicho lo cual, haciendo una interpretación sistemática de la norma, parece que el legislador pretende evitar cualquier dilación indebida del procedimiento. Por ello, se considera que el árbitro no tenía más remedio que continuar la tramitación, a pesar de que la Federación de Malasia no tuviera representación, siempre que todas las actuaciones fueran debidamente notificadas a la parte

10. Dado que se avistaron ciertas dudas sobre el acuerdo arbitral, la arbitrabilidad de la controversia y la jurisdicción del árbitro, el árbitro decidió en diciembre de 2019 bifurcar el procedimiento, pues tales cuestiones se consideraban de previo pronunciamiento. El 15 de mayo de 2020 se emitió laudo parcial de

tratado de paz por la cual ambas reconocían las soberanías del contrario. En 1851, sin embargo, se otorgó el “Acta de Nueva Sumisión” por la que se reconocía por parte del Sultán la soberanía española sobre todos sus territorios. Por Real Decreto de 30 de julio de 1860, Sabah quedó sujeto a las leyes españolas de Filipinas.

⁸ C. VALLS MARTÍNEZ, “El riesgo de ser árbitro: el caso de los Herederos del Sultán de Joló contra el Estado de Malasia. ¿Deslealtad al arbitraje? ¿Tácticas de guerrilla al máximo nivel?”, *Diario LA LEY*, nº 10464, marzo de 2024, p. 5.

⁹ A. M. LORCA NAVARRETE, “Jurisprudencia arbitral comentada de los tribunales superiores de justicia: Estudio de las sentencias y autos de los tribunales superiores de justicia en materia de arbitraje”, Guipúzcoa, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 254–255.

¹⁰ En la STSJ CAT 9 marzo 2015 (*RJ* 3081/2015), por ejemplo, se estudió la actuación del árbitro en una situación de suspensión. La Sala resolvió señalando que, dado que la suspensión se ordenó por un error de notificación, no había motivos de reproche a la conducta del árbitro.

jurisdicción que fue aclarado en julio de ese mismo año. Ambas actuaciones parecen haber sido debidamente notificadas a las partes; al menos la Federación malaya no esgrimió motivo al respecto en su demanda de anulación de laudo interpuesta el 30 de septiembre de 2020 que dio origen al procedimiento de Juicio Verbal 88/2020. Concretamente, los malayos esgrimieron que (i) no existía convenio arbitral entre las partes; (ii) que el asunto versaba sobre una cesión de soberanía, lo que constituía una materia jurídico-pública indisponible e inarbitrable; (iii) que se había vulnerado la inmunidad de jurisdicción de la Federación y (iv) que se había notificado indebidamente el nombramiento del árbitro en sede del Juicio Verbal 4/2018.

11. En paralelo, Malasia solicitó testimonio de actuaciones en el procedimiento de designación de árbitro, el cual fue concedido en febrero de 2021. Una vez obtenido, solicitó en marzo de ese mismo año la nulidad de todas las actuaciones acaecidas en sede del Juicio Verbal 4/2018. Se debe tener en cuenta que la incoación de los procedimientos de designación de árbitro es una antesala a la designación formal del profesional, por lo que este no es parte del proceso. En otras palabras, el árbitro desconocía la existencia de la petición de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de anulación de laudo donde el árbitro sí es parte. Por ello, y debido a la ausencia de notificación de la solicitud del incidente dentro del procedimiento arbitral, el árbitro dejó las actuaciones vistas para laudo final a finales de marzo de 2021, fijando fecha de dictado para el 2 de septiembre de 2021

12. El 29 de junio de 2021, el TSJ de Madrid dictó por mayoría un auto estimando el incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado por el Estado de Malasia en sede del procedimiento de designación de árbitro. La notificación se había realizado a través Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación quien había trasladado a la Embajada de Malasia en España la demanda y sus documentos anejos, así como el decreto de admisión a trámite y su emplazamiento como demandada. Ahora bien, si se atiende al art. 54 de la Ley Orgánica sobre Privilegios e Inmunidades de los estados extranjeros en España,¹¹ el emplazamiento o la notificación de un órgano jurisdiccional debe ser remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a la misión diplomática española en el país extranjero quien, a su vez, deberá notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores de tal estado. Esta provisión llevó a la Sala a concluir que este vicio tenía la entidad suficiente para producir una efectiva indefensión.¹² Nótese, no obstante, que esta resolución sorprende al indicar que la nota verbal de acuse de recibo emitida por la propia Embajada de Malasia no constituye una subsanación del defecto.¹³ De hecho, tampoco se consideró que la correspondencia presentada por los Herederos del Sultán demostrara que Malasia era concedora de la petición de designación de árbitro, además de saber de la sustanciación del procedimiento arbitral. De hecho, la Federación de Malasia incluso participó en el arbitraje de manera activa al personarse su representación letrada debidamente apoderada. Esta intervención debería descalificar cualquier argumento de indefensión, ya que el demandado tuvo oportunidad de expresar lo que en su derecho conviniese y actuar en defensa de sus intereses en el marco del arbitraje. Tampoco se tuvo en cuenta al resolver el incidente el art. 228.1 LEC en el que se indica que el plazo de solicitud de la nulidad es de 20 días desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión. En este caso, dicho plazo comenzó a correr, como mínimo, en agosto/septiembre de 2019, cuando Malasia tuvo conocimiento efectivo del arbitraje. En este sentido, la Federación ni tan siquiera solicitó testimonio de las actuaciones para poder plantear el incidente de nulidad hasta el 24 de julio de 2020, casi un año después de su personación en el arbitraje. Este retraso evidencia no solo la extemporaneidad de la pretensión, sino una falta de diligencia procesal que contradice el principio de buena fe procesal y constituye un comportamiento negligente.¹⁴ El testimonio

¹¹ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *BOE* 28 octubre 2015.

¹² ATSJ M 29 junio 2021 (*RJ* 594/2021), p. 4.

¹³ La doctrina constitucional señala que la nulidad de actuaciones únicamente podrá ser acordada si existe una transgresión efectiva de la tutela judicial, no bastando un mero vicio formal (vid. por todas, STC 12 enero 2009, 10/2009, *BOE* de 13 febrero 2009).

¹⁴ En este sentido, no se puede más que apoyar el voto particular de D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE emitido en sede del ATSJ M 29 junio 2021 (*RJ* 594/2021), pp. 5–8.

del fallo del auto de nulidad de actuaciones, que no la resolución en su integridad, fue notificada por la representación letrada de Malasia al árbitro ante notario en su domicilio profesional.

13. Ante esta nueva situación, el árbitro, advirtiendo del conocimiento de la parte dispositiva del auto, citó a las partes a una vista para conocer sus posiciones sobre el efecto de la citada decisión judicial. La representación letrada de Malasia aportó el auto en su integridad, pero declinó su participación en la audiencia finalmente celebrada en julio de 2021. En este sentido, conviene hacer notar que el auto no era claro; la única mención a los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones se podría deducir de una cita literal del art. 241 LOPJ (“[...] Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. [...]”), así como de la definición jurisprudencial del incidente de nulidad que también cita la Sala (“La excepcionalidad de este incidente es que constituye un remedio extraordinario que de prosperar supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. [...]”). Sin embargo, no se hace mención expresa al caso particular en el que existe un arbitraje ya iniciado con un laudo parcial ya emitido. Consecuentemente, se considera que los actos encaminados a la aclaración de los efectos del auto de nulidad de actuaciones siguen un criterio lógico en la buena administración del arbitraje.

14. El 7 de julio de 2021, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) en sede del procedimiento de anulación del laudo de jurisdicción instó al árbitro, mediante correo electrónico donde se adjuntaba un oficio, a cesar su actividad debido al auto de 29 de junio de 2021 y, en concreto, debido a la carencia de título habilitante del árbitro.¹⁵ El 12 de julio de ese mismo año, remitió vía fax una diligencia de ordenación en similares términos, que se pueden resumir en que la nulidad de actuaciones dejaba sin efecto su nombramiento. Estas órdenes (i) se emitieron en sede del procedimiento de anulación de laudo y no en el procedimiento del que emanan, y (ii) se trataron en la vista ya indicada de finales de julio, la cual concluyó con una suspensión del procedimiento.

15. El 17 de septiembre de 2021, los demandantes reconocieron el laudo de jurisdicción ante los tribunales parisinos y solicitaron al árbitro el traslado de la sede arbitral a la ciudad gala. La razón esgrimida fue la continuada injerencia judicial en el procedimiento arbitral. Esta petición fue aceptada mediante la orden procesal nº 44 de 29 de octubre. En paralelo, el LAJ declaró mediante decreto de 13 de octubre de 2021 el archivo del Juicio Verbal 88/2020 sobre anulación de laudo debido a una carencia sobrevenida de objeto, pues entendía que el auto de nulidad de actuaciones del procedimiento de designación de laudo obraba efectos *ex tunc* y, por ende, tal laudo de jurisdicción se daba por no dictado. El citado decreto no fue recurrido por las partes. Siguiendo el *modus operandi* anterior, el árbitro invitó a las partes a formular alegaciones, tras lo cual dictó la orden de 29 de octubre ya comentada de cambio de sede. El Estado de Malasia, al ver tal decisión, denunció al árbitro ante la Fiscalía de Madrid por delitos de desobediencia grave e intrusismo quien, a su vez, remitió las actuaciones a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid, quien remitió la investigación al Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid.

16. En Francia, la Corte de Apelación de París suspendió cautelarmente el exequatur del laudo de jurisdicción y Malasia solicitó en sede del procedimiento arbitral la suspensión del arbitraje. El 3 de enero de 2022, el árbitro denegó la petición, pues consideraba que el reconocimiento del laudo de jurisdicción no era necesario para el cambio de sede (orden procesal nº 49). Como se estudiará, los Herederos del Sultán pretendieron introducir el laudo al circuito jurídico francés de cara a evitar el reconocimiento y ejecución de una sentencia posterior emitida en suelo europeo. Ahora bien, el revés sufrido en segunda instancia ya anticipaba que el proceso arbitral enfrentaba altas probabilidades de colapsar.

¹⁵ El delito por intrusismo profesional por el cual se acusó en primera instancia al árbitro se fundamentó justamente en tal afirmación, pues el art. 403 CP castiga a aquellos que ejerzan una profesión sin la titulación oficial correspondiente o el título que le habilite legalmente para su ejercicio. El Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid en SJP M 22 diciembre 2023 (RJ 31/2023) absolvió al Dr. Stampa del citado delito debido a que la Ley de Arbitraje, en su art. 13, permite ser árbitro a cualquier persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no haya ninguna norma de exclusión en su profesión.

17. Al árbitro se le notificó el 15 de febrero de 2022 las diligencias previas iniciadas contra él, ante lo cual requirió a las partes alegaciones al respecto.

18. El 28 de febrero de 2022, se dictó laudo final en París condenando al Estado de Malasia a devolver el valor de restitución de los derechos sobre el territorio cedido, lo que alcanzaba una suma de 14.920 millones de dólares americanos, más 3.502.394,24 USD en costas procesales y 2.351.592,64 dólares en costes de arbitraje. Malasia, en un intento de paralizar cualquier ejecución, solicitó un pronunciamiento a la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Madrid, en virtud del cual se declarase el laudo de jurisdicción como “jurídicamente inexistente [...] al haber sido dictado por quien carece de la condición de árbitro al haberse anulado su nombramiento por esta misma Sala.” Mediante auto de 1 de diciembre de 2022, el tribunal rechazó las pretensiones, pero hizo un pronunciamiento que, lejos de ser *obiter dictum*, indicaba que “efectivamente, como consecuencia de nuestro Auto de fecha 24 de junio de 2021, por el que se estimaba el Incidente de nulidad de actuaciones planteado por Malasia, se declarara la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia de emplazamiento de dicha parte y, en consecuencia, del nombramiento inicial del árbitro”.

II. Los efectos del auto de 24 de junio de 2021 que estima el incidente de nulidad de actuaciones planteado a razón de defectos en el emplazamiento del Estado de Malasia en el procedimiento de designación de árbitro

19. Es indiscutible que la razón de ser de los incidentes excepcionales de nulidad es reponer las actuaciones al momento previo al vicio que causó indefensión a la parte afectada. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español carece de una disposición explícita que regule la interacción entre este procedimiento excepcional y un arbitraje ya iniciado. En este contexto, la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid ha concluido que no existe interacción, pues si un procedimiento arbitral se ha iniciado con la designación judicial de un árbitro y esta designación es declarada nula, el arbitraje debe cesar como consecuencia lógica. Esto se debe a que, en términos cronológicos, el procedimiento de designación del árbitro es la antesala necesaria para la constitución del procedimiento arbitral.¹⁶ En otras palabras, sin la designación de árbitro, no puede existir árbitro ni, por ende, procedimiento arbitral. No obstante, este razonamiento omite considerar un aspecto fundamental: en el caso de estudio, el procedimiento arbitral no solo había comenzado, sino que ya había producido efectos consolidados. Los Herederos del Sultán ya habían recibido un primer fallo preliminar (el laudo de jurisdicción) donde se reconocían ciertos hechos constitutivos de derecho cuyo resultado era en la posibilidad de someter a arbitraje la controversia *suscitada en el arbitraje*. Nótese que se utiliza la locución “suscitada en el arbitraje” debido a que no existe una extensión de las pretensiones expresadas en la demanda de designación de árbitro, es decir, no obra preclusión del trámite de rogación en el procedimiento judicial, sino que es en el propio arbitraje en el que las partes reinician el contador procesal. En este sentido, el art. 29.1 LA establece que “el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda” en el propio seno del procedimiento arbitral. Se entiende que las partes no están vinculadas por las alegaciones efectuadas en sede del procedimiento de designación de árbitro. De hecho, en este caso, los demandantes solicitaron la designación de árbitro basándose en el principio *rebus sic stantibus* y en los principios de justicia, equidad y buena fe, con el objetivo de modificar los términos del contrato firmado entre las partes.¹⁷ Sin embargo, en sede arbitral plantearon una solicitud diferente: la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones de pago de Malasia desde el 1 de enero de 2013 (o, en su defecto, 2020) y el valor de restitución de los derechos sobre el territorio arrendado en el Norte de Borneo.¹⁸ Esta evolución ilustra la naturaleza intrínseca del arbitraje, cuya independencia de

¹⁶ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 21.

¹⁷ STSJ M 29 marzo 2019 (RJ 5562/2019), p. 2.

¹⁸ Laudo final 28 febrero 2022, *Nurhima Kiram Fornan, Fuad A Kiram, Sheramar T Kiram, Permaisuli Kiram–Guerzon*,

los tribunales está protegida por el art. 7 LA. Dicha provisión dispone que los tribunales no intervendrán salvo disposición expresa de esta norma; una redacción basada en el art. 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL.¹⁹ Este principio se interpreta como una limitación de la intervención judicial, diferenciándola de la asistencia jurisdiccional que los tribunales deben prestar al arbitraje en escenarios específicos²⁰

20. La Audiencia Provincial, sin embargo, no observa esta distinción en su resolución. Es cierto que el TSJ es el único órgano judicial competente tanto para designar un árbitro como para declarar nulo su nombramiento.²¹ Sin embargo, el principio de intervención mínima debe aplicarse respetando los cauces legales para preservar el equilibrio entre el intervencionismo judicial en sentido estricto y la asistencia al arbitraje, garantizando la autonomía del arbitraje como institución. Para la Audiencia Provincial, la actuación del árbitro se presenta como una argucia procesal que intenta eludir la naturaleza constitucional del incidente de nulidad de actuaciones. En su razonamiento, un laudo preliminar no puede sanar ni validar los efectos de un nombramiento declarado nulo de pleno derecho,²² pues la nulidad se proyecta sobre los actos posteriores como una consecuencia inevitable de su carácter absoluto. Este enfoque parece desconocer que el arbitraje, una vez iniciado, adquiere una naturaleza independiente, regida por principios que limitan la intervención judicial, salvo en los casos expresamente previstos por la Ley de Arbitraje. La independencia del árbitro y la fuerza vinculante de los laudos arbitrales no dependen de la validez del acto de designación como tal, sino del marco normativo que rige el arbitraje como institución autónoma. En definitiva, no se pretende dejar sin efecto la nulidad de actuaciones, sino requerir de otros actos para su ejecución.

21. Cierta paralelismo lo podemos encontrar en los procedimientos de tasación de costas, en aquellos en los que se requiere la inscripción registral sobre algún extremo que afecte al fallo, o en la intervención de un juzgado para dar eficacia a un pronunciamiento que acuerda la venta de bienes en subasta pública. Todos ellos tienen en común que emanan de pronunciamientos puramente declarativos que requerían de una actividad judicial posterior para desplegar sus consecuencias jurídicas. Conocida como ejecución impropia, estos actos ejecutivos no son llevados a cabo en el seno del procedimiento judicial principal, sino que se realizan al margen del procedimiento en el que se dictó la sentencia declarativa.²³ Ello es debido a que las sentencias se ejecutan en sus propios términos (art. 18 LOPJ²⁴), por lo que es imposible formalmente dictar un auto de ejecución que se extralimite de lo contenido en la resolución de la que trae causa. Nótese que una ejecución escalonada no pretende limitar, ni amputar los derechos constitucional-procesales de defensa, audiencia y contradicción en aras de proteger la institución del arbitraje, sino que simplemente divide el proceso en dos pasos para equilibrar proporcionalmente los derechos en juego, a saber en este caso, el de la tutela judicial efectiva y la independencia y mínima intervención judicial del arbitraje. Si se observa el auto de 24 de junio de 2021, no encontramos disposición alguna respecto a los efectos que tiene su pronunciamiento. De hecho, ordena que se lleve

Taj-Mahal Kiram-Tarsum Nuqui, Ahmad Narzad Kiram Sampang, Jenny KA Sampang y Widz-Raunda Kiram Sampang v. Malaysia. Disponible en https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-nurhima-kiram-fornan-fuad-a-kiram-sheramar-t-kiram-permaisuli-kiram-guerzon-taj-mahal-kiram-tarsum-nuqui-ahmad-narzad-kiram-sampang-jenny-ka-sampang-and-widz-raunda-kiram-sampang-v-malaysia-final-award-monday-28th-february-2022#decision_2067 .

¹⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006*, Viena, Naciones Unidas, 2008. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf .

²⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 21. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf> .

Nótese que en ningún momento se menciona el apoyo al árbitro, sino a la institución en sí. Esto se debe a que el árbitro puede ser sustituido de conformidad al procedimiento establecido en el art. 19 LA.

²¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 13.

²² SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 15.

²³ Como ejemplo del uso de esta doctrina procesal, vid. AAP BI 14 noviembre 2005 (RJ 1408/2005); AAP TF 7 noviembre 2005 (RJ 2029/2005); o AAP LO 19 diciembre 2008 (RJ 295/2008)

²⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 julio 1985.

testimonio de la resolución al procedimiento de anulación de laudo; su finalidad fue verificar o constatar una situación jurídica determinada, esto es, la declaración de un error judicial,²⁵ pero no alterarla. Es decir, el auto no generó efectos jurídicos materiales, lo que explica su carácter no ejecutable, sino que produjo únicamente efectos procesales. Con lo anterior no se pretende negar los efectos *ex tunc* de la nulidad de actuaciones, pero sí que se sostiene que el auto únicamente reconoció una situación, sin modificarla; eliminó la apariencia de validez del acto de notificación declarado nulo para que no generara efectos (principio *quod nullum est, nullum producit effectum*). En este sentido, fue el TSJ quien actuó de oficio al ordenar llevar testimonio del auto al segundo procedimiento, lo que presupuso que pretendía dar cauce a todo el proceso de nulidad, dejando claro que había un segundo paso a realizar: la resolución de la petición de anulación del laudo de jurisdicción.

22. Además, conviene destacar que el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de las partes. Si estas lo acordaran o si sus actos lo evidenciaran (como el aquietamiento reconocido en el art. 6 LA), incluso en caso de declararse la nulidad de las actuaciones relativas al procedimiento de designación del árbitro, el profesional podría continuar ejerciendo como juzgador en el procedimiento arbitral. A tal efecto, se ha señalado en el anterior apartado que el Fiscal General de Malasia reconoció mediante carta remitida a los Herederos del Sultán el conocimiento de los procedimientos judicial y arbitral abiertos contra la Federación. Asimismo, Malasia compareció mediante representación letrada en el procedimiento arbitral, sin presentar objeción alguna, tal y como estipula el art. 6 LA. A más hacer, esta información obraba en los autos judiciales de designación de árbitro.²⁶ Entonces, entra dentro de los márgenes lógicos del árbitro el no dar curso directo a los efectos de la nulidad.

23. Por otro lado, está la discusión de los efectos de cada una de las resoluciones en juego. En principio, los efectos de cosa juzgada material están reservados para aquellas resoluciones que ponen fin al procedimiento.²⁷ Teniendo en cuenta el carácter del procedimiento de designación de árbitro, la sentencia emitida en este y, por extensión, su auto de nulidad únicamente vincula internamente al órgano jurisdiccional y a las partes del procedimiento. Ahora bien, esta teoría no se sabe cierta para los laudos arbitrales, los cuales producen efecto de cosa juzgada material según lo dispuesto en el art. 43 LA, sin distinción alguna entre laudos procesales y laudos finales.²⁸ De hecho, el legislador tampoco hizo matiz alguno al declarar la fuerza ejecutiva de los “laudos o resoluciones arbitrales” (art. 517.2 2º LEC). *A sensu contrario*, no clasifica todas las resoluciones judiciales por igual. Por tanto, se considera que el carácter vinculante del laudo de jurisdicción sobrepasa la fuerza del auto de nulidad de actuaciones. Dicho lo cual, si una parte hubiese llevado el auto de nulidad de actuaciones al procedimiento de anulación de laudo, este obraría como declaración de indefensión, pues vincula a las partes que fueron parte en su sustanciación.

24. Finalmente, observando el *iter* procesal, fue el propio Letrado de la Administración de Justicia quien asumió los efectos jurídicos del auto de nulidad. Primero, ordenando en dos ocasiones al árbitro el cese inmediato de su actividad y, segundo, archivando por carencia sobrevenida de objeto el procedimiento de anulación de laudo. Sin embargo, el juzgador penal sorprende al imponer la carga de prueba de la legalidad de lo acontecido sobre las partes intervinientes y no sobre el propio LAJ.²⁹ Para

²⁵ Así ha declarado la Sala Especial del art. 61 LOPJ al referirse a los incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones (vid. ATS 28 noviembre 2018 (RJ 13803/2018), p. 4).

²⁶ ATSJ M 29 junio 2021 (RJ 594/2021), p. 6.

²⁷ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS & I. DÍEZ-PICAZO, *Derecho procesal civil: El proceso de declaración*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 536.

²⁸ No obstante, no es una cuestión pacífica. Algunos autores, como FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, sostienen que la misma distinción aplicada a las sentencias debería extenderse a los laudos, diferenciando entre aquellos que abordan cuestiones de fondo y aquellos que resuelven cuestiones procesales. Vid. M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes”, en J. GONZÁLEZ SORIA (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2004, p. 613.

²⁹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 21: “Llegados a este punto, cabría plantearse teóricamente si la decisión del TSJM se adoptó de la forma más adecuada o si debió de mediar resolución expresa de la Sala, pero lo cierto es que, siendo contundente el razonamiento jurídico del Decreto, ninguna de las partes lo recurrieron. Y no la recurrieron porque, de hecho, la

alcanzar su convicción, la Audiencia Provincial espeta a los Herederos del Sultán que desistieran del procedimiento de designación, tras el planteamiento de la declinatoria de jurisdicción por parte de la Federación de Malasia. Empero, el juzgador penal no está llamado a juzgar la estrategia utilizada por las partes, sino su influencia en la actuación del árbitro. Se ha defendido en estas líneas que el proceso de nulidad de lo actuado requería dos procedimientos judiciales separados. Consecuentemente, los Herederos del Sultán, al ver el aquietamiento de la contraparte ante el decreto de archivo emitido en el seno del proceso de anulación y su falta de objeciones en el procedimiento arbitral, vieron una estrategia procesal que, pudiendo ser más o menos incorrecta, se enmarca la libertad de cada una de las partes. Lo que no se acaba de entender es el razonamiento realizado por la Sala en sede penal, cuando el núcleo de la cuestión radica en el razonamiento jurídico que tuvo que realizar el árbitro ante las actuaciones de las partes, de la Sala del TSJ de Madrid y de su LAJ. *¿Qué sentido podría tener proceder al nombramiento de un nuevo árbitro si se defiende que la declaración de nulidad en nada afectaba al acusado?* se plantea la Audiencia Provincial.³⁰ Con todo respeto, el sentido de la actuación de las partes no solo excede del cometido del árbitro, sino también del juzgador penal. Todo ello sin perder de vista que el árbitro no era parte del citado procedimiento y, por tanto, desconocía las actuaciones de cada una de las partes en relación con los actos no conformes a derecho efectuados por el Letrado de la Administración de Justicia.

25. Así pues, contrariamente a lo que indica el juzgador penal,³¹ no se pretende desproveer de competencias a la Sala del TSJ para decidir sobre la validez o nulidad de sus propios actos, en virtud del mandato que le ofrece el legislador como garante de los derechos fundamentales. La Ley de Arbitraje ofrece sobradas herramientas para subsanar cualquier problemática. No obstante, deben conjugarse los principios de cada una de las jurisdicciones, la ordinaria y la arbitral, sin que quepa ninguna consideración de contrariedad o competitividad entre ellas; todas forman parte de un sistema de garantías.³²

III. El procedimiento de exequatur francés y el traslado de la sede arbitral a París

26. Se ha señalado que, desde un enfoque formal, no era necesario obtener el exequatur del laudo de jurisdicción en territorio francés. El árbitro tenía la facultad de trasladar la sede del arbitraje fuera de España a solicitud *ex parte*, sin necesidad de que el laudo fuera reconocido en dicho país. Sin embargo, es relevante señalar que paralelamente se iniciaron dos procedimientos judiciales para colapsar el arbitraje: por un lado, la solicitud de anulación del laudo, y por otro, la nulidad de las actuaciones en el proceso de designación del árbitro. Los demandantes, siendo conscientes de las potenciales injerencias judiciales que podría sufrir el procedimiento arbitral, optaron por solicitar el cambio de sede arbitral con una clara intención de modificar la *lex arbitri*. De esta forma, serían los tribunales parisinos quienes tendrían la potestad de decidir sobre la posible anulación del laudo final.³³ Lo anterior, lejos de estar prohibido, entra dentro del *usus fori* del arbitraje.

27. Ahora bien, la razón tras la solicitud de reconocimiento del laudo de jurisdicción reside en que Malasia podría haber activado lo que se conoce como “acción torpedo”, una táctica de guerrilla procesal que busca aprovechar el sistema de reconocimiento privilegiado de resoluciones judiciales proveído por el art. 36.1 del Reglamento Bruselas I Bis.³⁴ En ese momento se estaba sustanciando un procedimiento de

nulidad acordada con necesaria retroacción de actuaciones ya estaba teniendo efecto, que no era otro que la retroacción de las actuaciones al momento inicial, para que, en su caso, se designará un nuevo árbitro.” (el subrayado es nuestro).

³⁰ SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 21.

³¹ SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 14.

³² SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 16.

³³ En F. FERRARI, “Plures leges, sed leges faciunt arbitrum”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n° 14(1), mayo 2022, p. 33, se señala que antes de que se emita un laudo arbitral, la determinación de la sede arbitral es clave, ya que en muchos países el régimen arbitral está fundamentado en el criterio territorial. La elección de la sede define no solo el marco jurídico aplicable procesalmente al arbitraje, sino también el lugar donde se considera “dictado” el laudo. Esto último es crucial en la etapa posterior, ya que afecta los posibles recursos contra el laudo.

³⁴ Dentro de las técnicas de guerrilla, definidas por R. PFEIFER & S. WILSKE, “Introduction to Guerrilla Tactics in Interna-

anulación del laudo de jurisdicción, además de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teniendo en cuenta que los laudos arbitrales quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis según su art. 1.2 d), esto implica que cualquier resolución judicial emitida antes del laudo fina podría haber sido fácilmente reconocida en suelo francés, ya que no requieren de exequatur, ofreciendo un argumento sólido, en caso de ser inconciliable con el laudo, para anularlo por razones de orden público. En sentido contrario, si el laudo de jurisdicción es reconocido antes de estos pronunciamientos, se integra en el tráfico jurídico francés como resolución judicial, lo que hubiese permitido aplicar las reglas de exclusión de reconocimiento de sentencias europeas del art. 45.1 c) llegado el caso, pues ninguna resolución judicial española inconciliable con una resolución judicial francesa hubiera podido ser reconocida en Francia. Evidentemente, si el laudo hubiera sido anulado en España, sería una razón válida para revocar su reconocimiento, aunque no garantizada por la legislación gala. Mucho menos asegurada estaría la revocación del reconocimiento del laudo basada en el auto de nulidad de actuaciones, dado que sus efectos,³⁵ como ya se ha analizado, no son claros. Ahora bien, nótese también que la sentencia *Prestige* introdujo un criterio temporal, según el cual prevalece la primera resolución emitida.³⁶ En este caso, el auto de nulidad es anterior a la resolución de reconocimiento francés del laudo de jurisdicción, lo que podría haberlo hecho peligrar.³⁷

28. Dicho lo anterior, el juzgador penal toma la orden procedimental nº 44 de 29 de octubre de 2021 en la que se acepta la solicitud de traslado de sede arbitral como “el mejor exponente del empeño del acusado en sortear a toda costa el efecto del mandato judicial”.³⁸ Paralelamente considera que su “atención prioritaria se tiene que centrar de manera exclusiva en el proceso jurisdiccional seguido en España”,³⁹ pues lo que interesa a la Audiencia Provincial es si el árbitro cesó o no su labor al tener conocimiento de la anulación de su nombramiento y haber sido conminado para dar por finalizada su actividad.⁴⁰ Sin embargo, surge la pregunta de si se debe cumplir cualquier tipo de orden por el mero hecho de ser emitida por un autoridad. El árbitro tiene potestad *iuris dictio*, es decir, sus pronunciamientos tienen efectos de cosa juzgada y vincula a las partes. En este sentido, el auto de nulidad únicamente contenía pronunciamientos declarativos, y las medidas de ejecución derivadas del mismo fueron implementadas por el LAJ mediante una actuación poco habitual y sin actuación conjunta con la Sala. Tanto el oficio remitido el 7 de julio de 2021 como la diligencia de ordenación del 20 de julio del mismo año reflejan la carencia formalista de la actuación del tribunal. En esencia, se estaba llevando a cabo una ejecución con efectos sobre terceros, pues el árbitro no fue parte en el incidente excepcional de nulidad. Este tipo de actuaciones, por su naturaleza y sus consecuencias, debería haberse gestionado a través de un decreto, que es el instrumento procesal adecuado en estos casos. Las normas procesales establecen diferentes cauces según la naturaleza de las resoluciones y la necesidad de que estas sean examinadas en último término por jueces o magistrados. Los trámites utilizados en este caso son típicos de actos procesales de trámite, los cuales solo admiten recursos de reposición ante el propio LAJ. Estos actos de trámite, al no generar ni mermar derechos sustantivos, no requieren de una revisión por la Sala. En contraste,

tional Arbitration”, en G. J. HOVARTH & S. WILSKE (Eds.), *Guerrilla tactics in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013, p. 3, como aquellos comportamientos no convencionales que alteran o socavan el funcionamiento previsto del arbitraje, podemos encontrar las *acciones torpedo* que son aquellas que pretenden la obtención de una tutela judicial más favorable, sacando rédito del sistema privilegiado del Reglamento Bruselas I Bis (vid. J. PÉREZ FONT, “Reconocimiento y ejecución del laudo declarativo en el Derecho inglés como método efectivo para proteger el convenio arbitral”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11(2), octubre 2019, pp. 315–316).

³⁵ En la STJUE 20 junio 2022, *London Steam–Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*, C–700/20, *Rec.* 2020, p. 66, se declaró que el análisis de *inconciliable* se lleva a cabo sobre los efectos de la resolución extranjera en contraposición con los efectos de la resolución nacional, ignorándose así los aspectos procesales surgidos durante su proceso de emisión de la segunda resolución.

³⁶ STJUE 20 junio 2022, *London Steam–Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*, C–700/20, *Rec.* 2020, p. 63.

³⁷ Cabe señalar que este criterio temporal es *praeter legem*, ya que, aunque busca prevenir un abuso del derecho en la aplicación del Reglamento, el legislador ha generado distinciones entre el apartado c) y el d), omitiendo deliberadamente cualquier referencia a un criterio de temporalidad en el primero de ellos.

³⁸ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 28.

³⁹ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 6.

⁴⁰ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 11.

las resoluciones que afectan a derechos sustantivos sí deben ser susceptibles de revisión mediante los cauces establecidos, asegurando un mayor control judicial. Así, lo primero que podemos observar es un error judicial que afecta a la seguridad jurídica y los derechos de los sujetos involucrados. No deja de sorprender como la Audiencia Provincial indica que “no le corresponde al juez penal revisar la legalidad de la orden incumplida”.⁴¹ De hecho, se considera que sí debe hacerlo por cuanto la orden no emanó del auto judicial, sino de las interpretaciones que hizo el LAJ sobre el citado auto.

29. La jurisprudencia utilizada por la Sala hace referencia a la negativa de declarar por parte de un testigo cuyo motivo no se podía ver amparado por ninguna disposición imperativa como podría ser el secreto profesional en el ejercicio de la abogacía;⁴² una ejecución de título judicial contra un particular;⁴³ el cumplimiento de una orden de exhibición de libros mercantiles;⁴⁴ o la negativa del *President de la Generalitat* a cumplir una Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional.⁴⁵ Todas ellas tratan situaciones en las que el emisor de la orden posee una superioridad jerárquica sobre el receptor y, además, no existía norma imperativa que permitiera al mandado desafiar la orden. Tal y como nuestro Alto Tribunal ha expresado, el operador se puede encontrar en un estado de necesidad, completa o incompleta, por existir un conflicto entre dos o más bienes o intereses jurídicos. En este caso, el árbitro debía decidir entre dos males graves, reales y actuales: obedecer la orden o evitar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes impuestos por la Ley de Arbitraje.⁴⁶ Para poder dirimir esta colisión, se necesitan comparar los bienes jurídicos objetos de tutela.⁴⁷ Así, resulta necesario no solo analizar la norma imperativa que aplica al árbitro, sino de quien emana la orden, cómo se desarrollan los hechos y, entre otros, la legalidad y formalismos de esta, así como otros hechos que afecten a la antijuridicidad del caso.

30. En relación con lo anterior, resulta pertinente analizar con detenimiento los acontecimientos ocurridos tras el reconocimiento del laudo de jurisdicción. Malasia estuvo recurriendo toda resolución que no le era favorable, y solo notificaba aquellas que actuaban en su beneficio, sin explicar el origen de estas, la sustanciación del procedimiento del que emanaban, ni ningún otro detalle que permitieran esclarecer qué estaba ocurriendo fuera del procedimiento arbitral. Para poder dirimir si el acusado pudo cometer un *error in procedendo* en la tramitación del procedimiento o si, por el contrario, era plenamente consciente de los actos que cometía, resulta necesario valorar la información disponible para el acusado en el momento de tomar cada decisión, dado que este se encontraba constreñido a los datos proporcionados por las partes o aquellos que le eran remitidos directamente por el juzgado, sin acceso a una visión general del conflicto. De hecho, esta limitación explica por qué, cada vez que se recibía información que pudiera afectar al desarrollo del procedimiento arbitral, el árbitro convocaba a las partes para que expusieran y aclararan la situación, asegurando así que su actuación estuviera fundamentada únicamente en los elementos aportados dentro del marco procesal. Es cierto que la resolución francesa de reconocimiento fue suspendida cautelarmente a finales del 2021, pero el recurso de apelación no fue estimado hasta el 6 de junio de 2023. Recordemos que el laudo final fue emitido el 28 de febrero de 2022, un año antes de esta decisión. No es de extrañar que, con todo el entramado judicial acaecido hasta el momento, el árbitro considerara a Malasia como ejecutora de las conocidas *tácticas de guerrilla*.⁴⁸

31. En cuanto a la decisión gala, la *Cour d'Appel* sostuvo que la cláusula del acuerdo que designaba como árbitro al cónsul general británico en Brunei constituía una cláusula compromisoria válida,

⁴¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 12.

⁴² STS 5 octubre 2022 (RJ 3511/2022).

⁴³ STS 29 octubre 2020 (RJ 3527/2020).

⁴⁴ STS 18 febrero 2010 (RJ 898/2010).

⁴⁵ STS 23 enero 2019 (RJ 91/2019).

⁴⁶ Entre otras, STS 18 octubre 2012 (RJ 8258/2012), p. 5.

⁴⁷ V. MAGRO SERVET, “Casuística sobre el cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado hacia su cliente”, *Revista CEFLegal*, nº 221, junio 2019, p. 75.

⁴⁸ En palabras del Magistrado disidente D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE, ATSJ M 29 junio 2021 (RJ 594/2021), p. 6, con respecto a la actuación de Malasia: “[...] ni ha sufrido la menor indefensión material, ni está actuando con buena fe, pudiendo plantearse incluso la existencia de un litigar temerario al interponer el presente incidente de nulidad.”

destacando que esta elección reflejaba la voluntad determinante de las partes. Como resultado, concluyó que, al haberse extinguido dicho cargo, el acuerdo arbitral debía quedar sin efecto, sin posibilidad de que las partes suplieran esta ausencia mediante la designación de otro árbitro. La *Cour d'Appel* invocó el art. 1520 del Código de Procedimiento Civil francés, primer apartado, que donde se establece que un laudo puede ser impugnado si el tribunal arbitral carecía de autoridad para dictarlo.⁴⁹ Gracias a esta provisión, la Corte se aparta del criterio del árbitro y del TSJ de Madrid, quienes habían validado la subsistencia del acuerdo arbitral tras la desaparición del cargo originalmente designado, considerando que podía ser sustituido por un árbitro español debido a los lazos históricos entre el territorio disputado y España. Es significativo que la sentencia de la *Cour d'Appel* opta por desatender el informe a favor del reconocimiento del Ministerio Fiscal francés, respaldando en cambio las alegaciones presentadas por Malasia durante la apelación. Este hecho cobra especial relevancia porque el art. 6 de la Ley de Arbitraje española, sobre la renuncia tácita, tiene un correlato en el art. 1466 del Decreto francés nº 2011-48. Sin embargo, la Sala no aborda la falta de participación de Malasia en el proceso de designación judicial del árbitro, en el que fue declarada en rebeldía, ni su breve intervención en el arbitraje entre octubre y noviembre de 2019, en el que no expresó objeciones sobre la validez del acuerdo arbitral ni sobre las actuaciones realizadas hasta entonces en el procedimiento arbitral; motivo más que suficiente para excepcionar la acción de anulación.

IV. El delito de desobediencia grave. ¿Existió ánimo de desprestigiar a la función pública?

32. Lo expuesto hasta el momento demuestra que este caso se desarrolla en un incansable caos procesal con múltiples errores judiciales. En primer lugar, se llevó a cabo una defectuosa notificación al demandado. Más tarde, el auto que resolvió el incidente de nulidad fue parco al señalar sus efectos, por lo que el LAJ, en una extralimitación de sus funciones, decidió cómo esta resolución iba a afectar a todo el procedimiento arbitral. En este sentido, se optó por comunicar al árbitro la decisión del LAJ sobre su cese mediante oficio y diligencia de ordenación, respectivamente, siendo comunicadas ambas informalmente. Finalmente, se procedió a archivar el juicio verbal de anulación del laudo de jurisdicción por una supuesta pérdida sobrevenida del objeto al haberse acordado la nulidad de actuaciones en el procedimiento de nombramiento de árbitro, sin que esta decisión fuera recurrida por el Estado de Malasia.

33. Sin embargo, el juzgador penal, lejos de tomar en consideración todos estos hechos, se centra en la cualidad de letrado en ejercicio del árbitro para concluir que no era esperable tan tenaz oposición por su parte.⁵⁰ Parece que pretende suplir los diversos errores en la tramitación del procedimiento mediante los conocimientos del operador jurídico. De hecho, da por sentado que la orden de cese “era una emanación lógica e insoslayable de la decisión del Tribunal al acordar la nulidad del nombramiento”.⁵¹ Ahora bien, únicamente encontramos un pronunciamiento específico al respecto llevado a cabo nueve meses después de la emisión del laudo final. Concretamente, el TSJ de Madrid se pronunció al respecto al denegar la petición de declaración de inexistencia del laudo de jurisdicción por parte del Estado de Malasia el 1 de diciembre de 2022.⁵² En este sentido, sorprende que el TSJ de Madrid declarara que la estimación del incidente conllevaba la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia de emplazamiento, ya que, una vez resuelta la denegación de la tutela suplicada –la declaración de inexistencia del laudo–, no procedía tal pronunciamiento. Nótese que se formula la petición declarativa en el seno de un procedimiento de designación de árbitro, por lo que ninguna declaración de existencia o inexistencia de laudo se puede llevar a cabo, ni tan siquiera *obiter dictum*. De hecho, el legislador únicamente otorga a dicho procedimiento la capacidad de verificación formal de la existencia de un convenio arbitral, cuya resolu-

⁴⁹ A diferencia de lo que ocurre en España, el Código de Procedimiento Civil francés permite en sede de apelación la denegación del reconocimiento del laudo por una de sus causas de nulidad (el art. 1525 de la norma remite a las causas del art. 1520).

⁵⁰ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 18.

⁵¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁵² ATSJ M 1 diciembre 2022 (RJ 509/2022), p. 2.

ción carece de fuerza de cosa juzgada material, por lo que ningún pronunciamiento respecto a un laudo se puede hacer en tal procedimiento.⁵³

34. Asimismo, como ya se ha señalado, el juzgador penal aborda la cuestión desde su propio conocimiento fáctico adquirido tras la lectura de los autos penales. Empero, no analiza la *mens rea* del acusado. El árbitro basa su decisión en la información aportada por las partes o por su posición en los diferentes procedimientos judiciales. Ahora bien, desconoce que ocurre fuera de ellos. En efecto, su conocimiento sobre el procedimiento de designación de árbitro y el incidente excepcional de nulidad en él planteado fue limitado, a diferencia de lo que ocurre con los magistrados de la Audiencia Provincial. Buen ejemplo de ello es que el árbitro alega desidia por parte del Estado de Malasia para con el incidente de nulidad de actuaciones, mientras que el juzgador penal niega lo anterior exponiendo el *iter* procesal de la solicitud de testimonio en sede del Juicio Verbal 4/2018.⁵⁴ *A sensu contrario*, el juzgador penal ha ignorado los actos *ex parte* en el procedimiento arbitral, centrándose únicamente en las órdenes procedimentales emitidas por el árbitro tras las comunicaciones por parte del LAJ. Sin embargo, este aplicó el principio de justicia rogada en su máximo exponente. En este sentido, se puede ver como el juzgador penal desmiente el aquietamiento por parte de Malasia en sede del procedimiento de designación de árbitro,⁵⁵ pero omite apreciación alguna sobre la pasividad de la citada parte al personarse en octubre de 2019 en el procedimiento arbitral. La Audiencia Provincial consideró que la diferencia entre actos procesales y arbitrales es artificioso e inconsistente, por ser los primeros presupuestos necesarios de los segundos.⁵⁶ Con ello, el juzgador penal vuelve a situar al arbitraje en una posición de sumisión en aras de salvaguardar supuestamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la doctrina constitucional ha establecido que la cláusula arbitral representa una renuncia al ejercicio de la tutela por parte de los tribunales ejecutada mediante “la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto”⁵⁷ Huelga decir que no se defiende que la cláusula arbitral sea una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino que al aceptar la sumisión al arbitraje, las partes han accedido al cambio de las reglas del juego, esto es, apartando las normas y principios procesales ordinarios para someterse a otras distintas. En otras palabras, el arbitraje es de naturaleza contractual en sus orígenes y de carácter jurisdiccional en sus efectos. Este carácter mixto entre alternativa a la jurisdicción y equivalencia jurisdiccional conlleva que el acceso a la jurisdicción ordinaria se relega a “garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo.”⁵⁸ Consecuentemente, las decisiones procesales libres y voluntarias de las partes tienen una afección directa en la formación de la voluntad del árbitro.

35. A los efectos del presente análisis, se deben considerar como decisiones no solo las conductas activas, sino también la inactividad de las partes. Bajo el principio de justicia rogada, el árbitro no debe interpretar la voluntad de las partes tras cada uno de sus actos, pues estos no pueden ser cuestionados por la persona llamada a juzgar un conflicto⁵⁹ Por ello, a falta de disposición expresa, cualquier aquietamiento es sinónimo de preclusión, aplicándose la prohibición de la *mutatio libelli*. Tras el decreto

⁵³ Se comparten las conclusiones efectuadas en el voto particular de D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE al ATSM 1 diciembre 2022 (RJ 509/2022), p. 4.

⁵⁴ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁵⁵ En la SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19, se detalla que el Estado de Malasia solicitó al TSJ de Madrid el testimonio de las actuaciones. Esta solicitud fue inicialmente denegada por el LAJ mediante una diligencia de ordenación fechada el 15 de septiembre de 2020, así como en la resolución del recurso de reposición interpuesto. Sin embargo, la Sala aceptó la petición al resolver el recurso de revisión el 5 de febrero de 2021. Con el acceso obtenido a los autos, Malasia presentó un incidente excepcional de nulidad y una demanda de anulación del laudo.

⁵⁶ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 20.

⁵⁷ STC 23 noviembre 1995, 174/1995, *BOE* de 28 diciembre 1995; STC 30 abril 1999, 75/1996, *BOE* de 31 mayo 1996; y STC 11 noviembre 1996, 176/1996, *BOE* de 17 noviembre 1996.

⁵⁸ Voto particular formulado por D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS a la STC 11 enero 2018, 1/2018, *BOE* de 7 febrero 2018, p. 14718.

⁵⁹ Según la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias, el juzgador no puede subsanar los errores de las partes, por ser sus actos una exteriorización de su voluntad (vid. STJS CAN 7 diciembre 2018 (RJ 4460/2018), p. 6).

de archivo, Malasia no reaccionó; al igual que tampoco lo hizo en sede arbitral. Argumenta la Audiencia Provincial que qué sentido tendría la actividad tendente a nombrar otro árbitro si se argumenta que la nulidad no afectaba al Dr. Stampa.⁶⁰ El acusado no era parte de ese procedimiento, por lo que desconocía la petición de un nuevo nombramiento o su falta de ella. Dónde sí fue parte interesada es en el procedimiento de anulación de laudo que, por el decreto de archivo y la falta de acciones por parte del Estado de Malasia, devino firme. La acción de anulación caducó y el laudo de jurisdicción desplegó sus efectos de cosa juzgada material; efectos de los que carecía el auto de nulidad de actuaciones.

36. Insiste la Audiencia Provincial al señalar que el art. 19 LA sobre remoción de árbitro era inoperante debido a que el Dr. Stampa era árbitro en el asunto de autos solo gracias al procedimiento de designación de árbitro. La naturaleza mixta que la doctrina constitucional ha otorgado a la institución del arbitraje provoca que, una vez aceptado el encargo, hecho acaecido en este caso el 31 de mayo de 2019, el árbitro se convierte en un equivalente jurisdiccional. Dicha equivalencia, no obstante, únicamente podrá ser llevada a término si se le aplican las garantías formales de independencia. Entre ellas encontramos la inamovilidad que resulta en una prohibición de remoción del cargo salvo “causas razonables, tasadas o limitadas y previamente determinadas.”⁶¹ Prueba de ello es que el legislador trata la recusación y otros motivos de cese de los árbitros tras declarar que estos deben de guardar debida imparcialidad e independencia frente a las partes (Título IV, arts. 17 y ss.). La razón de imponer una inamovilidad absoluta una vez designado el profesional, salvo previsión legal expresa o acuerdo entre las partes, se debe al equilibrio que la norma hace entre la autonomía de la voluntad de las partes y la prevención de un abuso de la confianza depositada por el oponente. Este último escenario se daría ante aquella parte que, conociendo un impedimento procesal para continuar con el arbitraje, se espere al momento procesal que el solicitante considere oportuno para su alegación.⁶² Como se puede observar, esta ponderación está íntimamente ligada al art. 6 LA. En este sentido, se considera interesante una sentencia de abril de 2003 emitida por el Tribunal Regional Superior de Colonia (Alemania). En dicho fallo, se resolvió un incidente relacionado con la concesión indebida de un permiso administrativo especial a un juez para ejercer como árbitro. Aunque el tribunal concluyó que dicha irregularidad no inhabilitaba automáticamente al juez para desempeñarse como árbitro (recordemos que en el caso de análisis se reconoce que el árbitro sí que tiene título para ejercer como tal), sí consideró que hacía cuestionable la validez de la concesión del permiso administrativo especial (sin permiso, no podía ejercer como árbitro ya que era presupuesto necesario). Sin embargo, debido a que el plazo para interponer la recusación ya había prescrito, el tribunal asumió el nombramiento del juez como válido, considerando que el permiso especial seguía en vigor.⁶³ En el caso de los Herederos del Sultán de Sulu, aunque el árbitro contaba con un permiso incorrectamente otorgado por el TSJ de Madrid, este continuó ejerciendo sus funciones, dado que ninguna de las partes involucradas había presentado una recusación ni solicitado su cese.

37. En consecuencia, cuesta creer que exista un ánimo de desprestigiar la función pública del TSJ de Madrid por parte del árbitro, entendiéndose el desprestigio en un grado de afección mayor al del simple incumplimiento. Todo desacatamiento conlleva *per se* un desprestigio a la orden y, por ende, a su dignidad funcional. Ahora bien, hay que atender no solo a factores como la persistencia o contumacia a la hora de incumplir, sino al ánimo específico del acusado frente al bien jurídico del delito⁶⁴

⁶⁰ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁶¹ STC 11 julio 1994, 204/1994, BOE de 4 agosto 1994, p. 34.

⁶² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, pp. 64 y 69. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>.

⁶³ Oberlandesgericht Köln, Alemania, 11 abril 2003, 9 SchH 27/02 (cfr. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 71. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>).

⁶⁴ S. CÁMARA ARROYO & M. TEJÓN ALCALÁ, “La negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas: Un análisis de las cuestiones más controvertidas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 75(1), enero 2023, p. 234.

V. Conclusiones

38. El análisis jurídico llevado a cabo evidencia la necesidad de abordar el incidente excepcional de nulidad con un enfoque equilibrado que respete tanto la autonomía del arbitraje como las garantías procesales establecidas por el ordenamiento jurídico. Este caso pone de manifiesto la compleja interacción entre la jurisdicción ordinaria y el procedimiento arbitral, subrayando la importancia de delimitar claramente las competencias y los efectos de las resoluciones judiciales sobre los actos propios del arbitraje. En primer lugar, la declaración de nulidad de la designación del árbitro no debe interpretarse como un evento que anule directamente los efectos consolidados del procedimiento arbitral, especialmente cuando este ya ha generado decisiones vinculantes, como el laudo de jurisdicción. Esta conclusión se sustenta en la autonomía del arbitraje, que limita la intervención judicial a los casos expresamente previstos en la Ley de Arbitraje, y en la capacidad de las partes para definir el alcance y los efectos del procedimiento. En segundo lugar, las resoluciones judiciales relacionadas con la designación del árbitro tienen una fuerza vinculante limitada a las partes y al ámbito procesal correspondiente, careciendo de efectos externos al procedimiento. Por ello, el auto de nulidad de actuaciones debe entenderse como un acto procesal con implicaciones específicas que no afectan directamente a la validez ni la continuidad del arbitraje. Además, la decisión del árbitro de no cesar de inmediato su actividad arbitral encuentra respaldo en la ausencia de una objeción explícita de las partes y en el principio de justicia rogada. La inacción de los intervinientes, particularmente del Estado de Malasia, constituye un aquietamiento que refuerza la validez de las decisiones adoptadas dentro del arbitraje, pese a la nulidad del acto inicial de designación. Conviene recordar que nos encontramos ante una sentencia penal que ha condenado al árbitro a seis meses de prisión y un año de inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional de árbitro. El mero hecho de no atender una orden, no debería conllevar tal reproche, sino que se considera vital llevar a cabo una ponderación de los diferentes conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje. La interpretación conforme a la cual se considera que se debería haberse tramitado la nulidad de actuaciones mediante procedimientos judiciales escalonados pretende preservar la independencia del arbitraje sin desvirtuar la tutela judicial efectiva ni los derechos procesales de las partes, manteniendo así un equilibrio entre la intervención judicial y la autonomía arbitral, y garantizando la coherencia y efectividad del sistema jurídico.

39. Por otro lado, parece que el juzgador penal ha olvidado el origen de la controversia. Múltiples errores judiciales han resultado en un procedimiento penal contra un tercero ajeno a tales deficiencias. Notificaciones informales o erróneas, decisiones ambiguas, o actuaciones que excedieron los límites de las competencias legales del emisor han sido algunos de los defectos procesales acaecidos. Un punto crítico fue la falta de claridad del auto que resolvió el incidente de nulidad. En él no se establecieron con precisión los efectos de su pronunciamiento, dejando al LAJ en la posición de interpretar y actuar de manera autónoma, lo que generó consecuencias sobre el procedimiento arbitral sin el respaldo procesal adecuado. Esta falta de control judicial sobre las resoluciones que afectaban a derechos sustantivos, especialmente cuando impactaron en terceros pronunciamientos, ha resultado en interpretaciones diametralmente opuestas entre el juzgador penal y el árbitro. En este sentido, tratar el arbitraje como una institución subordinada a los principios procesales ordinarios ha tenido consecuencias económicas para las partes y penales para el árbitro; todo ello debido a no considerar el carácter mixto del arbitraje, que combina elementos contractuales y jurisdiccionales. Su equivalencia jurisdiccional implica que los árbitros deben contar con garantías de independencia y estabilidad, salvo causas razonables y tasadas legalmente. La inobservancia de este criterio constitucional debilita la confianza en el sistema arbitral y en la autonomía de la voluntad de las partes, esenciales para su funcionamiento.

40. El enfoque de la Audiencia Provincial, al centrarse en la cualidad profesional del árbitro y en su supuesta oposición tenaz, omite un análisis integral de factores determinantes como la falta de notificación adecuada, la ausencia de recursos del Estado de Malasia y la firmeza del laudo de jurisdicción. De la lectura de la Sentencia se extrae una ignorancia por parte del juzgador penal sobre la influencia de las decisiones y aquietamientos de las partes en la actuación del árbitro. La doctrina constitucional destaca

que el arbitraje constituye una renuncia legítima y voluntaria a ciertos derechos procesales ordinarios en favor de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Subordinar el arbitraje a las mismas reglas aplicables a la jurisdicción ordinaria contradice su esencia y desvirtúa su autonomía. Consecuentemente, resulta imprescindible para juzgar las acciones del árbitro el tener en cuenta la naturaleza del arbitraje y las medidas tomadas dentro de sus límites y principios.

41. Finalmente, se ha comenzado este trabajo planteando si los hechos merecen un castigo penal. QUINTERO OLIVARES señala que el derecho penal debe ceñirse a proteger el funcionamiento del Estado de Derecho, recurriéndose a él solo cuando no existan otros mecanismos jurídicos no penales que puedan garantizar la tutela pretendida.⁶⁵ En este sentido, el principio de intervención mínima se define como un límite al *ius punendi*, constituyendo el último recurso tanto para preservar el Estado de Derecho como para proteger a los ciudadanos, promoviendo y defendiendo los valores inherentes al derecho penal en un sistema democrático.⁶⁶ En relación con lo anterior, se encuentra el principio de proporcionalidad, y particularmente uno de sus componentes: la necesidad, que implica que la protección ofrecida por la norma penal no debe poder ser reemplazada por una alternativa menos restrictiva. En esencia, la idea de necesidad exige que se emplee el medio que menos limite las libertades individuales al abordar un problema social.⁶⁷ Entonces, la pregunta que surge es si existen otros medios igualmente eficaces para ejecutar la nulidad de actuaciones, pero menos coactivos que la imposición de prisión al árbitro. La LEC, en sus arts. 709 y 710, regula las multas coercitivas como una medida de ejecución indirecta, destacando su utilidad particularmente en aquellos casos en los que no sea factible implementar otras medidas que no dependan de la voluntad del condenado. De hecho, su introducción en el ordenamiento procesal civil responde a la necesidad de actuar frente a ejecuciones *in natura* que solo podían llevarse a término a voluntad del obligado.⁶⁸

42. No se niega que el árbitro, en virtud del art. 709 LEC, podría haber intervenido en el procedimiento judicial alegando los motivos que considerase para oponerse a la orden recibida por el LAJ. Sin embargo, se deben tener en cuenta dos elementos. El primero se refiere a la imparcialidad del árbitro y a su rol como juzgador en el arbitraje. Si este hubiese intervenido en sede del procedimiento judicial donde se le notificaron las dos resoluciones del LAJ, esto es, en el de anulación del laudo de jurisdicción, con su actuación hubiera dado los argumentos jurídicos y la estrategia procesal apropiada al Estado de Malasia, lo que hubiera decantado la balanza a favor de esta parte en contraposición con los Herederos del Sultán. El árbitro no estaba actuando como ejecutado ordinario, sino como un ejecutado en situación de especialidad por su rol jurisdiccional. El segundo elemento a valorar es que, una vez ordenado su cese, el procedimiento donde se le requirió fue archivado, sin mayor actuación. La multa coercitiva, como método de ejecución indirecta, se sustancia en el mismo procedimiento donde se llevan a cabo las medidas ejecutivas (las órdenes de cese). No obstante, la parte interesada no solicitó la referida sanción, sino que le denunció directamente ante el Ministerio Fiscal. Recordemos que las medidas coercitivas de la LEC, aunque tienen una finalidad conminatoria, no dejan de ser sanciones; tutela que Malasia buscó en la jurisdicción penal, en vez de acudir a los cauces civiles del propio procedimiento de ejecución. También sorprende que el LAJ, en ninguna de sus comunicaciones, efectuara un apercibimiento al sujeto requerido sobre las consecuencias que podía acarrear su incumplimiento. Tampoco se optó por incoar pieza separada de mala fe procesal, de conformidad con el art. 247 LEC. Vista la pertinaz actuación del

⁶⁵ G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal: Parte general*, Barcelona, Barcanova, 1981, p. 48.

⁶⁶ J. A. MARTOS NÚÑEZ, "El principio de intervención penal mínima", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 40(1), abril 1987, p. 101.

⁶⁷ F. S. DE LA FUENTE CARDONA, (2018). "Proporcionalidad penal: A propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, nº 37, octubre 2018, p. 350.

Es importante recalcar que se considera que los conceptos empleados para evaluar la proporcionalidad en la actividad legislativa son plenamente aplicables al análisis de proporcionalidad en casos concretos. La distinción principal radica en que, en este último escenario, se dispone de un mayor número de elementos específicos para realizar el análisis correspondiente. Vid. Nº J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 128 y ss.

⁶⁸ G. PÉREZ DEL BLANCO, "La incorporación de la técnica de la astreinte al proceso civil español: las multas coercitivas en la Ley de enjuiciamiento civil", *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, nº 46, noviembre 2004, p. 45.

árbitro –adjetivación dada por la propia Audiencia Provincial–, parece razonable que el LAJ hubiera elevado petición de apertura de pieza separada de mala fe procesal a la Sala a razón del posible fraude de ley o procesal llevado a cabo por el árbitro. Lo positivo de este procedimiento es que el árbitro podría haber alegado lo que considerara pertinente, sin señalar el camino a ninguna de las partes. Además, la Sala, si hubiera considerado que su actuación era contraria a derecho, no solo podría haber impuesto hasta 6.000€ de multa, sino que podría haber dado traslado al Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid por si procediera algún tipo de sanción disciplinaria.

43. Por ende, no se puede más que exponer la preocupación del uso de la vía penal en este caso. Tanto el tribunal como las partes tenían herramientas procesales para hacer ejecutar el auto de nulidad de actuaciones, ya fuera por la vía de las medidas coercitivas o incoando un procedimiento sancionatorio por mala fe procesal. En último término, el Estado de Malasia también podría haber acudido a la jurisdicción civil mediante una acción de daños y perjuicios contra el árbitro; todo ello sin olvidar las diferentes actuaciones que podría haber realizado de conformidad con la Ley de Arbitraje para llevar a efecto el auto de nulidad. Sin embargo, se ha optado por utilizar el delito de desobediencia grave cuyo bien jurídico a proteger es el respeto especial que merecen los servidores públicos que actúan bajo el principio de autoridad.⁶⁹ El arbitraje es una herramienta de solución alternativa de controversias privadas. Malasia, como consecuencia de la condena derivada del laudo, enfrenta posibles daños cuya legitimidad deberá determinarse: si son legítimos, por un presunto incumplimiento de las normas que rigen su contrato de arrendamiento en Sabah, o ilegítimos, por la actuación del árbitro. En cualquier caso, se trata de una controversia de naturaleza económica, que se encuentra distante del bien jurídico protegido por el delito de desobediencia, orientado a salvaguardar la dignidad funcional de los poderes públicos en la adopción e imposición de decisiones en beneficio del interés general. Al árbitro, como al resto de ciudadanos, se le exige el cumplimiento de las órdenes para asegurar el desarrollo regular de la actividad pública.⁷⁰ Pero en este caso cabe preguntarse: ¿qué actividad pública se protege? Lo ocurrido parece limitarse a un daño patrimonial, motivo por el cual Malasia se ha reservado la acción civil.⁷¹ Acudir en este contexto a la vía penal mediante el delito de desobediencia carece de sentido ya que no existe una ciudadanía colectivamente perjudicada por la falta de respeto a la orden emitida. Como se puede observar, se aleja de los supuestos típicos de saltarse un control de alcoholemia o no acatar las órdenes policiales en una manifestación. La Audiencia Provincial en ningún momento ha tratado la alteración concreta en el funcionamiento de los servicios públicos que el incumplimiento de la orden de cese ha ocasionado, sino que se ha centrado únicamente en la existencia de una orden –ni tan siquiera en su legalidad–, y su incumplimiento por parte del árbitro.

44. ¿España será considerada responsable de negar a los herederos del Sultán de Sulu un trato justo y equitativo, así como de privarles de la justicia que buscaban desde Filipinas? De momento, la solicitud de arbitraje fue formalmente registrada en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) el 24 de octubre de 2024 con un suplico de condena de 18.000 millones de dólares americanos, lo que representa el 3,70% del presupuesto total del Estado español de 2023.⁷²

⁶⁹ C. UANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 37–39; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Atentado, resistencia y desobediencia”, en D. M. LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 116; M. ROIG TORRES, *El Delito de Atentado*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 73 y ss.

⁷⁰ Esta definición sobre todo la encontramos en el delito de resistencia. Para lo anterior se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se define el bien jurídico protegido: STS 11 mayo 2017 (*RJ* 1879/2017), pp. 5–6; STS 4 mayo 2006 (*RJ* 3198/2006), pp. 3–4; STS 5 junio 2000 (*RJ* 4572/2000), p. 3. Vid también D. COLOMER BEA, “Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de circular sin causa justificada durante el estado de alarma”, *Diario La Ley*, nº 9635, mayo 2020, p. 3.

⁷¹ SJP M 22 diciembre 2023 (*RJ* 31/2023), p. 1.

⁷² C. BERBELL, “El CIADI tramita la petición de arbitraje de los herederos del sultán de Sulu contra España por 18.000 millones de dólares”, Conflegal, 28 octubre 2024. Disponible en: <https://conflegal.com/20241028-el-ciadi-tramita-la-pet-cion-de-arbitraje-de-los-herederos-del-sultan-de-sulu-contra-espana-por-18-000-millones-de-dolares/>.

El difícil diálogo entre la jurisdicción nacional y el TJUE: el caso español de los indefinidos no fij

The difficult dialogue between national jurisdiction and the CJEU: the Spanish case of non permanent employment of indefinite duratio

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-1266-7983

Recibido: 19.11.2024 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9371

Resumen: La figura del indefinido no fijo, que es propia del empleo público, ha sido objeto de tratamiento por parte del TJUE en varias ocasiones, desde la perspectiva normativa que ofrece el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70). En 2024, una nueva sentencia del TJUE sobre el tema ha provocado una reacción del Tribunal Supremo español, que cuestiona alguno de los presupuestos sobre los que se ha pronunciado el TJUE, obligándole a un replanteamiento del tema.

Palabras clave: Empleo público, indefinido no fijo, relación laboral de duración determinada, Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70), Tribunal de Justicia de la UE.

Abstract: The figure of the non permanent relationship of indefinite duration, which is specific to public employment, has been the subject of treatment by the CJEU on several occasions, from the regulatory perspective offered by the Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70). In 2024 a new judgment of the CJEU on the subject has provoked a reaction from the Spanish Supreme Court, which questions some of the assumptions on which the CJEU has ruled, forcing it to rethink the issue.

Keywords: Public employment, non permanent employment of indefinite duration, fixed-term employment relationship, Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70), Court of Justice of the EU.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto jurisprudencial de “indefinido no fijo”. III. El tortuoso diálogo entre el TJUE y la jurisdicción nacional previo al año 2024. IV. El cruce de decisiones judiciales entre TS y TJUE en 2024.

I. Introducción

1. Son numerosos los temas en los que el diálogo entre la jurisdicción nacional y el TJUE dista de ser fluido, dando lugar a malentendidos y a respuestas de difícil encaje. Sea por insuficiente comprensión de la institución de que se trate, sea por el diferente encuadramiento conceptual que se maneja en uno y otro ámbito, lo cierto es que la jurisdicción nacional -hablamos concretamente de la española- ha

debido enfrentarse a resoluciones judiciales europeas que han trastocado importantes construcciones jurisprudenciales internas. En algunos casos, la jurisdicción nacional se ve compelida a instar nuevos pronunciamientos europeos, con la vista puesta en una rectificación o, más bien, una matización o clarificación de lo sentado en decisiones precedentes.

2. Un ejemplo muy destacado de lo anterior lo ofrece la figura del “indefinido no fijo”, sobre la cual el TJUE ha dictado, en 2024, dos sentencias de gran calado, la primera de fecha 22 de febrero (C-59/22) y la segunda de 13 de junio (C-331/22). Entre ambas, con fecha de 30 de mayo, el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado un auto por el que eleva petición de decisión prejudicial al TJUE. La cuestión principal elevada por la Sala es si se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco aplicado por la Directiva 1999/70/CE la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos. Este auto puede leerse en dos claves: en clave de clarificación de la postura del TJUE, dada la confusión creada por su sentencia de 22 febrero 2024, y en clave de defensa de la figura del indefinido no fijo por parte de la Sala de lo Social del TS. Antes de entrar en todo ello, conviene visitar brevemente el concepto jurisprudencial del indefinido no fij

II. El concepto jurisprudencial de “indefinido no fijo”

3. El singular concepto de “indefinido no fijo” es una creación jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS específicamente encaminada a resolver el conflicto que se origina en el ámbito del empleo público entre normas de distinta naturaleza: constitucional y laboral. Por un lado, la Constitución española exige que para el acceso al empleo público se garanticen condiciones de igualdad, basadas en consideraciones de mérito y capacidad de los aspirantes¹. Por otro lado, la normativa laboral, y señaladamente aquí la Directiva 1999/70/CE, exige, tanto en el empleo privado como en el público, la implantación de medidas que combatan eficazmente el abuso en la utilización de contratos de duración determinada. El conflicto no se plantea solamente a partir de la Directiva citada, sino que es anterior, manifestándose en sentencias del Tribunal Supremo de los años 90 del siglo pasado, que hubieron de lidiar con la cuestión de los efectos jurídicos de la contratación temporal irregular por parte de las administraciones públicas. De todos modos, aunque no es exclusivamente un conflicto entre norma constitucional y norma europea, es cierto que en los últimos años todo el protagonismo en el marco de este conflicto lo han asumido la norma y la jurisprudencia europeas, lo que ha provocado una exasperación del conflicto, en la medida en que la jurisdicción nacional ya no puede asumir el control total sobre la resolución de la cuestión y en la medida en que el choque se produce ya al nivel de derecho europeo frente a norma constitucional interna.

4. Este conflicto, calificado como “aparentemente insoluble”², se ha venido resolviendo mediante la consideración como personal indefinido no fijo de aquellas personas contratadas temporalmente de manera irregular, de modo que no se las considera como personal auténticamente fijo en la entidad pública para la que prestan sus servicios. La diferencia fundamental radica en que mientras el fijo es un trabajador permanente, cuya relación laboral con la entidad empleadora no está sujeta a término alguno, el indefinido no fijo es un trabajador cuya relación se asemeja más a una interinidad que a una relación indefinida, ya que cuenta con un mecanismo extintivo peculiar, que es la cobertura de la plaza mediante

¹ El artículo 103.3 CE habla literalmente del “acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Sin embargo, “puede considerarse unánimemente aceptada la aplicación de los principios constitucionales de acceso al empleo público tanto a los funcionarios como al personal laboral, si bien, no por la aplicación del art. 23.2 CE, reservado exclusivamente para el acceso a funciones y cargos públicos, sino por la conexión entre el art. 14 y 103.3 CE” (A. ESTEBAN MIGUEL, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Cinca, Madrid, 2023, p.67).

² A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

el correspondiente proceso de selección. El conflicto de base no se resuelve, por tanto, mediante el total desplazamiento de una regla por la otra: aunque la norma que exige la igualdad en el acceso al empleo público, basada en consideraciones de mérito y capacidad, es de rango constitucional, y la norma que exige la tutela del trabajador que sufre el abuso de contratos temporales es de rango legal, primero, y, a partir de la Directiva 1999/70, de rango comunitario, la solución que se alcanza no es la nulidad del contrato de trabajo irregular, como tampoco es la permanencia en la modalidad contractual temporal ilegalmente utilizada, sino que, como solución de equilibrio, se protege al trabajador transformando su relación laboral en “indefinida no fija”, pero no en genuinamente “fija”. De este modo, el trabajador ve mejorada su posición contractual, en la medida en que su relación laboral no puede ser extinguida si no es tras la convocatoria de un proceso de cobertura de la plaza fija en la que él mismo pueda participar.

5. Pese a tratarse de un concepto jurisprudencial acuñado hace varias décadas (concretamente en la STS 7 octubre 1996³, en doctrina que se consolida en 1998, con las sentencias de 20 y 21 enero⁴), su traslación al plano legislativo es casi “testimonial”⁵. Es cierto que el EBEP (art. 8.2 c), al clasificar a los empleados públicos, se refiere al personal laboral diciendo que puede ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”, en una especie de aparente tripartición. Sin embargo, nadie puede ser contratado como personal “indefinido no fijo” y ontológicamente toda relación laboral o es indefinida o es temporal. Lo que ocurre es que la legislación laboral contempla, como mecanismo de evitación del abuso en la contratación temporal, la conversión automática u ope legis del contrato temporal irregular en indefinido (art. 15.4 ET⁶), y es precisamente este mecanismo de conversión el que choca, en la opinión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con las exigencias constitucionales de igualdad en el acceso al empleo público con base en consideraciones de mérito y capacidad.

III. El tortuoso diálogo entre el TJUE y la jurisdicción nacional previo al año 2024

6. La del indefinido no fijo es, sin duda, una “solución de equilibrio”⁷, pero de equilibrio inestable, como prueba que su configuración jurídica haya “experimentado una evolución particularmente cambiante”⁸. No es este el lugar para un análisis detallado de esta evolución en general, pero sí para poner de relieve las dificultades en el diálogo entre la jurisdicción nacional y la europea en este concreto tema y el impacto de esta en aquella evolución.

7. Es llamativo que, comentando el Auto del TJUE de 11 diciembre 2014 (asunto C-86/14, *Ayuntamiento de Huétor Vega*), Aurelio Desdentado afirme que el TJUE “nos da la opinión del Juzgado de lo Social, pero no la suya”, y que añada que “la única fundamentación de esta conclusión [del TJUE] es la opinión del juzgado social español, sin que el TJUE aborde un análisis propio para justificar esta descalificación de una doctrina avalada por el Tribunal Supremo español”⁹. En este Auto, el TJUE pone en entredicho la conformidad a la Directiva 1999/70/CE de la figura del indefinido no fijo, en la medida en que: (1) se trata de una relación laboral de duración determinada, “carec[iendo] de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos”; (2) la relación laboral puede extinguirse por decisión unilateral de la administración empleadora

³ Rec. 3307/1995.

⁴ Rec. 317/1997 y 315/1997 respectivamente.

⁵ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Indefinidos no fijos: naturaleza rídica, reconocimiento y extinción”, *IUSLabor* 3/2017.

⁶ “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”

⁷ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

⁸ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Indefinidos no fijos: naturaleza rídica, reconocimiento y extinción”, *IUSLabor* 3/2017.

⁹ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

sin abono de indemnización. No obstante, sobre este extremo de la indemnización, el TJUE concluye que “incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos”.

8. A partir de este pronunciamiento del TJUE, la jurisprudencia nacional confirma el viraje, que ya anticipaba la STS 24 junio 2014 (caso Universidad Politécnica de Madrid)¹⁰, en la STS 28 marzo 2017 (caso CSIC)¹¹, para pasar a reconocer el derecho a una indemnización por la extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo cuando se produce la cobertura definitiva de la vacante; indemnización que no es la más exigua propia de la extinción de contratos de duración determinada (12 días de salario por año de servicio), sino la más generosa propia del despido por causas objetivas (20 días de salario por año trabajado).

9. Parecería que con esta determinación jurisprudencial, y sin entrar en su más o menos lógica fundamentación jurídica, el TS daba cumplimiento a las exigencias europeas manifestadas en el asunto Ayuntamiento de Huétor Vega. No en vano, en esta resolución el TJUE afirma que incumbe a la jurisdicción nacional apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización extintiva en estos casos para constituir una medida suficientemente efectiva para sancionar el abuso en la utilización de la contratación temporal.

10. Sin embargo, el tema distaba de estar pacificado. Buena prueba de ello lo ofrecen las sentencias del TJUE de 19 marzo 2020 (C-103/18, Sánchez Ruiz) y 3 junio 2021 (C-726/19, Imidra). En la primera, el TJUE afirma, nuevamente sobre la base de la opinión proporcionada por el órgano judicial remitente, que “por lo que respecta a la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», basta con señalar que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Como señalé en otro lugar, “el debate queda totalmente cercenado de origen por las consideraciones de los tribunales remitentes. El hecho de que no exista igualdad entre fijos e indefinidos no fijos no hubiera debido impedir el debate de fondo acerca de si la aplicación de la indemnización extintiva del despido objetivo (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) es una medida adecuada para la protección del trabajador, la prevención de abusos y la sanción de la temporalidad injustificada”¹².

11. En la segunda, el TJUE recuerda su doctrina acerca del papel de la indemnización en este tema: “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

12. Durante todos estos años hasta la fecha, el TS ha considerado que la solución correcta, en caso de extinción de la relación indefinida no fija por cobertura de la plaza, cuando el trabajador indefinido no fijo no ha participado en el proceso selectivo, o bien, habiéndolo hecho, no lo ha superado y no ha obtenido la plaza, es la concesión de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, y no la indemnización que corresponde al despido improcedente. Esta jurisprudencia se ha vuelto a reiterar recientemente (vgr. STS 25 septiembre 2024¹³), incluso tras el cruce de decisiones judiciales que, como ahora se verá, han protagonizado el TJUE y la Sala de lo Social del TS. La indemnización referida es la

¹⁰ Rec. 217/2013.

¹¹ Rec. 1664/2015.

¹² F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas. Comentario a la STJUE de 19 marzo 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1020-1029, p.1027.

¹³ Rec. 5549/2022.

del despido por causas objetivas (arts. 52-53 ET), al que la extinción de la relación indefinida no fija se aproxima, razón por la que cabe extender otros aspectos del régimen jurídico de dicha modalidad de despido, como el preaviso de 15 días (así lo reconoce, recientemente, la STSJ Galicia de 19 julio 2024¹⁴).

IV. El cruce de decisiones judiciales entre TS y TJUE en 2024

13. El año 2024 se inicia con una importante sentencia del TJUE, dictada el 22 de febrero en varios asuntos acumulados (C-59/22, entre otros). En esta resolución el TJUE reitera, en realidad, los postulados fundamentales de la jurisprudencia europea acerca de la figura del indefinido no fijo. Estos postulados son:

- 1º) La relación indefinida no fija debe considerarse de naturaleza temporal y, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada” (párrafo 66).
- 2º) El hecho de que pueda hablarse de una “única” relación indefinida no fija no excluye que concurra una utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada, contra la que se dirige el Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente” (párrafo 82).
- 3º) La convocatoria del proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada temporalmente por un trabajador indefinido no fijo es una medida adecuada para evitar la utilización abusiva de la relación laboral de duración determinada: “la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de que dichas plazas se cubran de manera definitiva” (párrafo 97)
- 4º) No obstante lo anterior, esa medida potencialmente adecuada que consiste en la convocatoria del proceso selectivo deja de serlo actualmente cuando dicha convocatoria se produce sin respetar un plazo razonable. Dicho de otro modo, si la norma no garantiza que el proceso selectivo se convoque en un plazo razonable, no puede considerarse ajustada a las exigencias del Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “una normativa nacional que prevé la convocatoria de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente, no parece que pueda evitar la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones laborales de duración determinada” (párrafo 99). Además, si “la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (párrafo 118).
- 5º) En el crucial asunto de la indemnización por extinción del contrato, el TJUE vuelve a insistir en que “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada”, en la medida en que “tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (párrafo 106).

¹⁴ Rec. 2695/2024 (núm. de sentencia: 3631/2024).

- 6º) En la cuestión de las responsabilidades de las administraciones públicas empleadoras por abuso de la contratación temporal, el TJUE insiste en que un sistema de responsabilidades demasiado ambiguo y abstracto es incompatible con el Acuerdo Marco. Por contra, ese sistema debería contener medidas efectivas y disuasorias para superar el nivel de exigencia derivado de la normativa europea.
- 7º) Finalmente, el TJUE vuelve a insistir en que “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada” (parágrafo 124), lo que no es incompatible con reiterar que “entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de convertir las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores” (parágrafo 125).

14. La conclusión que se deriva de esta jurisprudencia, que, hay que insistir, no nace con la STJUE de 22 febrero 2024, es que los Estados cuentan con un abanico de posibles medidas para prevenir los abusos en la contratación temporal, también en el sector público. Una de ellas es la conversión en “fijos” de los contratados temporales, pero esta conversión no puede imponerse desde el TJUE, porque no la impone el Acuerdo Marco, sino que debe ser considerada como una posible medida de aplicación judicial interna, siempre que ello sea posible en una interpretación conforme del ordenamiento español. A raíz de esta sentencia, los tribunales laborales españoles han generado una disparidad de soluciones: así, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 22 abril 2024¹⁵ sostiene que “los principios de acceso a la Administración por la vía del art. 103 CE pueden ser obviados desde la perspectiva de las garantías de un trabajo estable y permanente y la interpretación que se realiza de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco”; y, en contraste, la STSJ Madrid de 10 abril 2024¹⁶ argumenta que “nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución Española”.

15. He apuntado en otro lugar que “al TJUE le cuesta, con más frecuencia de la deseable, alcanzar una comprensión cabal de todas las claves jurídicas nacionales en torno a un tema determinado”¹⁷. La sentencia de 22 febrero 2024 es, en parte, una muestra de ello, hasta el punto de que CASAS BAAMONDE, por ejemplo, haya afirmado que la misma no está “siempre bien informada por el órgano judicial cuestionante”¹⁸. En su auto de 30 de mayo de 2024¹⁹ (en adelante, “el Auto”), la Sala de lo Social del TS expresa su desacuerdo con el órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la citada sentencia del TJUE, diciendo literalmente no compartir el criterio de dicho órgano “según el cual, el Derecho español no prevé, para la categoría de contratos indefinidos no fijos, ninguna medida destinada a evitar la utilización abusiva de esos contratos” (apartado 71 del Auto). Otro punto clave de desacuerdo con el planteamiento de la cuestión prejudicial que dio lugar a esta sentencia es el relativo a la distinta interpretación que, según el tribunal que planteó la cuestión, mantienen el TS y el TC en orden a la proyección de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en la contratación laboral: dice el TJUE, informado por el órgano jurisdiccional nacional, que “de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, mientras que el Tribunal Constitucional considera que los principios constitucionales recogidos en los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución —según los cuales en el acceso a la función pública deben respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad— no son

¹⁵ Rec. 229/2024.

¹⁶ Rec. 753/2021.

¹⁷ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El indefinido no fijo y la Directiva 1999/70: nueva oportunidad de clarificación para el TJUE servida por el Tribunal Supremo”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XV (2024), pp. 89-103

¹⁸ M.E. CASAS BAAMONDE, “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2/2024.

¹⁹ ECLI:ES:TS:2024:6188A.

aplicables en la contratación laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por su parte, considera que sí son aplicables” (parágrafo 122 de la STJUE). El TS es claro al respecto: el Auto subraya que “no hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional”, añadiendo que “ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la Constitución es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad” (apartado 42 del Auto).

16. Este Auto de la Sala de lo Social puede leerse como una “apelación” frente a la STJUE de 22 febrero 2024. Se trata de un texto de “defensa” de la figura del indefinido no fijo, y ofrece al TJUE una nueva oportunidad de pronunciarse, con más fundamento y con más claridad, sobre ella. La principal pregunta que el TS dirige al TJUE es si la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos contraviene la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Si la respuesta a esta cuestión es sí, la subsidiaria se plantea en los siguientes términos: “¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?”.

17. Para conseguir una respuesta afirmativa a la primera y principal cuestión, la Sala de lo Social introduce el novedoso argumento de vincular la protección de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público al principio comunitario de libre circulación de trabajadores. Aprovechando que en el caso que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial la demandante es una cuidadora de niños en centros educativos públicos (algo alejado, obviamente, de cualquier ejercicio de potestades públicas), la Sala razona que “el acceso al empleo público no solo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que garantiza la Constitución española, sino también el de la libre circulación de trabajadores conforme a las normas que regulan el Derecho de la Unión Europea” (apartado 48). La conclusión es evidente: “el cumplimiento de las normas españolas, así como las de la Unión Europea, cuando el puesto de trabajo no está excluido de la libre circulación de trabajadores, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido en convocatoria abierta para que puedan optar al mismo los ciudadanos de la Unión Europea que así lo deseen y reúnan los requisitos al efecto” (ibidem).

18. En el mismo sentido de obtener una respuesta afirmativa a esta primera pregunta, la Sala de lo Social vuelve a insistir en que la figura del indefinido no fijo es ya, en sí misma, una respuesta jurídica ante el abuso en la utilización de la contratación temporal. De hecho, no es cierto lo que el TJUE sostiene en la sentencia de 22 febrero 2024 respecto de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio que percibe el trabajador “convertido” en o “declarado” como indefinido no fijo; si el TJUE sostiene que la indemnización es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (parágrafo 106), lo cierto es que dicha concreta indemnización sí está vinculada al carácter ilegítimo o abusivo de la contratación temporal, puesto que de ser correcta esta contratación, la indemnización prevista en el ordenamiento laboral es, en su caso, la de 12 días de salario por año de servicio. Ese incremento de la indemnización en un 66,66 por ciento constituye, por tanto, una reacción jurídica, de creación jurisprudencial, frente al abuso en la contratación temporal. En cierto modo, el legislador ha venido a confirmar esta tesis al establecer, primero en el RDL 14/2021 y luego en la Ley 20/2021, el derecho del trabajador cuya relación temporal es abusiva al percibo de una “compensación” de 20 días de salario “fijo” por año de servicio, aunque limitando el cálculo compensatorio “exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento” (nueva Disp. Adic. 17ª EBEP). Esto último, por cierto, es rotundamente contrario a la jurisprudencia sobre “unidad esencial del vínculo”; se trata, como señala Sempere, “de limitación tan comprensible cuanto insuficiente para evitar que litiguen quienes consideren que han sido sometidos a una sucesión contractual subsumible en la categoría de “unidad esencial”; y añade el propio autor que “no parece probable que los tribunales

abandonen esa construcción”, lo que convertirá a la compensación legal en “una especie de anticipo a cuenta de la indemnización reconocida en sede judicial”²⁰.

19. Aunque la Sala de lo Social está convencida de que la indemnización de 20 días por año de servicio constituye, en sí misma, una reacción suficiente para satisfacer las exigencias de la Directiva, y pese a que realiza un gran esfuerzo argumentativo en su Auto a fin de convencer al TJUE, plantea, prudentemente, una cuestión subsidiaria, que nos conduce a la posible aplicación de la indemnización del despido improcedente al indefinido no fijo cuyo contrato se extingue. Esta indemnización acercaría mucho más, desde luego, al indefinido no fijo al fijo: el Auto señala que “se vendría a equiparar en toda su integridad la situación jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos a la de los trabajadores fijos” (apartado 77). Aunque esto pueda ser objeto de algunos matices, el debate es si la indemnización más elevada, como la del despido improcedente, constituiría una medida legal equivalente. Y es difícil defender una respuesta negativa cuando el TJUE ha admitido que existen otras medidas legales equivalentes que no llegan a transformar plenamente el contrato temporal en indefinido; o dicho con las propias palabras del TJUE: “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada” (sentencia de 22 febrero 2024, parágrafo 124).

20. Otro asunto en el que TJUE y TS parecen no encontrarse es el de los procesos de consolidación de empleo público temporal. Para el primero, “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales” (parágrafo 118 de la sentencia de 22 febrero 2024). Aunque el TS no plantea ninguna cuestión prejudicial específica a al respecto, sí se ve en la necesidad de contrargumentar frente al TJUE, quizá para reforzar la defensa del indefinido no fijo, y lo hace diciendo que “en Derecho español se han dictado medidas legislativas específicas y expresamente dirigidas a cumplir desde esa perspectiva con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con las que justamente se persigue que la convocatoria de tales procesos no sea en modo alguno independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (apartado 81 del Auto); y añadiendo que “la fórmula contemplada por el legislador atribuye un valor determinante para conseguir la plaza a la experiencia previa y al tiempo desempeñado por estos trabajadores en el desarrollo de esas tareas durante los periodos de su contratación temporal, que compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos” (apartado 87 del Auto).

21. Con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Auto, el TJUE ha dictado una nueva sentencia, de 13 junio 2024 (C-331/22). En ella, se aborda la cuestión nuclear de la indemnización por extinción de la relación del empleado público que no supera el proceso selectivo convocador por la administración empleadora. Para el TJUE, el abono de una indemnización no es una medida reparadora adecuada frente al abuso en el uso de la contratación temporal cuando tal abono es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada” (parágrafo 80). Añade, además, que “una compensación como la contemplada en el artículo 2 de la Ley 20/2021 tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos” (parágrafo 81). Repárese en que este argumento también valdría para considerar inadecuada una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, que cuenta con el límite de las 24 mensualidades.

²⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO, “Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2023.

22. También aborda la sentencia de 13 junio la cuestión de los procesos selectivos, insistiendo en que “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (parágrafo 76).

23. Pero en la verdadera y fundamental cuestión, aquella en la que cristaliza el conflicto entre los principios jurídicos básicos de, por un lado, transformación de la relación temporal en fija, y, por otro lado, igualdad en el acceso al empleo público sobre la base del mérito y la capacidad, el TJUE vuelve a mostrar la limitación intrínseca a su enjuiciamiento: la exigencia de “interpretación conforme” de una directiva no puede llegar al punto de incurrir en un “contra legem”. De ahí que, aunque la conversión de la relación temporal en fija pueda en abstracto considerarse una medida válida contra el abuso en la contratación temporal, no puede adoptarse por un órgano judicial si ello está vedado por el ordenamiento jurídico nacional. No es tanto que el órgano judicial nacional no pueda desplazar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sí puede dejarla “inaplicada”, como dice el TJUE: parágrafo 110), sino que no puede desplazar una norma interna que es incompatible con aquella medida. En este caso, la norma interna es, además, de rango constitucional. Y se exige un esfuerzo enorme y de perfiles extraordinariamente creativos para poder concluir, como propone el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial, que es conforme al ordenamiento interno convertir los sucesivos contratos temporales en una relación fija “en virtud de la cual las demandantes en los litigios principales estuvieran sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera” (parágrafo 112).

24. La historia del diálogo judicial en materia de indefinidos no fijos pone claramente de relieve la importancia de que las cuestiones prejudiciales se planteen de la manera más exhaustiva y precisa posible, no solo en cuanto a los presupuestos fácticos del asunto, sino, sobre todo, en cuanto a la información que el TJUE debe recibir acerca del marco jurídico nacional. Esta exhaustividad y precisión son la mejor garantía para, si no evitar, sí al menos reducir los desencuentros o malentendidos que con más frecuencia de la deseable se producen entre la jurisdicción nacional y el TJUE.

Denegación indebida de la ejecución de un laudo y responsabilidad ante el TEDH (BTS c. Eslovaquia)

Wrongful refusal to enforce an award and liability before the ECtHR (BTS v. Slovakia)

INÉS VÁZQUEZ GARCÍA

Socia en Gómez-Acebo & Pombo

INÉS PUIG-SAMPER NARANJO

Asociada en Gómez-Acebo & Pombo

VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ

Asociado en Gómez-Acebo & Pombo

Recibido: 15.12.2024 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9372

Resumen: Se presenta un análisis detallado del caso de arbitraje entre BTS y Eslovaquia, centrado en la ejecución de un laudo arbitral de la CCI. El origen de la controversia surge de la privatización del aeropuerto de Bratislava y la posterior rescisión del contrato de compraventa por parte de la agencia de privatización de activos estatales de Eslovaquia. BTS inició un arbitraje en 2010, resultando en un laudo favorable en 2012. Sin embargo, la ejecución del laudo en Eslovaquia fue denegada por los tribunales nacionales, argumentando la inexistencia de un convenio arbitral válido y que el laudo era contrario al orden público. BTS llevó el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), alegando violaciones a su derecho a la propiedad y a un juicio justo. El TEDH concluyó que la negativa a ejecutar el laudo constituía una injerencia ilegítima en la propiedad de BTS, violando el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Arbitraje internacional, derechos humanos, protección de la propiedad, ejecución, laudo.

Abstract: A detailed analysis of the arbitration case between BTS and Slovakia is presented, focusing on the enforcement of an ICC arbitral award. The dispute arose out of the privatisation of Bratislava Airport and the subsequent termination of the sale and purchase agreement by the Slovak State Agency for the Privatisation of Assets. BTS initiated arbitration proceedings in 2010, which resulted in a favourable award in 2012. However, enforcement of the award in Slovakia was refused by the national courts on the grounds that there was no valid arbitration agreement and that it was contrary to public policy. BTS brought the case to the European Court of Human Rights (ECHR), alleging violations of its right to property and to a fair trial. The ECHR concluded that the refusal to enforce the award constituted an unlawful interference with BTS's property in violation of art. 1 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights.

Keywords: International arbitration, human rights, protection of property, enforcement, award.

Sumario: I. Introducción y justificación. II. Hechos. 1. El Arbitraje CCI. 2. Intento de ejecución del Laudo CCI en Eslovaquia. III. El debate ante el TEDH. 1. Posición de BTS. 2. Posición de Eslovaquia. 3. La resolución del TEDH. IV. Conclusiones: la indebida negativa a la ejecución de un laudo constituye una injerencia ilegítima en la propiedad, sancionada por el Protocolo 1 del Convenio.

I. Introducción y justificación

1. El caso de BTS HOLDING, A.S (“**BTS**”) contra Eslovaquia se centra en la disputa surgida a raíz de la privatización del Aeropuerto de Bratislava y la posterior rescisión del contrato de compraventa (“**SPA**”) por parte de la agencia de privatización de activos estatales de Eslovaquia (“**NPF**”).

2. Como consecuencia de las desavenencias entre las partes, BTS inició un procedimiento de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (el “**Arbitraje CCI**”) en 2010, obteniendo un laudo favorable en 2012 (el “**Laudo CCI**”). Sin embargo, los tribunales eslovacos se negaron a ejecutar dicho laudo, argumentando la inexistencia de un convenio arbitral válido y que era contrario al orden público.

3. La relevancia de este artículo radica en varios aspectos clave. En primer lugar, ilustra los desafíos que pueden surgir en la ejecución de laudos arbitrales, especialmente cuando se enfrentan a la resistencia de los tribunales nacionales. En segundo término, el caso subraya la importancia de los derechos de propiedad y del acceso a un juicio justo, principios fundamentales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“**TEDH**”) en este caso, que concluyó que la negativa a ejecutar el laudo constituía una injerencia ilegítima en la propiedad de BTS, refuerza la importancia de los mecanismos de protección de derechos humanos en el contexto del arbitraje internacional.

4. En tercer lugar, la discusión sobre la protección de la propiedad privada y los derechos humanos en el ámbito del arbitraje internacional es particularmente pertinente en un mundo cada vez más globalizado, donde las transacciones y las disputas trascienden fronteras y jurisdicciones.

5. En suma, este artículo no solo proporciona un análisis detallado de un caso específico, sino que también ofrece una reflexión más amplia sobre la interacción entre el arbitraje internacional, los derechos humanos y la soberanía de los Estados. Su estudio contribuye a la comprensión de las dinámicas y desafíos en la ejecución de laudos arbitrales y la protección de los derechos de propiedad en un contexto cada vez más global.

II. Hechos

6. El origen de la controversia se sitúa en la voluntad del estado eslovaco de privatizar una parte del aeropuerto de Bratislava en la primera década de los 2000.

7. A estos efectos, Eslovaquia inició un proceso de licitación a través de su agencia para la privatización de activos estatales –el NPF–, en el que BTS resultó entidad adjudicataria. En consecuencia, en 2006 las partes suscribieron un contrato de compraventa -SPA- por el que BTS adquirió una participación mayoritaria de este aeropuerto.

8. En lo que aquí interesa, este SPA contemplaba como condición resolutoria la necesaria aprobación de la operación por parte de la Oficina Antimonopolio de Eslovaquia (“**AMO**”) en un período de tiempo pactado por las partes. Igualmente, el SPA establecía como método de resolución de disputas el Arbitraje CCI y como lugar del arbitraje París.

9. Pues bien, tras el pago del primer tramo del precio pactado en el SPA por parte de BTS, el NPF le comunicó la rescisión del contrato por no haber obtenido en tiempo y forma la aprobación por parte de AMO, procediendo a la restitución a BTS de la cantidad abonada como parte del precio acordado.

10. En 2008 el NPF, BTS y uno de los ministerios gubernamentales suscribieron un acuerdo de conciliación por el que declaraban que la rescisión del SPA era válida y surgía efectos desde el 21 de

septiembre de 2006, sin que existiesen reclamaciones pendientes en concepto de daños y perjuicios. No obstante, la devolución del precio de compra, así como los intereses generados, se excluyeron del ámbito de aplicación del acuerdo. Tampoco se incluyó ningún mecanismo de resolución de disputas, como sí se había hecho en el SPA.

11. En 2009 el NPF realizó un segundo abono a BTS en concepto de los intereses generados por la cuantía abonada con el primer pago y calculados para el período que mediaba entre la rescisión contractual y el reembolso de las cantidades abonadas.

12. Surgió entonces una disputa entre las partes sobre la naturaleza de los pagos que había realizado el NPF. Como se indica en el fallo de la sentencia analizada, “la esencia de la disputa era si las cantidades pagadas por el NPF constituían, primero, un pago para reembolsar el monto principal del primer tramo y, luego, el pago de los intereses acumulados, o al revés”¹.

13. La controversia dio lugar a que BTS iniciase el Arbitraje CCI contra el NPF en 2010 de conformidad con la cláusula de resolución de disputas prevista en el SPA.

1. El Arbitraje CCI

14. La solicitud de arbitraje se presentó el 21 de junio de 2010. Tras la constitución del Tribunal Arbitral, las partes acordaron el acta de misión que gobernaría el procedimiento arbitral.

15. El laudo se dictó el 8 de junio de 2012 y en él se dictaminó que los pagos realizados por el NPF se destinaron, en primer término, a los intereses generados y, solo después, al pago del principal abonado como primer tramo del SPA.

16. Así, pues, el Tribunal concluyó que el NPF debía abonar a BTS (i) un principal de 1.894.597,52 euros e (ii) intereses del 14.25% anual generados sobre esta cuantía desde el 13 de marzo de 2009 hasta el pago completo del laudo.

17. El 19 de diciembre de 2012, el Secretario General de la CCI emitió una declaración escrita certificando, entre otras cosas, que el laudo había sido notificado a las partes el 21 de junio de 2012 y que había sido recibido por el NPF el 25 de junio de 2012. La declaración citaba además el art. 28 §6 de las Reglas de Arbitraje de la CCI vigentes en ese momento, cuyo tenor literal decía así: “*Every Award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out any Award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made*”.

2. Intento de ejecución del Laudo CCI en Eslovaquia

18. El 4 de febrero de 2013 BTS solicitó la ejecución del Laudo CCI ante los Juzgados de Eslovaquia.

19. El 30 de junio de 2014 el Tribunal de Distrito de Bratislava II autorizó la ejecución del Laudo CCI. Sin embargo, el 20 de junio el NPF se opuso a la ejecución argumentando que no existía un convenio arbitral válido bajo el acuerdo de mediación suscrito en 2008, y que la ejecución del laudo sería contraria al orden público eslovaco, ya que implicaría un gran desembolso de fondos públicos por parte del Estado que afectaría a todos los contribuyentes.

¹ Párrafo 14, traducción privada.

20. BTS rechazó la oposición a la ejecución del laudo y argumentó que el acuerdo de mediación de 2008 no reemplazaba al SPA y que, por ende, la cláusula de sumisión a arbitraje seguía siendo válida. Asimismo, remarcó que NPF no había opuesto en ningún momento del arbitraje la ausencia del convenio arbitral y había suscrito, sin ninguna reserva, el acta de misión que guiaría el procedimiento.

21. El 15 de agosto de 2014, el Tribunal de Distrito de Bratislava II aceptó la objeción y, tras la apelación de BTS, el Tribunal Regional de Bratislava confirmó esa decisión el 31 de marzo de 2015, que puso fin al procedimiento de ejecución.

22. Ambos tribunales reconocieron que, como cuestión de principio, la rescisión de un contrato no tenía impacto en la cláusula de resolución de disputas que hubieran pactado las partes.

23. Sin embargo, sin abordar la aplicación de esta norma a los hechos del caso enjuiciado, el Tribunal de Distrito de Bratislava II concluyó que el acuerdo de 2008 reemplazó al SPA y, en consecuencia, su cláusula arbitral dejó de ser válida. Por lo tanto, el Tribunal de la CCI no tenía jurisdicción sobre el caso y su orden de pago era ilegal.

24. El Tribunal Regional, por su parte, no ofreció conclusiones específicas sobre este asunto, pero añadió que el Laudo CCI no definía el marco temporal para su cumplimiento y no estaba acompañado de un certificado de la fecha de su ejecución. Aunque estos requisitos formales derivaban de las normas nacionales, se aplicaron al Laudo CCI, sin que la declaración del Secretario General del 19 de diciembre de 2012 pudiera considerarse válida a estos efectos.

25. Además, la ejecución era contraria al orden público, por tres motivos:

26. Primero, porque la ejecución del laudo, que involucraba una gran suma de dinero, afectaría negativamente al público en general, ya que los fondos provendrían del presupuesto del Estado.

27. Segundo, porque, según la declaración de 19 de diciembre de 2012, con anterioridad al arbitraje las partes renunciaron a su derecho de recurso contra el laudo.

28. Tercero, porque las reclamaciones de BTS se basaban en la rescisión del SPA por parte del NPF, hecho que tuvo lugar por la necesidad de proteger la concentración del mercado.

29. A la vista de esta decisión, el 26 de agosto de 2015 BTS presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional por la que recurría las sentencias de los tribunales *a quo*. La demanda se fundamentó en una violación de sus derechos a un juicio justo (*fair hearing*) y a la propiedad.

30. El 8 de noviembre de 2016 el Tribunal Constitucional inadmitió la demanda a trámite.

III. El debate ante el TEDH

1. Posición de BTS

31. BTS trasladó el debate hasta el TEDH. Su posición fue que la ejecución del Laudo CCI había sido arbitrariamente denegada, y que esta actuación de las autoridades eslovacas constituía una violación de su derecho a la protección de la propiedad, amparado por el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio. La literalidad de este artículo es la siguiente:

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

32. BTS señaló, a efectos de la admisibilidad de la demanda, que las pretensiones a su favor en el Laudo CCI pueden equipararse al término “bienes” a los efectos del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio, en tanto en cuanto estaba contenida en una resolución firme susceptible de ser ejecutada

33. En cuanto al fondo, BTS construyó su posición sobre la base de que la denegación de ejecución del Laudo CCI suponía una injerencia en su propiedad, que carecía de legalidad o justificación en términos de utilidad pública o proporcionalidad.

34. De manera adicional, BTS denunció que la negativa a ejecutar el Laudo CCI por Eslovaquia entrañaba una violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6 del Convenio) y del derecho a un recurso efectivo ante instancias nacionales (art. 13 del Convenio).

2. Posición de Eslovaquia

35. En primer lugar, Eslovaquia se opuso a la admisión de la demanda sobre la base de que el Laudo CCI era inejecutable, de manera que la pretensión de BTS no podía ser objeto de discusión, ni equipararse tal situación al concepto de “bien” a los efectos del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio.

36. En lo que respecta al fondo, la posición de Eslovaquia fue que el procedimiento de ejecución del Laudo CCI, en todas sus instancias, había concluido en la inejecutabilidad de éste. Las resoluciones fueron calificadas por Eslovaquia como congruentes, razonadas, libres de toda arbitrariedad, y resultado de procedimientos que habían sido justos en clave procesal.

37. Los argumentos utilizados por Eslovaquia para justificar la negativa a la ejecución del Laudo CCI se recogen en el siguiente orden: (i) la inexistencia de un convenio arbitral que atribuyera jurisdicción a la CCI, (ii) la ausencia de especificación en el Laudo CCI de un plazo para su cumplimiento y de un certificado que señalara cuándo devendría ejecutable, (iii) la importante cuantía objeto de condena en el Laudo CCI, que habría de ser satisfecha a expensas de los contribuyentes eslovacos, (iv) la renuncia por las partes, previa al Laudo CCI, al derecho de recurso, y (v) la relación del negocio subyacente con la protección del derecho de la competencia.

38. Por lo demás, Eslovaquia negó que hubiera habido infracciones en materia de proceso equitativo (art. 6 del Convenio) y apuntó que los argumentos y pretensiones de BTS habían sido debidamente examinados -y rechazados- por las instancias nacionales (art. 13 del Convenio), reprochándole en todo caso no haber agotado todas las alternativas domésticas de reparación de la infracción denunciada ante el TEDH.

3. La resolución del TEDH

39. En lo que respecta a la demanda de BTS, el TEDH enfatizó que, más allá del proceso implícito de reconocimiento que en su caso debiera haberse hecho, el mecanismo legalmente previsto para la efectividad del Laudo CCI era su ejecución ante los tribunales domésticos eslovacos. Tal proceso no podía alcanzar una revisión sustantiva del Laudo CCI ni de su disputa subyacente. Sobre esta base, el TEDH concluyó que el Laudo CCI tenía entidad suficiente para considerarse un “bien” a efectos del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio. Los obstáculos que, en su caso, cupiera apreciar a su ejecución deben analizarse desde la óptica de la interferencia en dicha propiedad, sin que puedan privar al Laudo CCI

de tal naturaleza. Se admitió así la demanda descartando cualquier incompatibilidad a la luz del art. 35 del Convenio.

40. En lo que respecta al fondo, la premisa del TEDH fue que, si el Laudo CCI equivale efectivamente a un “bien” a los efectos de su protección bajo el Protocolo 1, su no ejecución constituye una interferencia sobre aquel. Esta injerencia no constituye, a ojos de la Corte, ni una privación de propiedad (e.g., una expropiación) ni una medida de control del uso de la propiedad privada, en el sentido de la segunda y tercera frase del art. 1 del Protocolo 1. Por tanto, la eventual injerencia de Eslovaquia debe analizarse desde la norma general prevista en la primera frase de aquel².

41. El TEDH identificó el siguiente pilar en su exégesis: para que una injerencia en la propiedad privada sea compatible con el art. 1 del Protocolo 1 esta debe ser lícita. De forma que la labor de la Corte se limitará a controlar la conformidad de tal injerencia con el Derecho doméstico sólo en los supuestos de aplicación manifiestamente errónea de las disposiciones legales impugnadas, o de conclusiones arbitrarias³.

42. El TEDH analizó los argumentos utilizados por Eslovaquia para rechazar la ejecución del Laudo CCI. En lo que respecta a la inexistencia de convenio arbitral, la Corte pudo concluir que la resolución del contrato objeto de disputa, bajo Derecho eslovaco, no se extiende a la validez o eficacia del convenio arbitral incluido en él. Quedaba claro, por lo demás, la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción de la CCI bajo el acta de misión del Arbitraje CCI, después de la cual ninguna de ellas impugnó la competencia de la CCI ni del tribunal arbitral.

43. Por lo demás, la Corte consideró que el Laudo CCI contenía una orden de pago vinculante que las partes habían aceptado cumplir al someterse al arbitraje de la CCI, conforme a su reglamento. Además, según las normas procesales aplicables en Eslovaquia, las órdenes de los tribunales debían cumplirse en un plazo de tres días tras adquirir firmeza. Asimismo, destacó que el deudor era una agencia estatal y que los pagos debían provenir del presupuesto estatal, pero reafirmó que la insuficiencia de fondos no justifica el incumplimiento de una obligación de esta naturaleza⁴. Respecto a la supuesta renuncia al recurso y a la protección de la competencia, concluyó que estas razones carecían de fundamento claro y no se había demostrado que el cumplimiento del laudo afectara las normas de competencia ni el interés público⁵.

² Recordemos que el TEDH reconoce, al menos desde la sentencia de 23 de septiembre de 1982, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, que el art. 1 del Protocolo 1 contiene tres reglas distintas. A saber: “Article (P1-1) comprises three distinct rules. The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph”.

³ Cfr. Sentencia del TEDH en el caso *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000 (Demanda no. 33202/96), §§108 y ss. “The Court reiterates that an essential condition for an interference to be deemed compatible with Article 1 of Protocol No. 1 is that it should be lawful. “[T]he first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful” (see *Iatridis* cited above, § 58). The Court has limited power; however, to review compliance with domestic law (see the *Håkansson and Sturesson v. Sweden* judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A, p. 16, § 47), especially as there is nothing in the instant case from which it can conclude that the Italian authorities applied the legal provisions in question manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions (see, *mutatis mutandis*, the *Tre Traktörer AB v. Sweden* judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, pp. 22- 23, § 58) [...]. However, the principle of lawfulness also presupposes that the applicable provisions of domestic law be sufficiently accessible, precise and foreseeable (see the *Hentrich v. France* judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A, pp. 19-20, § 42, and the *Lithgow and Others* judgment cited above, p. 47, § 110)”.

⁴ Cfr. Sentencia del TEDH en el caso *Burdov c. Rusia*, de 7 de mayo de 2002 (Demanda no. 59498/00), §41: “By failing to comply with the judgments of the Shakhty City Court, the national authorities prevented the applicant from receiving the money he could reasonably have expected to receive. The Government have not advanced any justification for this interference and the Court considers that a lack of funds cannot justify such an omission”.

⁵ Dado que el TEDH concluyó que se había infringido el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio, no entró a valorar los argumentos esgrimidos por BTS en torno a los arts. 6 y 13 del Convenio.

44. El TEDH concluyó que la negativa de los tribunales nacionales eslovacos a ejecutar el Laudo CCI no se ajustó a los requisitos establecidos por el derecho interno ni por el Convenio de Nueva York, y que, incluso suponiendo que dicha negativa persiguiera un interés general, no se demostró que fuera proporcional a dicho objetivo. En particular, la Corte subrayó que las autoridades nacionales no consideraron adecuadamente las exigencias de protección de los derechos fundamentales de BTS ni garantizaron un equilibrio justo entre estos derechos y el interés general, lo que resultó en una violación del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio.

45. El cálculo de daños, fruto de la infracción del Convenio, se pospuso por la Corte para un momento posterior, recordando a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo al respecto. Es lo que finalmente sucedió⁶.

IV. Conclusiones: la indebida negativa a la ejecución de un laudo constituye una injerencia ilegítima en la propiedad, sancionada por el Protocolo 1 del Convenio

46. La protección de la propiedad privada como derecho humano no se incluyó en la redacción original del Convenio en 1950. El contenido patrimonial de este derecho, a ojos de determinados Estados, chocaba con la vocación que se predicaba del Convenio como un texto de derechos civiles o políticos. Para evitar que fuera elemento irreconciliable para su firma, se optó por incluir la propiedad en su protocolo adicional⁷.

47. La categoría de “bienes” a efectos de su protección desde el derecho a la propiedad, en el Protocolo 1 del Convenio, es amplia. Esta no se limita a bienes materiales, sino que responde a una concepción teleológica, definida por el contenido patrimonial o económico de los elementos que son objeto de injerencia: lo “determinante es -nos dice FERNÁNDEZ GARCÍA- que de la situación jurídica examinada puedan derivarse derechos o intereses financieros, con un determinado valor económico”⁸.

48. Los derechos subjetivos patrimoniales⁹, y dentro de ellos los de naturaleza crediticia, pueden considerarse un “bien” susceptible de protección desde el derecho a la propiedad consagrado en el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio¹⁰. Esta no era la primera ocasión en la que el TEDH debía considerar si un laudo arbitral podía equipararse a un “bien” a los efectos de la protección de la propiedad bajo el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio. En el asunto *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis c. Grecia*, esta

⁶ Vid. la Sentencia sobre el *quantum* del TEDH de 2 de marzo de 2023, Demanda nº. 55617/17, *BTS c. Eslovaquia*, donde se recogen los términos del acuerdo.

⁷ Cfr. J. M. HERREROS LÓPEZ, “La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del Protocolo 1 CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 86, abril-junio 2023, p. 45, donde se explica que “para evitar que el Convenio pudiera no ser firmado, se decidió llevar la propiedad al Protocolo, permitiendo a los Estados renuentes a incluir la propiedad ratificar el Convenio y no el Protocolo Adicional”.

⁸ J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, “El Tribunal de Estrasburgo y la protección del Derecho de los ciudadanos a la indemnidad de sus bienes”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 226, abril-junio 2023, págs. RR-4.3. El TEDH busca así una protección “abierta”, del derecho de propiedad, más allá de la concepción puramente civil del término, tal como señala M. JIMÉNEZ HORWITZ en “La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto *ex-rey de Grecia y otros c. Grecia*)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 15, 2001, p. 241.

⁹ Ante la necesidad de definir tales términos, nos inclinamos, entre nosotros, por la conceptualización hecha por L. Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 74-75, donde los derechos subjetivos patrimoniales se definen como “situaciones de poder jurídico que a los sujetos se atribuyen en virtud de ella (derechos), y por determinadas situaciones de deber jurídico que a los sujetos se imponen (deberes) [...]”. Los derechos patrimoniales son, por consiguiente, aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica”.

¹⁰ Por todos, *Vid.* la Sentencia del TEDH de 7 de mayo de 2002, *Burdov c. Rusia* (Demanda nº 59498/00): “*The Court reiterates that a “claim” can constitute a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 if it is sufficiently established to be enforceable*”.

Corte ya había señalado que un laudo arbitral puede considerarse una “bien” cuando tenga contenido patrimonial y naturaleza ejecutable¹¹.

49. Es comprensible y razonable, en consecuencia, que la Corte apreciara que el Laudo CCI constituía un “bien” a los efectos de su protección bajo el Convenio: este contenía un crédito a favor de BTS de naturaleza ejecutable¹². Dicho crédito tenía un interés financiero evidente y, en consecuencia, también un valor económico.

50. En lo que respecta a la injerencia en el derecho a la propiedad, sobre la base de que el Laudo CCI puede considerarse un bien, la resolución de la Corte parece igualmente acertada. La posición del TEDH en supuestos similares ha sido que pesa sobre los Estados la “*responsibility to make use of all available legal means at its disposal in order to enforce a binding arbitration award providing it contains a sufficiently established claim amounting to a possession*”¹³. El efecto de denegar arbitrariamente la ejecución de un laudo no es muy diferente al de actuar positivamente para invalidarlo sin justa causa, a través del ejercicio de facultades de imperio¹⁴.

51. Lo mismo se ha predicado de aquellos escenarios en los que, de forma injustificada, los tribunales nacionales han dilatado extraordinariamente los procesos de ejecución de laudos arbitrales¹⁵. La afectación al derecho de propiedad en tales casos -puede deducirse- se materializa en que la posición pasiva de los tribunales nacionales impide la materialización y disfrute pacífico de los derechos económicos contenidos en tales resoluciones¹⁶.

52. En conclusión, el asunto BTS c. Eslovaquia vuelve a recordar que toda injerencia -activa o pasiva- de los órganos domésticos, dirigida a impedir la efectiva ejecución de un laudo arbitral, es susceptible de constituir una infracción del derecho a la propiedad protegido por el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio.

¹¹ Cfr. Sentencia del TEDH en el caso *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 de diciembre de 1994 (Demanda no. 13427/87), §§1-62: “61. This is not the case with regard to the arbitration award, which clearly recognised the State’s liability up to a maximum of specified amounts in three different currencies [...]. According to its wording, the award was final and binding; it did not require any further enforcement measure and no ordinary or special appeal lay against it (see paragraph 10 above). Under Greek legislation arbitration awards have the force of final decisions and are deemed to be enforceable. The grounds for appealing against them are exhaustively listed in Article 897 of the Code of Civil Procedure (see paragraph 25 above); no provision is made for an appeal on the merits. 62. At the moment when Law no. 1701/1987 was passed the arbitration award of 27 February 1984 therefore conferred on the applicants a right in the sums awarded. Admittedly, that right was revocable, since the award could still be annulled, but the ordinary courts had by then already twice held - at first instance and on appeal - that there was no ground for such annulment. Accordingly, in the Court’s view, that right constituted a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)”. Lo que se reiteró, de manera ulterior, en la Sentencia del TEDH de 3 de abril de 2008, *Regent Company c. Ucrania* (Demanda nº 773/03).

¹² Cfr., también, M. BENEDETTELLI, “Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience”, en W. W. PARK (Ed.), *Arbitration International*, Oxford University Press 2015, 31-4, pp. 632, 635-636 y 642.

¹³ Sentencia del TEDH de 20 de abril de 2010, *Kin-Stib y Majkic c. Serbia* (Demanda nº 12312/05), §83. Vid. en esta línea S. AKTER, “Chapter 6: Flipping the Hourglass: Time Limits for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, en K. FACH GOMEZ y A. M. LOPEZ-RODRIGUEZ (Eds.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law International, 2019, pp. 85-98.

¹⁴ Es el caso *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 de diciembre de 1994 (Demanda no. 13427/87), donde se consideró una injerencia en el derecho protegido a la propiedad la aprobación por Grecia de una norma con el fin de declarar la nulidad e inejecutabilidad de un laudo arbitral.

¹⁵ Cfr. Sentencia del TEDH de 14 de junio 2007, *Ostapenko c. Ucrania*, Demanda no. 17341/02, §§ 40 y 47-50.

¹⁶ Vid. al respecto, U. KRIEBAUM, “Chapter 66: The European Court of Human Rights and Arbitration”, en S. M. KRÖLL, A. KAY BJORKLUND, et al. (Eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2023, pp. 1981-2005.

Mejor último domicilio conocido (en la UE) que domicilio por conocer. La determinación de la competencia judicial internacional en un contrato celebrado con un consumidor, a propósito de la STJUE de 11 de abril de 2024, *Credit Agricole Bank Polska*, C-183/23

Better the Last Known Domicile (in the EU) than an Unknown One: The Determination of International Jurisdiction in a Contract Concluded with a Consumer, Regarding the CJEU Judgment of 11 April 2024, *Credit Agricole Bank Polska*, C-183/23

ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ*

Personal Investigador en Formación (doctoranda en Derecho Internacional Privado)
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

ORCID: 0000-0003-0938-1607

Recibido: 13.12.2025 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9374

Resumen: la STJUE de 11 de abril de 2024, *Credit Agricole Bank Polska* (C-183/23) analiza aspectos clave sobre la determinación de la competencia judicial internacional en contratos celebrados con consumidores bajo el Reglamento Bruselas I bis (RB I bis). El fallo reafirma que, ante la ausencia de indicios probatorios concluyentes sobre el domicilio actual del consumidor, el último domicilio conocido dentro de la UE se erige como el criterio para determinar la competencia con el objetivo de proteger los derechos procesales del consumidor. El tribunal remitente también plantea si la comparecencia de un defensor judicial que representa al consumidor, designado conforme al Derecho procesal nacional, equivale a la sumisión tácita si no ha opuesto declinatoria. El TJUE considera que esta cuestión es residual, dado que la competencia ya se encuentra determinada conforme al artículo 18.2 RB I bis. Por otro lado, el TJUE subraya la irrelevancia de la nacionalidad del demandado en la determinación de la competencia judicial internacional en supuestos de contratos con consumidores.

Palabras clave: competencia judicial internacional, contrato celebrado con un consumidor, domicilio desconocido, último domicilio conocido, Reglamento Bruselas I Bis.

Abstract: the CJEU Judgment of 11 April 2024 in *Credit Agricole Bank Polska* (C-183/23) examines key aspects regarding the determination of international jurisdiction in consumer contracts under

*Este trabajo se ha desarrollado en condición de beneficiaria del programa predoctoral de formación del personal investigador 2021-2025 en Canarias otorgada por la Agencia Canaria de Investigación, Innovación y Sociedad de la Información (ACIISI) de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y cofinanciada por el Fondo Social Europeo (FSE), con una tasa de cofinanciación del 85% en el marco del Programa Operativo FSE de Canarias 2014-2020, en el Eje prioritario 3, "Invertir en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y un aprendizaje permanente".

the Brussels I Bis Regulation. The ruling reaffirms that, in the absence of conclusive evidence regarding the consumer's current domicile, the last known domicile within the EU serves as the decisive criterion for establishing jurisdiction, aimed at safeguarding the consumer's procedural rights. The referring court also raises the question of whether the appearance of a judicially appointed representative, designated under national procedural law, constitutes tacit submission by the consumer if no objection to jurisdiction has been raised. The CJEU considers this issue to be residual, as jurisdiction is already determined pursuant to Article 18.2 of the Brussels I Bis Regulation. Furthermore, the Court underscores the irrelevance of the defendant's nationality in determining international jurisdiction in consumer contract cases.

Keywords: Jurisdiction, Contract Concluded with a Consumer, Unknown Domicile, Last Known Domicile, Brussels I Bis Regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos del litigio principal y el planteamiento de las cuestiones prejudiciales. III. Mejor último domicilio conocido (en la UE) que domicilio por conocer. El último domicilio conocido del demandado como criterio de atribución de competencia. IV. La comparecencia del defensor judicial del consumidor ausente a efectos de la existencia de sumisión tácita. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2024¹ aquí analizada versa sobre la interpretación de los artículos 6.1, 18.2 y 26 del Reglamento Bruselas I bis –en adelante RB I bis–². En esencia, el caso plantea cuestiones sobre la determinación de la competencia judicial internacional en situaciones donde el domicilio actual de un consumidor, nacional de un tercer Estado, es desconocido, siendo el último conocido el del lugar del órgano jurisdiccional que conoce del asunto principal; así como sobre el alcance de la comparecencia de un defensor judicial en representación de dicho consumidor a efectos de considerar que existe sumisión tácita. El Tribunal de Luxemburgo sí entra a valorar la primera de las cuestiones prejudiciales, pero no ofrece respuesta a la segunda de ellas. El TJUE reafirma su consolidada línea jurisprudencial al establecer que, en ausencia de indicios probatorios concluyentes que acrediten que el demandado se encuentra efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea –en adelante UE–, debe recurrirse al último domicilio conocido del consumidor como criterio determinante para atribuir la competencia judicial internacional³.

II. Los hechos del litigio principal y el planteamiento de las cuestiones prejudiciales

2. El litigio principal surge a raíz de una demanda interpuesta por el Credit Agricole Bank Polska S.A., un banco polaco, contra AB, un consumidor que es nacional de un tercer Estado⁴, ante el

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 11 de abril de 2024, *Credit Agricole Bank Polska SA contra AB*, asunto C-183/23, ECLI:EU:C:2024:297.

² Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351 de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32).

³ Para un estudio de la determinación de la competencia judicial internacional, véase A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, I. LORENTE MARTÍNEZ “Competencia judicial internacional” en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2024, pp. 35-54.

⁴ A pesar de que la STJUE no hace alusión alguna sobre la internacionalidad de la relación jurídica entre el empresario y el consumidor y de que la información que consta es que ambos estaban domiciliados en Polonia, presuponemos el carácter internacional del mismo. Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, N.º 1, pp. 88-115, especialmente apartados 34 sobre STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka*, resolución que posteriormente se analizará y apartado 39 sobre STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.*, ECLI:EU:C:2021:784. El autor señala que el “*TJUE ya ha dispuesto que un litigio es transfronterizo o internacional si en el mismo está presente un elemento extranjero, cualquiera que sea su naturaleza, su importancia objetiva y su intensidad*”.

Tribunal de Distrito de Varsovia – Centro, órgano jurisdiccional remitente de las cuestiones prejudiciales. El objeto de la acción entablada por la entidad bancaria es el cobro de una suma de dinero derivada del incumplimiento de un contrato de crédito al consumo convenido entre las partes. Dicho contrato se celebra con el propósito de financiar la adquisición de un teléfono móvil por parte del consumidor⁵.

3. Admitida a trámite la demanda, el letrado de la Administración de Justicia del órgano remitente emite requerimiento de pago contra AB por correo ordinario, ordenándole a abonar la cantidad pactada, así como los intereses de demora, legales y las costas del procedimiento⁶. El requerimiento y la copia de la demanda son devueltos al no ser recibidos por el destinatario en la dirección que constaba como su domicilio en el contrato. Ante la imposibilidad del órgano jurisdiccional de practicar la notificación se emplaza, con arreglo a Derecho polaco, al representante del banco a que notifique por medio de un agente judicial la copia de la demanda y el requerimiento de pago, so pena de suspensión del procedimiento. Como este ulterior intento de notificación resulta igualmente infructuoso, el letrado de la Administración de Justicia ordena la designación de un defensor judicial para representar a AB –consumidor ausente– en el procedimiento, también en virtud del Derecho procesal polaco⁷.

4. El defensor judicial designado comparece en el procedimiento y presenta oposición al requerimiento de pago emitido por el banco, argumentando que este no había logrado acreditar la cuantía reclamada. Aunque señala que “*el lugar de residencia del demandado*”⁸ no se ha podido determinar, no opone declinatoria a la competencia internacional del tribunal⁹. En lo que aquí respecta y a la luz de lo anterior, es relevante destacar que el defensor sí formula una alegación sobre el fondo del asunto –argumenta que la cuantía reclamada no ha sido acreditada–, pero no se opone a la competencia del tribunal¹⁰.

5. A lo largo del procedimiento no se llega a esclarecer el domicilio actual de AB. Según las comprobaciones realizadas AB tiene su domicilio en Polonia hasta 2018, pero no se puede confirmar su situación posterior, de modo que la localidad polaca (Varsovia) que figura en el contrato entre AB y la entidad bancaria se erige como el último domicilio conocido¹¹. En este contexto, la incapacidad del tribunal que conoce del asunto para aseverar con certeza si AB ha abandonado Polonia para trasladarse a otro Estado

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (ed), *Tratado de Derecho Internacional Privado Tomo III, Tirant lo Blanch*, 2ª ed., 2022, pp. 3437-3523.

⁶ Véanse apartados 17-19 de la STJUE de 11 de abril de 2024.

⁷ De acuerdo con el artículo 144 del Código de Enjuiciamiento Civil polaco.

⁸ En los apartados 34-38 de la STJUE de 11 de abril de 2024 el Tribunal de Luxemburgo aborda la utilización alternativa de los conceptos de “residencia habitual” y “domicilio” en la determinación de la competencia judicial internacional por parte del órgano jurisdiccional remitente. El Reglamento Bruselas I bis establece el “domicilio” como el criterio general de conexión, conforme a su artículo 4.1, con el objetivo de garantizar uniformidad y evitar la proliferación de foros competentes, en línea con los principios establecidos ya desde el Convenio de Bruselas de 1968. No obstante, al no ofrecer una definición autónoma de domicilio, el Reglamento remite, a través del artículo 62, a la legislación del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. De este modo, corresponde al tribunal remitente determinar su competencia en el litigio principal, aplicando dicho concepto conforme al Derecho polaco y a los parámetros establecidos por el Reglamento. El interés de la observación preliminar es que el TJUE recuerda al tribunal remitente que ambos conceptos no son sinónimos y que no deben emplearse alternativamente.

⁹ Para ahondar en un caso en que la sumisión responde a los actos de un representante judicial nombrado sin que el demandado haya tenido conocimiento del proceso, véase J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial (Comentario a la STJUE, Sala Quinta, de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-112/13, A v B y otros)”, *La Ley Unión Europea*, Núm. 20, nov. 2014, pp. 5-14

¹⁰ Al respecto, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO “De nuevo sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I bis en supuestos de domicilio actual desconocido del demandado. Sentencia del Tribunal de Justicia 11 de abril de 2024, asunto C-183/23: Credit Agricole Bank Polska”, *La Ley Unión Europea*, Núm. 125, Junio 2024, Sección Sentencias seleccionadas.

¹¹ A propósito del momento tenido en cuenta por el TJUE en la STJUE *Commerzbank* para que opere el foro de protección del consumidor, véase P. JIMÉNEZ BLANCO, “Los riesgos procesales del cambio del domicilio del consumidor: ¿necesitan una reforma el reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano? Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, asunto C-296/20”, *La Ley Unión Europea*, noviembre 2021. Véase también, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores en el marco del Convenio de «Lugano II», a propósito de la STJUE de 30 septiembre de 2021, asunto C-296/20”, *Diario La Ley*, Núm. 10071, 2022.

miembro o regresar a su país de origen introduce un elemento de incertidumbre que plantea relevantes interrogantes sobre el régimen jurídico aplicable a la determinación de la competencia judicial¹².

6. El órgano jurisdiccional remitente contempla dos escenarios: que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro o que, por el contrario, se encuentre fuera del territorio de la Unión. En el primer caso, la determinación de las normas de competencia judicial internacional se rige por el artículo 18.2 del RB I bis, que establece que “*la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor*”. En el segundo supuesto, es decir, cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial queda sujeta a la legislación nacional del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, conforme al artículo 6 del mismo Reglamento¹³.

7. En la misma formulación de las cuestiones prejudiciales el órgano jurisdiccional remitente hace alusión a jurisprudencia previa del TJUE, en particular las sentencias *Hypoteční banka*¹⁴ y *G contra de Visser*¹⁵, que sostienen sólo es posible la aplicación de las normas nacionales de competencia si se dispone de indicios probatorios claros de que el demandado está domiciliado fuera de la UE¹⁶. En este caso, de acuerdo con lo expuesto por el tribunal remitente, se suma el hecho de que el demandado no es nacional de ningún Estado miembro pero probablemente tiene su domicilio en el territorio de un Estado miembro, lo que en opinión del órgano remitente puede añadir complejidad a la determinación de la competencia. Tal y como se abordará con posterioridad, la nacionalidad deviene irrelevante a efectos de determinar la competencia judicial internacional en el supuesto¹⁷.

8. El tribunal remitente también expresa dudas sobre si la comparecencia de un defensor judicial designado de conformidad con el Derecho polaco –la figura del *curator absentis* que garantiza la tutela judicial del demandante que no es capaz de determinar el domicilio del demandado– puede equipararse a la comparecencia del consumidor, en el sentido del artículo 26 RB I bis, de modo que ha aceptado la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. El órgano jurisdiccional remitente mantiene sus reservas sobre la posibilidad de que un defensor judicial de un consumidor ausente, cuyo domicilio no se conoce, pueda aceptar la competencia de un órgano jurisdiccional.

9. Hay un aspecto interesante sobre este extremo: el órgano jurisdiccional remitente hace alusión indistintamente al concepto de “residencia” y al de “domicilio” como si jurídicamente fueran lo mismo¹⁸. Posteriormente se valorará la observación preliminar contenida en la resolución en la que el Tri-

¹² Véanse apartados 22-23 de la STJUE de 11 de abril de 2024.

¹³ Para una visión crítica sobre la protección del consumidor europeo (en sede de ley aplicable) véase B. SCHMITZ, “Rethinking the Public Interest in Consumer Protection. A Critical Comparative Analysis of Article 6 Rome I Regulation”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, Núm. 9, 2022, pp. 210-235.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012, *G contra Cornelius de Visser*, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142.

¹⁶ Para un análisis de la STJUE de 15 de marzo de 2012 véase M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Núm. 2, pp. 356-366.

¹⁷ Recuerda el Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* 189 de 28 de julio de 1990, p. 122-179) que el criterio de la nacionalidad se ha sustituido por el del domicilio. A su vez, se amplía “(...) *el principio de asimilación a toda persona sea cual fuere su nacionalidad, que tenga su domicilio dentro de la Comunidad*”, p. 129.

¹⁸ Sobre la delimitación de los conceptos de residencia habitual y domicilio en el ámbito familiar y sucesorio, véase: L. A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, Núm. 1, 2022, pp. 422-443; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Núm. 18, 2018, pp. 469-494; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, Núm. 2, 1324-1342; C.

bunal de Luxemburgo le recuerda al órgano jurisdiccional remitente que el criterio general de conexión en el Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia judicial internacional en el supuesto de contratos celebrados con consumidores es el domicilio del demandado y no el de su residencia habitual.

10. Según el tribunal remitente permitir que un defensor judicial acepte la competencia podría contravenir el objetivo de protección reforzada de los consumidores consagrado en el Reglamento Bruselas I Bis. El tribunal no cuestiona que el defensor, designado conforme al Derecho polaco, pueda realizar los actos necesarios para que el procedimiento se sustancie y prosiga en ausencia del demandado. No obstante, plantea dudas sobre si dicho defensor puede aceptar la competencia jurisdiccional, ya que ello contradiría el artículo 18.2 del Reglamento que establece que es el consumidor quien debe ser informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o ausencia. La sustitución del destinatario de esta información —el consumidor por su defensor— podría vulnerar el objetivo del artículo 26, que es proteger al consumidor. Aunque el TJUE podría haber reiterado su jurisprudencia y abordado la segunda cuestión prejudicial, no lo hace, dado que afirma que la competencia se determina conforme al artículo 18.2 y, por tanto, la regla del artículo 26 es residual y no aplica¹⁹.

11. En este contexto, el tribunal remitente suspende el procedimiento y plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: el órgano jurisdiccional pregunta si el artículo 6.1 del RB I bis debe interpretarse en el sentido de que, cuando el último domicilio conocido, nacional de un tercer Estado y que tiene condición de consumidor, se encuentra en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto y este no logra determinar el domicilio actual del demandado ni dispone de indicios probatorios que le permitan concluir que está domiciliado en el territorio de otro Estado miembro o fuera del territorio de la Unión, la competencia para conocer del litigio viene determinada por la ley del Estado miembro al que pertenece ese órgano jurisdiccional (ley polaca). A su vez, el tribunal remitente cuestiona al TJUE si los artículos 26.1 y 26.2 del RB I bis deben interpretarse en el sentido de que la comparecencia ante un órgano jurisdiccional de un defensor judicial que ha sido nombrado por un juez, conforme a la *lex fori*, para representar a un consumidor demandado que se encuentra ausente y cuyo domicilio actual se desconoce equivale a la comparecencia de dicho consumidor ante el órgano jurisdiccional, de manera que la competencia internacional del citado tribunal que conoce del asunto quede prorrogada y se considere que existe sumisión tácita²⁰.

12. Las cuestiones formuladas plantean, de este modo, aspectos determinantes sobre la interacción entre las normas de competencia del RB I bis y las disposiciones del Derecho nacional, particularmente en situaciones transfronterizas que involucran a consumidores en una posición procesalmente vulnerable, al concurrir una situación de ausencia durante todo el procedimiento y desconocerse su domicilio. Asimismo, se aborda la cuestión de si las garantías procesales del consumidor pueden ser delegadas a un representante —el defensor judicial— designado judicialmente. El TJUE dicta la presente resolución manteniendo el equilibrio entre la protección reforzada de los consumidores dispuesto en el RB I bis y los principios de previsibilidad y eficacia procesa²¹.

I. CORDERO ÁLVAREZ, “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, Núm. 1, pp. 254-274; R. CARO GÁNDARA, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesoria”, en J. A. ROBLES GARZÓN (Coord.) *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Aranzadi, 2017, pp. 161-174; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento Sucesorio Europeo”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Núm. 19, 2015, pp. 15-35.

¹⁹ Sobre los foros de protección contenidos entre los artículos 17-19 RB I bis, véase C. VAQUERO LÓPEZ, “Mercados financieros *on line* y protección procesal de los consumidores: cuestiones de competencia judicial internacional a la luz de la decisión del TJUE en el asunto *Reliantco Investments*”, *Revista de Estudios Europeos*, Núm. 78, julio-diciembre, 2021, pp. 255-265.

²⁰ Sobre la sumisión tácita, véase M. OROZCO HERMOSO, “La sumisión tácita en el Reglamento 1215/2012 y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil: problemas de delimitación”, *La Ley Unión Europea*, Núm. 72, 31 de Julio de 2019.

²¹ Sobre la protección reforzada de los consumidores dispuesta en el Reglamento Bruselas I bis y la posibilidad de revisar

III. Mejor último domicilio conocido (en la ue) que domicilio por conocer. El último domicilio conocido del demandado como criterio de atribución de competencia

13. Antes de proceder al análisis de la respuesta dada por parte del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Distrito de Varsovia – Centro resulta de gran interés evaluar la observación preliminar realizada por el Tribunal de Luxemburgo. Tal y como se adelantaba anteriormente, el órgano jurisdiccional remitente se refiere alternativamente al “lugar de residencia” y al “lugar del domicilio” del demandado tanto en la formulación de las cuestiones prejudiciales como en la petición de decisión prejudicial²². En este sentido, el TJUE reitera que el RB I bis en su artículo 4.1 dispone que el criterio general de conexión que permite determinar la competencia internacional es el domicilio del demandado, no la residencia habitual. El TJUE recuerda que la decisión del legislador europeo de aplicar el criterio del domicilio del demandado para establecer el criterio general de conexión y no el de su residencia habitual o, simultáneamente ambos criterios, está marcada por la necesidad de evitar la multiplicación de los foros competentes²³. En tanto en cuanto ni RB I bis ni sus antecesores contienen un concepto autónomo de domicilio, el artículo 62.1 del RB I bis se remite a la ley interna del Estado miembro cuyos tribunales conozcan del asunto para determinar si, efectivamente, la parte está domiciliada o no en dicho Estado miembro²⁴.

14. En cuanto a la respuesta que ofrece el TJUE a la primera de las cuestiones prejudiciales, este interpreta el artículo 6.1 del RB I bis a la luz de sus objetivos fundamentales: presentar un alto grado de previsibilidad sobre las normas de competencia judicial internacional garantizando la uniformidad en su determinación y reforzar la seguridad jurídica y la protección de las personas domiciliadas en la Unión, de modo que sea razonablemente previsible tanto para el demandante como para el demandado ante qué órgano jurisdiccional puede demandar o ser demandado, respectivamente²⁵.

15. Según el artículo 6.1 si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá por la legislación nacional del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional, salvo en el supuesto de entablar acciones contra consumidores, que se regirá por lo dispuesto en el artículo 18.2²⁶. Sin embargo, el Tribunal subraya que la premisa para aplicar esta norma, esto es, la

algunos de sus preceptos, véase B. HESS, “Reforming the Brussels I bis Regulation: Perspectives and Prospects”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, Núm. 2021, Vol. 4, p. 11.

²² Véase M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto Lindner”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Núm. 1, pp. 345-353.

²³ Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil. Es de gran interés cómo el informe aborda las siguientes cuestiones: “¿Se debía dar en el Convenio una definición común del domicilio? ¿Debió éste tal vez ser sustituido por el concepto de residencia habitual? ¿Se debían considerar a la vez el domicilio y la residencia habitual? ¿Se debía cualificar el domicilio?” Véase el pronunciamiento sobre la determinación del domicilio: “solamente la ley interna del juez que conozca del asunto podrá determinar si el domicilio se encuentra en el territorio nacional. De esta disposición se desprende que, en caso de conflicto entre la *lex fori* y la ley de otro Estado contratante para determinar el domicilio de una parte, vencerá la *lex fori*”, p. 137. A tal respecto, cabe reiterar que la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia al Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* 1972 L 299 de 31 de diciembre de 1972, pp. 32-42), así como al Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 12 de 16 de enero de 2001, pp. 1-23) es extensible y válida al Reglamento Bruselas I Bis, siempre y cuando sus disposiciones sean equivalentes. Sobre la interpretación extensible de los conceptos equivalentes del Convenio de Bruselas y los Reglamentos “Bruselas” véase STJUE de 9 de julio de 2020, *Verein für Konsumenteninformation*, C-343/19, EU:C:2020:534. De igual manera, los comentarios sobre el Informe sobre el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1969 son también válidos en lo que respecta a la interpretación de la determinación del domicilio.

²⁴ Para un análisis sobre los requisitos de aplicación del artículo 6 del Reglamento Bruselas I bis, véase M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo. La vida después de *Schrems*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2024), Vol. 16, Núm. 2, pp. 378-402, especialmente, pp. 381-384.

²⁵ Sobre la previsibilidad véase STJUE de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, EU:C:2018:805.

²⁶ Sobre el demandado sin domicilio conocido véase el análisis dado por G. CUNIBERTI, en la sección de “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado” coordinada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 187-190.

ausencia de domicilio en un Estado miembro debe interpretarse de manera estricta. Esta interpretación estricta resulta esencial para evitar que el consumidor pierda la protección reforzada que le otorga el RB I bis, que establece una norma de competencia especial de protección a favor de los tribunales del Estado miembro en los que está domiciliado. De lo anterior se desprende que la protección reforzada que disfruta el consumidor podría quebrarse en caso de aplicar las normas de determinación de competencia del Derecho nacional²⁷.

16. En situaciones en las que se desconoce el actual domicilio del consumidor, el TJUE ha resuelto conforme a dos criterios en función de si existen indicios probatorios que permitan concluir que el demandado está domiciliado fuera del territorio de la Unión o de si no existen dichos indicios. En el primero de los casos –existen indicios de que está domiciliado fuera de la UE–, el juez nacional en virtud del artículo 6.1 del RB I bis determinará su competencia judicial de acuerdo por lo establecido en la legislación del Estado en la que esté el tribunal. En el segundo de los casos –que es el que aquí interesa–, no existen indicios probatorios que apunten a que el demandado está domiciliado fuera de la UE y tampoco se ha podido determinar el domicilio actual del demandado, por lo cual en virtud del artículo 18.2 del RB I bis, las acciones que se entablen contra los consumidores deben interponerse ante los tribunales del Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor. Esta interpretación se hace extensible y comprende igualmente el último domicilio conocido del consumidor, que en este caso tal y como obra en autos, se encuentra en Varsovia²⁸.

17. Tal y como se adelantó, al formular la petición de cuestión prejudicial el tribunal remitente se plantea si influye la nacionalidad del consumidor, puesto que se trata de un nacional de un tercer Estado. El TJUE es tajante al respecto: el criterio general de conexión que permite determinar la competencia judicial internacional es el domicilio del demandado, no el de su nacionalidad, y ello en virtud del artículo 4.1 del RB I bis, que dispone que las personas que están domiciliadas en un Estado miembro están sujetas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, independientemente de su nacionalidad²⁹. De esto se deriva que la norma de competencia judicial basada en el último domicilio conocido del consumidor demandado en el territorio de un Estado miembro se aplica con independencia de la nacionalidad del demandado. La nacionalidad, por tanto, es un criterio de conexión irrelevante en este supuesto³⁰.

18. En definitiva, la STJUE refuerza el principio de protección del consumidor al evitar que la falta de información sobre el domicilio actual del demandado dé lugar a inaplicar la norma de competencia judicial especial referida a las acciones entabladas contra los consumidores³¹. El TJUE dispone que, en ausencia de indicios probatorios concluyentes sobre el domicilio del consumidor fuera de la Unión Europea, no es posible recurrir al Derecho nacional para determinar la competencia judicial (artículo 6.1 RB I bis). En su lugar, la competencia se basa en el último domicilio conocido del consumidor en la

²⁷ Para un análisis sobre la conveniencia de que las es preciso que futuras reformas del Reglamento Bruselas I bis incorporen los conceptos que el TJUE ha creado en relación con la competencia judicial en el sector del consumo transfronterizo, véase A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2020), Vol. 12, Núm. 1, pp. 86-96.

²⁸ Este criterio se señala y desarrolla el apartado 42 de la STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypotečni banka*, C-327/190, EU:C:2011:745.

²⁹ Para un análisis del foro del domicilio del demandado, véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-Bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Núm. 1, pp. 112-138.

³⁰ No obstante, la nacionalidad puede adquirir relevancia en tanto factor probatorio para acreditar que el consumidor ha regresado a su Estado de origen, situado fuera del territorio de la UE. En tal supuesto, y siempre que existan indicios concluyentes, la competencia judicial internacional se regiría por el artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I bis. Esta distinción asegura que la protección reforzada del consumidor no se vea comprometida, salvo en casos donde su situación jurídica y fáctica lo justifique de manera evidente

³¹ Esta ficción del domicilio en el territorio de la UE a falta de indicios probatorios que concluyan que el consumidor no está domiciliado en el territorio se justifica a favor de la protección reforzada del consumidor.

Unión, lo que garantiza la seguridad jurídica, la uniformidad y la previsibilidad de las normas de competencia, elementos clave para la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE³².

IV. La comparecencia del defensor judicial del consumidor ausente a efectos de la existencia de sumisión tácita

19. En relación con la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 26 del RB I bis establece que será competente el tribunal ante el cual comparezca el demandado, siempre que la comparecencia no esté destinada a impugnar la competencia y no exista una norma de competencia exclusiva. En materia de consumidores, el apartado 2 del artículo 26 introduce una salvaguarda adicional: el tribunal debe asegurarse de que el consumidor –parte débil del contrato– haya sido informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias tanto de su comparecencia como de su ausencia en el procedimiento³³.

20. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente desea obtener un criterio interpretativo válido que le permita discernir si es equivalente la comparecencia del defensor judicial nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia conforme al Derecho polaco a la del consumidor. De ser equivalente, la comparecencia podría prorrogar la competencia del tribunal.

21. El tribunal remitente señala que el defensor judicial fue designado conforme al Derecho polaco para garantizar la tutela judicial efectiva del banco demandante, dada la imposibilidad de localizar al consumidor. Sin embargo, el TJUE advierte que el objetivo principal del artículo 26.2 es proteger los derechos del consumidor como parte débil del contrato, asegurando que reciba información suficiente para impugnar la competencia si lo así lo estima conveniente³⁴. El órgano jurisdiccional remitente también destaca que permitir que el defensor judicial acepte la competencia del tribunal podría contradecir el propósito del Reglamento de garantizar una protección reforzada al consumidor³⁵.

22. El TJUE considera excluida la cuestión de la prórroga de la competencia derivada de la comparecencia del consumidor demandado o, en este concreto asunto, el de su defensor judicial. Ello se debe a que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto basa su competencia en el artículo 18.2 del RB I bis como tribunal del último domicilio conocido del consumidor, al no haberse determinado el domicilio actual del demandado y al no existir indicios concluyentes de que el demandado se encuentre domiciliado fuera del territorio de la Unión. Por este motivo, el TJUE no responde a la segunda de las preguntas que se le formula. En tanto en cuanto la competencia del órgano que conoce del asunto se basa en el artículo 18.2, no es necesario entrar a valorar la posibilidad de que la competencia se establezca en virtud del artículo 26 RB I bis.

³² Véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, S. SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *REDE*, Núm. 48, 2013, pp. 9-35, especialmente sobre los foros de protección: pp.13-18.

³³ Véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Comentario al artículo 26” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTEIRO MURIEL, J. P. PÉREZ LLORCA, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 579-590.

³⁴ Sobre el fundamento de protección del consumidor, véase R. EVANGELIO LLORCA, “El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm.20, febrero 2024, pp. 870-909.

³⁵ El órgano jurisdiccional remitente distingue la situación del litigio del que trae causa la petición de cuestión prejudicial de la doctrina establecida en la sentencia *Hendrikman y Feyen* (C-78/95), según la cual la comparecencia de un representante designado irregularmente no equivale a la aceptación de la competencia. En el presente asunto el nombramiento del defensor judicial que representa al consumidor-demandado y que permite que el procedimiento continúe sin conocimiento del mismo, lesiona su derecho de defensa, pero de manera justificada en tanto en cuanto garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, ya que por razones ajenas a su voluntad no ha podido acreditarse el domicilio del demandado. Este equilibrio entre derechos del demandado y demandante está desarrollado en la STJUE de 2 de abril de 2009, *Gambazzi*, C-394/07, EU:C:2011:745.

23. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo podría haber optado por responder a la pregunta, aportando criterios de interpretación ya fijados en su jurisprudencia³⁶. En tal sentido hay que advertir que las cuestiones procesales se regulan conforme al Derecho del foro (*lex fori*) y ello puede comportar que, conforme a Derecho polaco, el procedimiento judicial pueda continuar en ausencia del demandado en aras de garantizar la tutela judicial del demandante por medio de un defensor judicial nombrado al efecto por el Letrado de la Administración de Justicia. No obstante, la comparecencia de dicho defensor judicial sí puede ser valorada, de manera autónoma y con unas implicaciones diferentes, desde la óptica del RB I bis con el fin de determinar si, a efectos del artículo 26 RB I bis, el demandado se encuentra en rebeldía y, por lo tanto, no procede estimar una prórroga de la competencia por medio de la sumisión tácita³⁷. A su vez, aunque no es una cuestión que aquí se plantee, la situación procesal de rebeldía del consumidor podría erigirse en una posible causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución dictada en el litigio principal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 45.1.b) RB I bis (denegación del reconocimiento) y en el artículo 46 (denegación de la ejecución).

V. Conclusiones

24. En un contexto marcado por la incertidumbre sobre el domicilio del consumidor demandado, la resolución refuerza la primacía de las normas uniformes de la Unión Europea y asegura la protección procesal de la parte más débil en contratos transfronterizos. El análisis del TJUE evidencia una aplicación estricta de los principios de equivalencia y efectividad. Estos principios aseguran que las normas procesales nacionales no vulneren los derechos otorgados por el Derecho de la Unión, especialmente la protección reforzada de los consumidores en litigios transfronterizos. Además, se garantiza la efectividad del Reglamento al interpretar el concepto de domicilio de manera flexible, permitiendo que los tribunales de la Unión tengan atribuida la competencia judicial internacional cuando no sea posible determinar el domicilio actual del consumidor y no haya indicios probatorios que apunten a que el domicilio del demandado se encuentra fuera del territorio de la Unión.

25. El TJUE reafirma, así, la importancia del artículo 18.2 del RB I bis como piedra angular de la protección del consumidor en litigios transfronterizos cuando el cocontratante entabla acciones contra la parte débil. Al interpretar este artículo en combinación con el artículo 6.1, el TJUE destaca que la competencia debe basarse en el último domicilio conocido del consumidor. Esta solución evita la aplicación de normas nacionales que podrían debilitar la posición procesal del consumidor. La postura adoptada por el Tribunal de Luxemburgo garantiza que los derechos procesales otorgados por el RB I bis, especialmente reforzados en el caso de los contratos de consumo con elementos internacionales, no dependan de otros criterios de conexión, como la nacionalidad o de otros factores, como la disponibilidad de información actualizada sobre el domicilio actual³⁸.

26. La decisión del Tribunal también subraya el objetivo de previsibilidad que subyace en el RB I bis. Al priorizar el criterio del último domicilio conocido del consumidor el TJUE garantiza que las partes puedan prever razonablemente el tribunal competente, incluso en casos de ausencia o de desconocimiento del domicilio del demandado. Esta previsibilidad es crucial para fomentar la confianza en los sistemas judiciales de los Estados miembros y promover la libre circulación de resoluciones judiciales dentro de la Unión. Además, la sentencia refuerza el principio de eficacia judicial al limitar

³⁶ Véase STJUE de 11 de abril de 2019, *RyanAir DAC*, asunto C-464/18, ECLI:EU:C:2019:311.

³⁷ A propósito de cuándo opera la sumisión tácita en contratos de consumo, véase A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2010 (BILAS: asunto C-111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Núm. 2, pp. 236-241.

³⁸ Sobre los retos que plantean los nuevos patrones de consumo y cómo debe reaccionar el Derecho internacional privado, véase B. AÑOVEROS TERRADAS, “E-commerce and Consumer Protection in Integrated Markets”, en V. RUIZ ABOU-NIGM y M. B. NOODT TAQUELA, *Diversity and Integration in Private International Law*, *Edinburgh University Press*, 2019, pp. 231-251.

la posibilidad de aplicar normas nacionales que podrían dar lugar a conflictos de competencia, debido a la ausencia de indicios probatorios concluyentes de que el demandado se encuentra domiciliado fuera del territorio de la Unión. La interpretación estricta del artículo 6.1 asegura que las reglas uniformes del Reglamento prevalezcan en situaciones transfronterizas, consolidando así un marco procesal coherente en todo el territorio de la Unión, si bien lo cual la STJUE también reitera que el litigio principal del que esta resolución trae causa se rige por las normas procesales del foro, lo que no obsta a que se nombre un defensor judicial para representar al demandado en caso de desconocerse su domicilio actual.

27. La sentencia en el asunto C-183/23 se suma a una línea jurisprudencial consolidada que busca equilibrar los principios de seguridad jurídica, eficacia procesal y protección de los consumidores en el marco del Derecho internacional privado. Decisiones anteriores como las sentencias *Hypoteční banka* y *G de Visse* ya habían establecido criterios clave sobre la competencia judicial en casos de domicilio desconocido. Sin embargo, esta sentencia aporta claridad adicional al extender dichos principios a consumidores no nacionales de la UE y al recordar el TJUE de manera tajante que la nacionalidad es un criterio de conexión irrelevante para determinar la competencia en el caso de acciones contra consumidores³⁹.

28. La ausencia de respuesta por parte del TJUE a la segunda de las cuestiones prejudiciales se debe a que, una vez determinada la competencia en virtud de la regla de competencia del artículo 18.2 RB I bis, el artículo 26 RB I bis no opera por su carácter subsidiario. Sin embargo, con respecto a la valoración de la comparecencia del defensor judicial, nombrado con arreglo a Derecho procesal polaco, a efectos de determinar si existe sumisión tácita, aventuramos que la posible respuesta del Tribunal de Luxemburgo, de haberse materializado, habría ido encaminada a reiterar que la comparecencia del defensor judicial en nombre del consumidor demandado no equivale a la personación del consumidor a efectos de prorrogar la competencia del tribunal, en tanto en cuanto son los consumidores los que de manera explícita deben ser informados de los derechos que les asisten, esto es, impugnar la competencia del tribunal y comparecer o no. El defensor judicial no puede sustituir esta obligación de información, pues equivaldría a una violación de los derechos procesales del consumidor. En definitiva, si bien el nombramiento de un defensor judicial puede ser necesario para garantizar la tutela judicial efectiva del demandante, ello no debe comprometer las garantías procesales del consumidor. Permitir que un defensor judicial acepte la competencia del tribunal sin la intervención directa del consumidor podría debilitar la protección que este último tiene derecho a recibir en aplicación del RB I bis⁴⁰.

³⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación de consumo y derecho internacional privado desarrollos recientes”, en E. PÉREZ VERA, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, M. GUZMÁN ZAPATER, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, M. GUZMÁN PECES (eds.) *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, 2020, pp. 207-221.

⁴⁰ Sobre los procedimientos en materia de consumo transfronterizo, véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Reclamaciones en materia de consumo transfronterizo”, en L. M. GARCÍA GARCÍA (coord.), A. DE LEÓN ARCE (dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, 3ª ed. 2016, pp. 2807-2840.

Transport of Human Reproductive Samples and Regulatory Security Controls Systems in EU Airports

El transporte de las muestras reproductivas humanas y la regulación de los controles de seguridad en los aeropuertos de la UE

MARIO MONACO

*Profesor Asociado de Derecho mercantil
Universidad de Córdoba. España*

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2025.9404

Abstract: The singularity of transporting human reproductive biological material continues to grow due to the effectiveness of cryo-preservation techniques that allow transportation of gametes and embryos through different means. While other places lack specific protocols on the matter, security controls at the airports are quite systematized. The analysis of regulation on this sector represents an unavoidable need in view of being able to guarantee the quality and clinical security of these shipments and circulation in a safe environment. In this area, the guidelines are set by international regulatory provisions which constitutes the reference on the matter and whose implementation has not produced uniform results. The subject is in continuous evolution and interpretation also depending on the development of science and technology.

Keywords: Embryo, gametes, transport, airport regulation, security control.

Resumen: La singularidad del transporte de material biológico reproductivo humano es un fenómeno que sigue creciendo debido a la eficacia de las técnicas de crio-preservación las cuales permiten el transporte de gametos y embriones por diferentes medios. Mientras en otros lugares faltan protocolos específicos al respecto, los controles de seguridad en los aeropuertos están bastante sistematizados. El análisis de la regulación sobre este sector representa una necesidad ineludible en vista de poder garantizar la calidad y seguridad clínica de estos envíos y la circulación en un entorno seguro. En este ámbito, las pautas vienen marcadas por disposiciones regulatorias internacionales que constituyen la referencia en la materia y cuya implementación no ha producido resultados uniformes. El tema está en continua evolución e interpretación dependiendo también del desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Palabras clave: Embrión, gametos, transporte, regulación aeroportuaria, control de seguridad.

Summary: I. Paragraph: Introduction. II. Paragraph: Reproductive Samples and Transport: An International Well-Regulated and Actual Discipline. III. Paragraph: The European Union Tissue and Cell Directives (EUTCD) Establishing Safety and Quality Standards for the Distribution of Human Cells and Tissues. IV. Paragraph: The Control System for Cryogenic Containers of Human Reproductive Samples at EU Airports. V. Paragraph: Conclusion.

I. Introduction

1. In the last decade, the encouraging results in reproductive medicine due to cryo-preservation by vitrification of human gametes and embryos -which allows them to be kept at a temperature that preserves all their characteristics during transport- have contributed to increase the experience of transporting samples in a considerable increasing way¹.

2. The shipment of human reproductive material, confined in cryogenic containers², may be performed by air, land (wheel or rail) or sea, depending on distance and destination. It is obvious that in some sensitive areas (such as airports³, railway stations, administrative or judicial buildings) security control equipment is performed. In general, regarding of persons, the examinations are carried out using metal detectors and objects are inspected mainly by X-ray machines; however, regardless of the ethical debate about the consideration of reproductive samples (as people, things or *tertium genus*)⁴ and their different rights and considerations, the consequences of exposure to ionizing irradiation could be deleterious for their eventual future development⁵.

3. X-ray screening of luggage was introduced since 1973 in New York airports (Magnet and Rodgers, 2012)⁶. However, at airports, containers are now often inspected by alternative methods other than X-ray exposure in order to avoid such inconveniences; for this purpose, there are standards and regulations that establish criteria for the exemption of sources of ionizing radiation⁷ and that are provided through specific operating procedures which include prior communication and authorization of its use. These procedures are also applied to certain sensitive medications, biological tissues, or blood products, among others.

4. However, assisted reproduction technology (ART) clinics - in agreement with dedicated couriers - select sometimes land shipment to carry out the transfers, which often includes the use of high-speed trains or small trucks for short-radius routes, since a reduction of survival chances or alteration thereof has been observed compared to samples transported by aircraft⁸, probably due to the latter being subjected to significant pressure changes

¹ L. A. RINEHART, "Storage, transport, and disposition of gametes and embryos: legal issues and practical considerations", *Fertility and Sterility*, vol. 115, 2021, n° 2, pp. 274-281.

² J. S. ROWLINSO, *Sir James Dewar, 1842-1923: a Ruthless Chemist*, Routledge, 2016. The containers are called Dewars, whose names origin from (Sir) James Dewar, known for being the inventor of this type of transport containers which are internally covered by a porous material that absorbs nitrogen vapours and maintains the temperature stable at -196 Celsius.

³ R. ABEYRATNE, 'Carriage of Dangerous Goods by Air', *Air Navigation Law*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2012, pp. 175-194.

⁴ M. MONACO, *El régimen jurídico sobre el transporte de células y tejidos reproductivos humanos: perspectiva internacional y de Derecho comparado entre España e Italia*, PhD thesis, Universidad Pablo de Olavide, 2023, who offers an extensive chapter on this *vexata quaestio*.

⁵ K. T. GLOOR, D. WINGET AND W. F. SWANSON, "Conservation science in a terrorist age: the impact of airport security screening on the viability and DNA integrity of frozen felid spermatozoa", *Journal of zoo and wildlife medicine*, vol. 37, 2006, n° 3, pp. 327-335: "Findings suggest that new airport security measures may cause radiation-induced damage to frozen spermatozoa and other valuable biologic samples transported on passenger aircraft and that alternative modes of sample transportation should be used whenever possible". K. E. HENDRICKS, L. M. PENFOLD, D. P. EVENSON, M. T. KAPROTH, AND P. J. HANSEN, "Effects of airport screening X-irradiation on bovine sperm chromatin integrity and embryo development", *Theriogenology*, vol. 73, 2010, n° 2, pp. 267-272, who stated that the fertilizing ability of sperm may be damaged by repeated exposure to irradiation employed in airport security X-ray machines on checked luggage.

⁶ S. MAGNET, T. RODGERS, "Stripping for the state: Whole body imaging technologies and the surveillance of othered bodies", *Feminist Media Studies*, vol. 12, 2012, n° 1, pp. 101-118.

⁷ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1998 of 5 November 2015 laying down detailed measures for the implementation of the common basic standards on aviation security (4. passengers and cabin baggage) amended by the Commission Implementing Regulation (EU) 2023/566 of 10 March 2023 as regards certain detailed measures for the implementation of the common basic standards on aviation security.

⁸ P. CAMPOS LOZANO, E. SÁNCHEZ CHIVA, A. COELLO PERLES, V. VALLEJO, J. SERRANO DE LOS SANTOS AND A. COBO, "¿Existe relación entre el medio de transporte y los resultados clínicos en los ciclos de FIV realizados con ovocitos trasladados?", *Revista de Embriología Clínica y Biología de la Reproducción*, ASEBIR, vol. 24, 2019, n° 2, pp. 11-14. L. PARMEGIANI, A. M.

5. Specific regulations on the exemption of X-rays for biological material vary by country with the exception of airport areas, as well as the body that manages these types of controls. And while health organizations and professionals recommend following strict guidelines to ensure that biological materials are handled safely and protected from harm during inspection procedures, there is still no specific uniform regulation on the matter.

II. Reproductive Samples and Transport: An International Well-Regulated and Actual Discipline

6. For transportation of general biological samples and human reproductive ones, there are different recommendations that pursue the objective of avoiding risks for anybody involved in the process, the environment, and the rest of the public in general⁹. Although the means of transport differs, the recommendations and existing regulations become from the very same source: the proposals of the World Health Organization (WHO) adopted by the United Nations (UN) and their respective international transport organizations¹⁰. For this purpose, as basic provisions to achieve the harmonization of the various national and international regulations, a set of minimum common requirements must be considered to transport any goods safely, including possibly infectious substances.

7. States are compelled to adhere to the “Instructions” and required to collaborate with the aim of aligning aeronautical regulations according to ICAO principles in order to guarantee regulatory standardization on a global scale. In EU, the European Union Aviation Safety Agency (EASA), originally established with Regulations (EC) 1592/2002 (derogated), is now disciplined by Regulations (EU) 2018/1139 on common rules in the field of civil aviation which ensure that Member States fulfil the obligations laid down in the Chicago Convention in a uniform manner.¹¹

8. There are nine hazard classes determined by UN classification of dangerous goods which are used for all ways of transport. The requirements for the safe handling of dangerous goods identify a limited list of those substances which are unsafe to carry in any circumstances and then show how other potentially dangerous articles or substances can be transported safely.

Likewise, according to the classification of dangerous goods and all transport regulations (by air, road, railway, or sea), what may be concerned with human samples is mentioned in Class 6, Division 2 (Infectious Substances), and in Class 9 (Miscellaneous), namely dry ice. The shipper is responsible for determining whether the material distributed may be considered as a dangerous goods and subject to regulatory control; in that case the package guidelines according to IATA Packing Instructions must be followed¹².

9. However, in general, human reproductive samples are not considered as dangerous ones; they constitute gametes that are collected directly from humans or in vitro created embryos for the purpose of ART treatments, research, or diagnosis. Only if the patient’s sample contains pathogens capable of causing disease, they are defined as hazardous substances.

MACCARINI, A. RASTELLINI, S. BERNARDI, E. TROILO, A. ARNONE, S. LANZILOTTI AND M. FILICORI, “Oocyte vitrification/storage handling/transportation/warming, effect on survival and clinical results in donation programmes”, *Current Trends in Clinical Embryology*, vol. 4, 2017, n° 2, pp. 34-40.

⁹ K. GROVIER, “The woman who crawled into an X-ray machine” (2018 February 23) BBC News <<https://www.bbc.com/culture/article/20180223-the-woman-who-crawled-into-an-x-ray-machine>>.

¹⁰ In particular, the UN CETDG, the Universal Postal Union (UPU), the International Civil Aviation Organization (ICAO) and the International Air Transport Association (IATA), as well as the respective regulations: Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road (ADR), the International Carriage of Dangerous Goods by Rail (RID) and The International Maritime Dangerous Goods (IMDG) Code.

¹¹ P. C. CACCIABUE, I. ODDONE AND I. RIZZOLO, *Sicurezza del trasporto aereo*, Milano, Springer-Verlag, 2010.

¹² IATA Packing Instruction 650, <<https://www.iata.org/contentassets/b08040a138dc4442a4f066e6fb99fe2a/dgr-62-en-pi650.pdf>>.

Therefore, unless otherwise indicated, human reproductive samples are those in which the chances of the presence of pathogens turns out to be very low or minimal¹³ and, thus, excluded from classification as infectious substances

To determine whether a sample can be classified under this definition (and therefore dispensed), a solid professional opinion is required, based on a medical history and the endemic and individual circumstances surrounding its origin. For this purpose, the indication: “Exempt human specimen” must be always placed on the outer layer of the packaging¹⁴.

10. On the other hand, as regards to cryogenic containers that transport human reproductive samples, the main aspect that should be resolved for the purpose of transport is whether they constitute a risk and therefore considered as dangerous goods since, while transporting materials containing biological agents at very low temperatures, there might be a possibility that exposure to the material could be harmful for people and the environment.

As already mentioned, only dry ice is considered dangerous goods under Class 9. However, for the transfer of reproductive human samples dryshippers containers are widely used where nitrogen vapours are completely absorbed in a porous material¹⁵ ensuring that it is kept within the walls of the packaging, without chance of harmful effects.

Accordingly, unlike dry ice and free liquid nitrogen containers, dryshippers are not subject to any other dangerous goods requirements and maintain the safe conditions for transport in aircraft cabins even with the extremely low temperatures they provide.

11. The container, properly marked and labelled, indicates these characteristics and the presence of samples inside¹⁶ and the following circumstances are addressed:

- a) have primary receptacle that contain the substance to be transported, which must be leak or spill-proof and present the appropriate label that illustrates its contents. Several primary receptacles may be placed in a single secondary container.
- b) The second container encloses and protects the receptacles, and it embraces absorbent material; it must be waterproof and airtight (or spill-proof); and
- c) a third outer package will protect the secondary container from material damage during transport. Therefore, it has to be adequately resistant to weight, size and composition of the inner ones, in order to guarantee their protection. Documentation of the samples, and other types of information that identifies or describes them, will be placed between the secondary container and the external one¹⁷.

III. The European Union Tissue and Cell Directives (EUTCD) Establishing Safety and Quality Standards for the Distribution of Human Cells and Tissues

12. It is unquestionable that the transfer of cryopreserved reproductive samples need to be exhaustively documented¹⁸; in this medical sector characterized by strong growth, since 2004 the EU

¹³ Directive 2000/54/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the protection of workers from risks related to exposure to biological agents at work (seventh individual directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC), art. 2, which classified biological agents into four risk groups, according to their level of risk of infection.

¹⁴ V. Reviakina, M. M. Panizo “Transporte de muestras biológicas para su análisis en el laboratorio de microbiología”, *Revista de la Sociedad Venezolana de Microbiología*, vol. 39, 2019, n° 1/2, pp. 4-14.

¹⁵ G. GANDHI, G. ALLAHBADIA, S. KAGALWALA AND M. MADNE, “Nitrogen Vapor Shipment of Vitrified Cells: Challenges, Caution, and Emerging Opportunities” in G. ALLAHBADIA, M. KUWAYAMA AND G. GANDHI (eds.), *Vitrification in Assisted Reproduction: A User’s Manual*, New Delhi, Springer, 2014, pp. 79-88.

¹⁶ World Health Organization, Guidance on regulations for the transport of infectious substances 2021-2022 24: “6.5.4 Dry Shippers”.

¹⁷ World Health Organization, Guidance on regulations for the transport of infectious substances 2021-2022 16 cit.: “6.1. A Basic Triple Packaging System”.

¹⁸ M. GROSSMANN I CAMPS, M. V. HURTADO DE MENDOZA ACOSTA, M. BOADA I PALÀ AND M. C. PONS GATELL, “Embriones

institutions have been forced to implement new standards that led to the creation of a true *corpus iuris* of rules, also called “The European Union Tissue and Cell Directives” (EUTCD)¹⁹ which is made up of six Directives and provides the legal framework defining the safety and quality standards for tissues and cells and the provisions applicable to their transport among Member States and with third countries too.

13. Adopted by the European Parliament and the Council, the Directive 2004/23/EC (also known as the “mother Directive”)²⁰ had being brought into force by all Member States through the laws, and administrative provisions necessary to incorporate it; accordingly, Member States ensure that all tissues and cells procured, processed, stored, or distributed on their territory may be traced from the donor to the recipient and vice versa.

14. The TE must guarantee the quality of tissues and cells intended for human applications during transportation and delivery²¹. When tissues or cells are shipped by an intermediary, labelling system guarantees compliance with specific requirements related to its information or references which include a document that provides the sending TE details, a contact person in the event of problems, the clinic of destination and the person to be contacted to receive the container, the time and date of delivery and relevant specifications concerning conditions of transport to maintain the safety and quality of the tissues and cells.

15. Shipping is executed through packages suitable for transport of biological materials. The container shall minimize any risk of contamination for those responsible of storage, packaging and transportation, and low temperatures must preserve their characteristics and biological function. The following indication “Tissues and Cells”, “Handle with Care”, “Do Not Irradiate” must be place in the label. Only in case cells or tissues test are positive for any infectious disease marker, they must be identified as dangerous samples (“biological hazard”)²²

Therefore, when the samples are already inside the container with the documentation well located within the protective structure, the sending TE seals the package with a consecutively numbered flange and the outer container with another numbered flange; the aim is to ensure that the packaging and its contents may not be manipulated at any time²³. However, a couple of more numbered flanges are usually included in case -at some point during the transportation- the authorities decide to open the

humanos criopreservados: Traslado entre centros de reproducción asistida”, *Revista Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción*, vol. 17, 2012, nº 1, pp. 5-11.

¹⁹ According to the definition of the European Society of Human Reproduction and Embryology, ‘ESHRE position paper on the EU Tissues and Cells Directive EC/2004/23’ (2007) <<https://www.eshre.eu/-/media/sitecore-files/Guidelines/Guidelines-Position-Papers/Tissues-and-cells-directive.pdf?la=en&hash=330CC230E81E5ABC073B655E30C5C5231B01F092>>. Cfr. P. MYINT, *Legal Framework for international operation of tissue banks. Legal Basis of Global Tissue Banking: A Proactive Clinical Perspective*, Singapore, World Scientific, 2015, pp. 13-30. K. HOEYER, “An anthropological analysis of European Union (EU) health governance as biopolitics: the case of the EU tissues and cells directive”, *Social Science & Medicine*, vol. 70, 2010, nº 12, pp. 1867-1873. About the name “technical directives”, cfr. G. M. HARTSHORNE, “Challenges of the EU ‘tissues and cells’ directive”, *Reproductive biomedicine online*, vol. 11, 2005, nº 4, pp. 404-407.

²⁰ E. PORTA, D. FEHILY, F. BARIANI AND A. N. COSTA, “Ensuring safety and quality of tissues in Italy: application of European directives”, *Transplantation proceedings*, vol. 42, 2010, nº 6, pp. 2197-2199.

²¹ Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, arts. 2(k) and 23.

²² Commission Directive 2006/17/EC of 8 February 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards certain technical requirements for the donation, procurement and testing of human tissues and cells, art. 5 and Annex IV cell and/or tissue donation and procurement procedures and reception at the tissue establishment. Commission Directive 2006/86/EC of 24 October 2006 implementing Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council as regards traceability requirements, notification of serious adverse reactions and events and certain technical requirements for the coding, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, Annex II.

²³ Cfr. United States District Court, S.D. Florida, *Desiree Luccio & Reed Frerichs v UPS*, co., Case No. 9:16-CV-81703-RLR. The case is about a lawsuit against a courier company since the embryos of the plaintiff were destroyed when an employee of the company opened the container in which they were located.

container for observation and verification; in these circumstances, it gets sealed again with the new numbered flanges and this situation need to be documented in writing²⁴

16. According to Member State health authorizations based on exhaustive regulations, the TE prepares and organizes all the procedures for the samples transport which must be carried out according to standardized operating procedures (SOP). In detail, SOP meticulously describe the chronological and sequential succession of the operations through a set of instructions and procedures to follow to carry out the transfer of the samples, according to the type of cell or tissue that is the object of the same²⁵.

17. When a TE involves a dedicated courier, it is required to establish written agreements between them since the latter provide services (container handling and transportation) that may affect the quality and safety of the tissues and/or cells already processed. Prior to signing framework agreements, the ET evaluates and selects those dedicated couriers based on their capacity to meet the standards laid down in the EUCTD.

In some Member States, transposition included further aspects like contract details about the responsibilities of each party and the description of the processes based on SOPs which specify exhaustive protocols²⁶.

18. Directive 2004/23/EC is especially characterized for its complexity and longevity, since it is still in force today, highlighting the rigorous work that reached a common consensus over the years.

However, in July 2024, the Regulation on standards of quality and safety for substances of human origin intended for human application entered into force and Directive 2004/23/EC will be repealed from August 7, 2027²⁷.

IV. The Control System for Cryogenic Containers of Human Reproductive Samples at EU Airports

19. Since human reproductive samples conditions of transport, obligations, and responsibilities from their origin (obtaining, extraction) to destination are therefore clearly regulated in the EU, it is necessary to analyse the rules that allows the transport of human reproductive samples by air and therefore the alternative control systems to avoid the X-ray ionizing irradiation in airports, which is harmful for gametes and embryos.

20. In Europe, the transport of dangerous goods by air is regulated by various Regulations that establish the requirements and safety measures necessary to guarantee the protection of people and the environment. Like in most countries, the issue is first addressed in Annex 18 of the Chicago Convention based on the United Nations Recommendations on the Transport of Dangerous Goods, coordinated by the Economic and Social Council Committee (ECOSOC) of Experts on the Transport of Dangerous Goods, also called the “UN Orange Book”, the ICAO “Instructions” and IATA Dangerous Goods Regulations.

²⁴ F. GUIJARRO PONCE, “Traslados nacionales e internacionales de gametos y embriones. Aspectos técnicos y legales”, *Inter disciplina*, vol.10, 2022, n° 28, pp. 233-251.

²⁵ M Schenk, B Huppertz, B Obermayer-Pietsch, D Kastelic, M Hörmann-Kröpfl and G Weiss, ‘Biobanking of different body fluids within the frame of IVF-a standard operating procedure to improve reproductive biology research’ (2017) *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 34 283-290.

²⁶ In Spain, Real Decreto-ley 9/2014, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humano, art. 23. In Italy, Decreto Legislativo 6 novembre 2007, n. 191, Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, art. 24(4).

²⁷ Document 32024R1938 Text Document information Procedure Up-to-date link Permanent link Download notice Save to My items Create an email alert Create an RSS alert 17/07/2024 Legal act Regulation (EU) 2024/1938 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on standards of quality and safety for substances of human origin intended for human application and repealing Directives 2002/98/EC and 2004/23/EC, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1938/oj/eng>.

21. In the EU, without prejudice to the adoption of stricter rules that each Member State may implement with respect to the common basic standards, there are two basic rules on the matter: Regulation (EC) No 300/2008 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2008 on common standards for civil aviation security and repealing the Regulation (EC) No 2320/2002, and Regulation (EC) No 272/2009 of 2 April 2009, supplementing the common basic rules on civil aviation security set out in the Annex to Regulation (EC) No 300/2008 of the European Parliament and of the Council and the Implementing Regulation (EU) 2015/1998 of the Commission of 5 November 2015, establishing detailed measures for the implementation of the common basic aviation safety standards (consolidated version).

22. Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1998 (amended by the Commission Implementing Regulation (EU) 2023/5669 lays down detailed measures for the implementation of the common basic standards on aviation security. Accordingly, cabin baggage shall be screened by at least one of the following methods: hand search which consist of a manual check of the baggage, including its contents, as to reasonably ensure that it does not contain prohibited articles; x-ray equipment; explosive detection systems (EDS) equipment²⁸; automated prohibited items detection (APID) software in combination with EDS equipment; explosive detection dogs in combination with point hand search; explosive trace detection (ETD) equipment which has become a key technology in civil aviation security screening processes in Europe and the ultimate method for human biological samples.

23. Finally, where screeners may not determine whether the hand luggage contains any prohibited articles, must be rejected, or rescreened until complete satisfaction. The screening of cabin baggage has also to be subjected to the additional provisions laid down in Commission Implementing Decision C(2015) 8005.

V. Conclusion

24. Over the years, the use of systematic controls in sensitive areas has turned to be a practice that Rachel Hall (2007)²⁹ has named as ‘aesthetics of transparency’: uncritically, security is equated with ‘visibility’, which pertains indeed to the personal luggage, and ultimately to the human body itself too. A screening solution has to be accurate, but also publicly acceptable; therefore, security screening to inspect persons and cabin baggage requires more sophisticated technology different than scanners and ionizing irradiation controls.

25. Technical and scientific progress in the field of security inspections offers elements that ensure effective and safe control as well in the absence of X-ray machines. Furthermore, technical specialization and quality controls may speed up the process and avoid ambushes at the security controls. For human reproductive samples, alternative methods manual check may be accompanied by other means like electronic signatures, credential readers, and features within Artificial Intelligence (AI) approaches like ETD Machine learning,³⁰ etc. in order to take accurate and persistent decisions. It is certain that technological advances must be accompanied by checks and approvals from responsible entities to ensure regulatory compliance and general safety. However, given the current state of technology and discipline in the matter, it is not difficult to compare airports with other sensitive areas and apply those established control methodologies, similarly, avoiding ionizing scanners routinely.

²⁸ S. SINGH, M. SING, “Explosives detection systems (EDS) for aviation security”, *Signal processing*, vol. 83, 2003, n° 1, pp. 31-55.

²⁹ R. HALL, “Of Ziploc bags and black holes: The aesthetics of transparency in the War on Terror”, *The Communication Review*, vol. 10, 2007, n° 4, pp. 319–346.

³⁰ K. C. TO, S. BEN-JABER AND I. P. PARKIN, “Recent developments in the field of explosive trace detection”, *ACS nano*, vol. 14, 2020, n° 9, pp. 10804-10833.

26. In accordance with the regulations presented above, there are clear regulated exemptions related to human reproductive samples in the airports; it is therefore recommended that ETs and dedicated couriers prepare and present labels that specify the immunity (“X-ray exempt”), the characteristics of the containers and the material transported according to the discipline for each type of transport. Couriers need to be specialized in the matter too with specific knowledge over materials and the procedures.

27. The growing interrelation of the current and globalized world requires coordinated responses in the field of transport also to facilitate the development of intramodality with an operational and regulatory coherence that responds to the current needs of the logistics labour and which, today, represents a peremptory necessity for service companies. It is necessary to update the control system as much as possible to meet the needs for security in transport, assuming investments which may contribute to save social costs in terms of assistance especially in ART which is mandatory in a continent with a clear demographic decline.

International Jurisdiction in Diesel Emissions Claims under the Brussels Ibis Regulation

La giurisdizione internazionale nelle controversie sulle emissioni Diesel in base al Regolamento Bruxelles Ibis

REBEKKA MONICO

*Researcher in International Law
University of Insubria, Italy*

Recibido: 23.12.2024 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9375

Abstract: The broke of the Dieselgate in the Unites States in September 2015 gave rise to a multitude of cross-border claims brought by the final purchasers/consumers against the car and engine manufacturers involved in the emissions scandal. The article examines which rules on jurisdiction laid down in Regulation 1215/2012 apply to cross-border Dieselgate-related claims with particular regard to the interpretative issues which arise with regard to the *forum delicti* under Art. 7 n. 2 of the Brussels Ibis Regulation.

Keywords: Dieselgate, international jurisdiction, Brussels Ibis Regulation, place of the event giving rise to the damage, place of the damage.

Riassunto: Lo scoppio del Dieselgate negli Stati Uniti nel settembre 2015 ha dato luogo a una moltitudine di controversie transfrontaliere esperite dagli acquirenti/consumatori finali nei confronti delle case automobilistiche e dei fabbricanti dei motori coinvolti nello scandalo delle emissioni. L'articolo esamina quali norme sulla giurisdizione contenute nel Regolamento 1215/2012 siano applicabili alle cause transfrontaliere connesse al Dieselgate con particolare riguardo alle questioni interpretative che sorgono relativamente al *forum delicti* di cui all'Art. 7 n. 2 del Regolamento Bruxelles Ibis.

Parole chiave: Dieselgate, giurisdizione internazionale, Regolamento Bruxelles Ibis, luogo del fatto generatore del danno, luogo del danno.

Summary: I. Introduction. II. International jurisdiction under Regulation 1215/2012 in Dieselgate claims. III. The *forum delicti* under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012. IV. The place of the event giving rise to the damage. V. The place of the damage. VI. Conclusion.

I. Introduction

1. Some years before the eruption of the Volkswagen Diesel emissions scandal (“Dieselgate or Emissionsgate”), the European Commission’s Joint Research Centre (JRC) signalled significant discrepancies between car nitrogen oxide (NOx) emissions under laboratory conditions and those observed on the road¹. The Dieselgate began on 18 September 2015 when the United States Environmental Protec-

¹ M. WEISS, P. BONNEL, R. HUMMEL, U. MANFREDI, R. COLOMBO, G. LANAPPE, P. LE LIJOUR, M. SCULATI, *Analyzing on-road emissions of light-duty vehicles with Portable Emissions Measurement Systems (PEMS)*, JRC Technical and Scientific Report

tion Agency (EPA) issued a notice of violation of the Clean Air Act to Volkswagen². The notice alleged that Volkswagen installed a software into its Diesel vehicles that circumvented US emissions standards³. Volkswagen subsequently admitted the installation of a defeat device in 11 million Diesel-fuelled vehicles worldwide⁴. However, besides Volkswagen, other motor vehicle manufacturers such as Fiat, Mercedes Benz, Opel, Peugeot, Porsche, Renault and Volvo resulted to be involved in the Emissionsgate⁵.

2. The software implicated in the Dieseltgate was able to detect when a vehicle was being tested in a laboratory and to activate its emissions control system for compliance with the limit values laid down in Regulation 715/2007⁶. However, on the road, the software disabled the emissions control system and the vehicles produced emissions well above the limit values and the NOx emissions standards⁷. Despite the subsequent software's update in order to purify exhaust gas, it was found that such exhaust gas purification was operational only at an outside temperature of between 15 and 33°C and at a driving altitude of less than 1000 metres ("temperature window")⁸. The European Court of Justice ("ECJ") found that both kind of software (the original and the updated one) were prohibited by Arts. 3, paragraph 10,⁹ and 5, paragraph 2,¹⁰ of Regulation 715/2007¹¹.

3. The Dieseltgate gave rise to a multitude of cross-border claims brought by the final purchasers/consumers against the car and engine manufacturers involved in the emissions scandal and domiciled in different States. In the EU context, the provisions to determine the competent court may be found in Regulation 1215/2012¹² provided that the defendant is domiciled in a EU Member State as required by Art.

62639, EUR 24697 EN, Ispira, Italy, 2011; M. WEISS, P. BONNEL, R. HUMMEL, N. STEININGER, *A complementary emissions test for light-duty vehicles: Assessing the technical feasibility of candidate procedures*, JRC Scientific and Policy Report 75998, EUR 25572 EN, Ispira, Italy, 2013.

² On the legal implication of the Dieseltgate see F. BERTELLI, *Dealing with the Dieseltgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2021, p. 619 ff.; M. FRIGESSI DI RATTALMA (ed.), *The Dieseltgate. A Legal Perspective*, Springer, Berlin, 2017.

³ <https://www.epa.gov/vw/learn-about-volkswagen-violations>.

⁴ European Court of Auditors, The EU's response to the "dieseltgate" scandal. Briefing Paper February 2019, p.12

⁵ A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2024, p. 416.

⁶ Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, in *Official Journal of the European Union*, L 171 of 29 June 2007. The objective of the regulation is, pursuant to recital 6, the «reduction in nitrogen oxide emissions from diesel vehicles [...] to improve air quality and comply with limit values for pollution».

⁷ European Court of Auditors, The EU's response to the "dieseltgate", cit., p. 12; European Court of Justice, judgments of 9 July 2020, *Volkswagen*, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, para 8; 8 November 2022, *Deutsche Umwelthilfe*, C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857, para 25.

⁸ European Court of Justice, judgment of 8 November 2022, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., para 84; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., pp. 415-416.

⁹ Art. 3, paragraph 10, of Regulation 715/2007 defines a «defeat device» as «any element of design which senses temperature, vehicle speed, engine speed (RPM), transmission gear, manifold vacuum or any other parameter for the purpose of activating, modulating, delaying or deactivating the operation of any part of the emission control system, that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use».

¹⁰ Art. 5, paragraph 2, of Regulation 715/2007 prohibits «[t]he use of defeat devices that reduce the effectiveness of emission control systems» and lists three alternative exceptions to the prohibition. According to the European Court of Justice, judgment of 17 December 2020, *CLCV*, C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040, para 115 «Article 5(2)(a) of Regulation No 715/2007 must be interpreted as meaning that a defeat device, such as that at issue in the main proceedings, which systematically improves the performance of the emission control system of vehicles during type-approval procedures in order to comply with the emission limits laid down by that regulation, and thus obtain the approval of those vehicles, cannot fall within the scope of the exception to the prohibition on such devices laid down in that provision, which relates to the protection of the engine against damage or accident and the safe operation of the vehicle, even if that device helps to prevent the ageing or clogging up of the engine».

¹¹ European Court of Justice, judgments of 14 July 2022, *GSMB Invest*, C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570; 14 July 2022, *IR*, C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571; 14 July 2022, *DS*, C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572; 8 November 2022, *Deutsche Umwelthilfe*, cit.

¹² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), in *Official Journal of the European Union*, L 351 of 20 December 2012.

4, paragraph 1, of Regulation Brussels Ibis. These claims also fall within the scope of application of Regulation 1215/2012 since they constitute «civil and commercial matters» pursuant to Art. 1, paragraph 1.

4. This article examines the relevant heads of international jurisdiction contained in Regulation 1215/2012 with particular regard to the «place where the harmful event occurred» under Art. 7 n. 2 (*forum delicti*). This expression has been recently interpreted in the *Volkswagen* and *FCA Italy* judgments of the ECJ concerning two Dieselgate claims¹³. Since these claims may be qualified as defective-product liability cases, this contribution analyzes how the previous *Kainz* and *Zuid-Chemie* ECJ jurisprudence¹⁴ has to be coordinated with *Volkswagen* and *FCA Italy*. In light of the principle of consistent interpretation between Regulation 1215/2012 and Regulation 864/2007¹⁵, the implications for the applicable law will also be considered.

II. International jurisdiction under Regulation 1215/2012 in Dieselgate claims

5. Some of the provisions on jurisdiction contained in Regulation 1215/2012 are inapplicable to the Diesel emissions claims. As far as the special forum for «matters relating to a contract» (Art. 7 n. 1) is concerned, in light of the privity test adopted in its *Handte* judgment and confirmed by subsequent jurisprudence¹⁶, the ECJ stated that even in the case of a chain of international contracts between manufacturer, distributor, car dealer and final consumer, Art. 5 n. 1 of the Brussels Convention of 1968¹⁷ (now Art. 7 n. 1 of the Brussels Ibis Regulation) «does not apply to an action between a sub-buyer of goods and the manufacturer, who is not the seller, relating to defects in those goods or to their unsuitability for their intended purpose»¹⁸ since «there is no contractual relationship between the sub-buyer and the manufacturer because the latter has not undertaken any contractual obligation towards the former»¹⁹. It follows that in order to apply Art. 7 n. 1 of the Brussels Ibis Regulation there must be a direct contractual relationship between claimant and defendant (privity test). This condition is clearly not met if the final purchaser sues the manufacturer who is not the seller of the vehicle.

6. Art. 7 n. 1 of Regulation 1215/2012 seems however applicable to an action for termination or annulment of the contract of sale or compensation for damages brought by the final buyer against the car dealer given the existence of a direct contractual relationship between the parties to the dispute. However, since retailers were not involved in the incorporation of the defeat device which reduced the effectiveness of emission control systems they may not be held liable on the merits²⁰.

7. The privity test is also at the core of Art. 18, paragraph 1, of the Brussels Ibis Regulation, allowing the consumer to bring proceedings in the courts of the EU Member State in which he/she is

¹³ European Court of Justice, judgments of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit.; 22 February 2024, *FCA Italy*, C-81/23, ECLI:EU:C:2024:165. On *Volkswagen* see P. THIEFFRY, *Le Dieselgate, rare rencontre du droit international privé et de l'environnement en aval des mines de potasse d'Alsace*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1, 2021, p. 220 ff. On the *FCA Italy* judgment see M. ANDJIC, *Konkretisierung des Orts des Schadenseintritts nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO in den sogenannten „Dieselfällen“*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 2024, p. 947 ff.; L. IDOT, *Règlement Bruxelles I Bis. Règle de compétence en matière délictuelle*, in *Europe*, 4, 2024, p. 43 ff.

¹⁴ European Court of Justice, judgments of 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475; 16 January 2014, *Kainz*, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7.

¹⁵ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), in *Official Journal of the European Union*, L 199 of 31 July 2007.

¹⁶ European Court of Justice, judgments of 27 October 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, ECLI:EU:C:1998:509, paras 19-20; 1 October 2002, *Henkel*, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, paras 38-39; 17 October 2013, *OTP Bank*, C-519/12, ECLI:EU:C:2013:674, para 25; 16 June 2016, *Universal Music*, C-12/15, ECLI: EU:C:2016:449, para 24.

¹⁷ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, in *Official Journal*, C 27 of 26 January 1998.

¹⁸ European Court of Justice, judgment of 17 June 1992, *Handte*, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, para 21.

¹⁹ European Court of Justice, judgment of 17 June 1992, *Handte*, cit., para 16.

²⁰ In this sense see also A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., p. 418.

domiciled or in the courts of the EU Member State in which «the other party to a contract», namely the trader or professional, is domiciled. Indeed, in *Club La Costa* the ECJ highlighted that said rule on jurisdiction «appl[ies], in accordance with the wording of that provision, only to an action brought by a consumer against the other party to the contract, which necessarily implies that a contract has been concluded by the consumer with the trader or professional concerned»²¹. The protective fora in Section 4 of Regulation 1215/2012 are therefore excluded as well in claims related to the Dieselgate²².

8. The final buyer of a Diesel vehicle equipped with a defeat device may sue the manufacturer before the court of the EU Member State where the latter is domiciled (*forum rei* under Art. 4 of Regulation 1215/2012). The domicile of the defendant has to be determined in accordance with Arts. 62 and 63 of the Regulation. Other potentially available special fora to the victim are, with regard to civil claims for damages or restitution raised in criminal cases, the court seized of criminal proceedings if that court has jurisdiction under its own law to entertain civil proceedings (Art. 7 n. 3) and, in tort claims, the court for the place where the harmful event occurred or may occur (*forum delicti* under Art. 7 n. 2). The latter provision will be examined in the following paragraphs since it has given rise to several questions of interpretation²³.

III. The *forum delicti* under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012

9. Art. 7 n. 2 of the Brussels Ibis Regulation applies to «matters relating to tort, delict or quasi-delict». According to the *Kalfelis* judgment, this phrase has an autonomous and independent meaning «covering all actions which seek to establish the liability of a defendant and which are not related to a ‘contract’» within the meaning of now Art. 7 n. 1²⁴. In the already mentioned *Handte* decision the ECJ stated that the expression «matters relating to a contract» contained in Art. 7 n. 1 covers a situation in which there is an «obligation freely assumed by one party towards another»²⁵. It follows that if the matter does not fall within Art. 7 n. 1, it is covered by Art. 7 n. 2²⁶.

10. The action for tortious liability may be brought before the *forum delicti* against the car manufacturer by the final buyer of the vehicle (individual action) as happened in the *FCA Italy* case²⁷ or by a consumer association such as the Verein für Konsumenteninformation/VKI (representative action²⁸). In the *Volkswagen* case 574 consumers assigned to the VKI their claims for the purpose of bringing proceedings for damages²⁹. Representative actions of this kind do not satisfy the above-mentioned pri-

²¹ European Court of Justice, judgments of 14 September 2023, *Club La Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672, para 51; 26 March 2020, *Primera Air Scandinavia*, C-215/18, ECLI:EU:C:2020:235, para 61; 25 January 2018, *Schrems*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, para 45; 14 May 2009, *Ilsinger*, C-180/06, ECLI: ECLI:EU:C:2009:303, paras 52-53.

²² A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., p. 419.

²³ For a detailed analysis of Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012 see R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, Giappichelli, Torino, 2022.

²⁴ European Court of Justice, judgment of 27 September 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, para. 18.

²⁵ European Court of Justice, judgment of 17 June 1992, *Handte*, cit., para 15.

²⁶ European Court of Justice, judgment of 13 March 2014, *Brogssitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, para 27. A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Law, Oxon-New York, 2015, p. 239: «if the matter does not relate to a contract [...], the proceedings may fall within Art. 7 n. 2»; T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation. Text, Cases and Materials on Private International Law*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 45.

²⁷ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit.

²⁸ Pursuant to Art. 3 n. 5 of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC, in *Official Journal of the European Union*, L 409 of 4 December 2020, a «representative action» is «an action for the protection of the collective interests of consumers that is brought by a qualified entity as a claimant party on behalf of consumers to seek an injunctive measure, a redress measure, or both». Recital 36 specifies that the «individual consumers should not be claimant parties in the proceedings».

²⁹ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 7-8.

vity test developed in the *Handte* decision³⁰ and later confirmed in *Henkel*³¹ and may thus be brought before the *forum delicti* under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012, but not before the *forum contractus* under Art. 7 n. 1.

11. Art. 7 n. 2 confers jurisdiction on the courts of the EU Member State where the «harmful event occurred or may occur» (*locus delicti*). In the landmark *Bier* decision the ECJ established for the first time the well-known ubiquity rule (“*Bier* rule”) which applies to all distance delicts – a category which includes product liability cases such as the Diesel emissions claims – where the conduct and the caused loss occur in different EU Member States. Under the *Bier* rule the broad notion of «harmful event» means the place of the event giving rise to the damage (*locus commissi delicti* or *Handlungsort*) or the place of the damage itself (*locus damni* or *Erfolgsort*). The claimant may choose to bring the action in either of these places³².

12. The problem that arises concerns the localisation of both places in the specific context of Dieselgate claims. This further interpretative issue is not new since the ECJ has frequently specified the two prongs of the ubiquity theory on a case-by-case basis³³.

IV. The place of the event giving rise to the damage

13. As regards the first prong of the *Bier* rule, namely the *locus commissi delicti*, if there are several causal events which are equally capable of causing the damage, the question is whether the initial or the final event of the causal chain may be relevant for the purpose of attributing jurisdiction under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012.

14. According to ECJ jurisprudence, the place of the initial event giving rise to the damage is of relevance, *i.e.* the place of the «first act by which the tortfeasor ‘brings the tort into the world’»³⁴. In its *Bier* ruling the ECJ made reference to the «*place of the event* which gives rise to and is *at the origin of that damage*»³⁵, while in the *Shevill* defamation case the ECJ specified that the place where the publisher of the newspaper is established «is the place where the harmful event originated and from which the libel was issued and put into circulation»³⁶.

15. In the case of product liability the following *Handlungsorte* may be relevant: the place where the product was designed and manufactured or where the different parts of the same product are assembled into the final product, the place where the manufacturer is established, the place where the product is put into circulation or transferred to the retailer and the place of purchase of the product by the final consumer.

16. In *Kainz* the ECJ held that the place of the initial event giving rise to the damage is the place where the product was manufactured³⁷. This connecting factor – which may not coincide with the domicile of the manufacturer (*forum rei* under Art. 4 of Regulation 1215/2012) – is consistent with the principle of proximity between the dispute and the *forum commissi delicti*, the possibility of gathering

³⁰ See para 5 of this article.

³¹ European Court of Justice, judgment of 1 October 2002, *Henkel*, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555, para 38: «the consumer protection organisation and the trader are in no way linked by any contractual relationship». In this case claimant was the VKI.

³² European Court of Justice, judgments of 30 November 1976, *Bier*, cit., paras 24-25; 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, cit., para 23; 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para 23; 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., para 26.

³³ See R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale*, cit., p. 231 ff.

³⁴ Opinion of Advocate General Bobek of 28 February 2018, *flyLAL*, C-27/17, para 104.

³⁵ European Court of Justice, judgment of 30 November 1976, *Bier*, cit., para 25 (emphasis added).

³⁶ European Court of Justice, judgment of 7 March 1995, *Shevill*, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, para 24.

³⁷ European Court of Justice, judgment of 16 January 2014, *Kainz*, cit., paras 26, 29, 33.

evidence in order to establish the defect in question, the efficacious conduct of proceedings, the sound administration of justice³⁸ and the foreseeability of the competent court by both parties to the dispute³⁹.

17. With specific regard to the Dieseltgate claims, in its *Volkswagen* judgment the ECJ found that the *locus commissi delicti* is the place in a EU Member State where the motor vehicles were equipped with the software that manipulates data relating to exhaust gas emissions⁴⁰. In the *Volkswagen* case the latter place and the connecting factor of the place where the manipulated vehicles were manufactured established in *Kainz* were both located in Germany⁴¹. However, in cases where they are different but located in the same EU Member State⁴² or in different EU Member States, should one place prevail over the other or should both places be available at the choice of the claimant/final buyer? It remains open whether *Volkswagen* overruled the *Kainz* jurisprudence, provided that it makes no reference at all to the *Kainz* decision. Both connecting factors established in *Kainz* and *Volkswagen* are irrelevant in the context of Art. 4, paragraph 1, of Regulation 864/2007 on the application, as a general rule, of the *lex loci damni* «irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred».

18. In the event that the installer of the software is not the manufacturer of the vehicle or of the engine, in light of the *Melzer* jurisprudence the court of the place of the event giving rise to the damage only has jurisdiction over the presumed perpetrator who has acted within this court's jurisdiction⁴³.

19. It should finally be noted that a representative action may be brought before the court of the place in a EU Member State where the vehicles were manufactured or equipped with a defeat device by the manufacturer. A concentration of all claims in one EU Member State will be possible since such places will be exactly the same for all consumers.

V. The place of the damage

20. With reference to the second prong of the *Bier* rule, pursuant to well-established case law of the ECJ, only the direct and initial damage (*Erstschaden*) is relevant for the establishment of the international and territorial jurisdiction of the *forum damni* under Art. 7 n. 2 of the Brussels Ibis Regulation.

21. Indeed, in the *Dumez* and *Marinari* rulings the ECJ stated that the place of the damage covers «the place where the event giving rise to the damage [...] directly produced its harmful effects upon the person who is the immediate victim»⁴⁴ but not «the place where the victim claims to have suffered financial damage following upon initial damage arising and suffered [...] in another [EU Member] State»⁴⁵.

³⁸ European Court of Justice, judgment of 16 January 2014, *Kainz*, cit., para 27.

³⁹ European Court of Justice, judgment of 16 January 2014, *Kainz*, cit., para 28.

⁴⁰ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para 24. In *FCA Italy* the ECJ did not consider the first prong of the *Bier* formula since the parties disagreed only on the determination of the place where the damage occurred. In para 40 the ECJ stated that «the incorporation of the illegal device [...] constitutes the event giving rise to the damage».

⁴¹ See European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para 24: «it is apparent from the documents before the Court that the place of the event giving rise to the damage is in the Member State within the territory of which the motor vehicles at issue were equipped with software that manipulates data relating to exhaust gas emissions, that is to say, in Germany»; Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona of 2 April 2020, *Volkswagen*, cit., para 42: «[i]n the order for reference, the national court makes clear that, in its opinion, the event triggering (the event giving rise to) the damage occurred in the place where the manipulated vehicles were manufactured, that is to say, Germany».

⁴² Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012 determines both the international jurisdiction and the territorial jurisdiction, *i.e.* it determines the specific geographically national competent court within a EU Member State

⁴³ European Court of Justice, judgment of 16 May 2013, *Melzer*, C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, para 41; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., pp. 420-421.

⁴⁴ European Court of Justice, judgment of 11 January 1990, *Dumez*, C-220/88, ECLI:EU:C:1990:8, para 20; 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para. 27.

⁴⁵ European Court of Justice, judgments of 19 September 1995, *Marinari*, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289, para 21; 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para. 26. See also European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 28-29.

As a consequence, the damage suffered by an indirect victim of the tort (*dommage par ricochet*) and the consequential harm (*Folgeschaden*) are irrelevant in order to determine the competent court.

22. In *Volkswagen* the ECJ held that the initial damage directly suffered by the final purchasers consisted in the loss in value of the vehicles stemming from the difference between the price paid and the vehicles' actual value owing to the installation of the software⁴⁶. Consequently, the damage occurred only at the time the vehicles were purchased, as they were acquired for a price higher than their actual and intrinsic value⁴⁷.

23. A further issue that arises concerns the material or merely financial character of the damage, a question that is relevant for the localization of the *locus damni*⁴⁸. In *Volkswagen* the ECJ did not follow the Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona who had convincingly argued that «the existence of the vehicle as a *tangible* object [does not] preclude classification of the harm as financial [...]. When the vehicle's actual characteristics were made public, purchasers did not discover that they had a *lesser* vehicle or *another* vehicle but rather a vehicle with a lower value: in short, a smaller asset. The vehicle, as a physical object, *symbolises* the reduction in assets and makes it possible to identify the origin of that reduction. However, in this case, that does not alter the *intangible* essence of the loss which the software manipulation caused to purchasers»⁴⁹. Instead, the ECJ qualified the damage as being material since it affects vehicles which are tangible assets⁵⁰ rather than the financial assets of the affected consumer⁵¹. In the Court's view, said material damage corresponds «to the reduction in the intrinsic value of the vehicle which [the consumer] has purchased and which has been found to have a defect»⁵².

24. According to the ECJ, the above-mentioned initial, direct and material loss in value of the vehicles occurred at the place where such vehicles were purchased by the consumers from the car dealers⁵³. By doing so, the ECJ reinforces the position of the final consumer⁵⁴ on the basis of a kind of *forum actoris* (*Klägergerichtsstand*)⁵⁵ even if nothing in the judgment suggests that the ECJ is pursuing a *favor*

⁴⁶ European Court of Justice, judgments of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 29, 31; 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 30, 37.

⁴⁷ European Court of Justice, judgments of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para 30; 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., para 33.

⁴⁸ See European Court of Justice, judgment of 12 September 2018, *Löber*, C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701, para 36, a case concerning purely financial losses, where the ECJ held that in addition to the place of the victim's domicile, the place of the victim's bank account and of the place where the bank is established, «other specific circumstances of that situation also contribute to attributing jurisdiction».

⁴⁹ Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona of 2 April 2020, *Volkswagen*, cit., para 38.

⁵⁰ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 32-35. According to H. MEYLE, *Rethinking "the Place of the Damage Rule" in Private International Law. A Critical Analysis of the ECJ Case Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 22, 2020/2021, p. 493 the reasoning of the ECJ «is hardly convincing in light of the fact that the defeat devices did not affect the material substance of the vehicles». The surprising and doubtful qualification of the damage in *Volkswagen* as being purely material has been underlined by C. ARMBRÜSTER, *Schadensersatzklage gegen VW wegen Dieselskandal auch in EU-Mitgliedstaat des Erwerbs des manipulierten Kfz („Verein für Konsumenteninformation“)*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 18, 2020, p. 574; T. BACHMEIER, M. FREYTAG, *Deliktsgerichtsstand nach EuGVVO am Ort des Schadenseintritts – Abgrenzung zwischen Erstschaaden und Folgeschaden bei Kfz-Mängeln*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 9-10, 2020, p. 607; D. RODI, *Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.7.2020 – C-343/19, Verein für Konsumenteninformation/VW*, in *GPR*, 1, 2021, pp. 16-17; A. STADLER, C. KRÜGER, *Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal*, in *IPRax*, 6, 2020, p. 513. By contrast, T. MARZAL, *Le forum delicti à l'épreuve du Dieseldgate*, in *Revue critique de droit international privé*, 4, 2021, pp. 881-882 finds that «[i]l faut donc se féliciter de la décision de la Cour retenant la qualification de dommage matériel».

⁵¹ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 31, 38.

⁵² European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., para 31.

⁵³ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 35, 40.

⁵⁴ T. BACHMEIER, M. FREYTAG, *Deliktsgerichtsstand nach EuGVVO*, cit., p. 606; M. COMBET, *La dissémination du contentieux en matière de protection des consommateurs acquéreurs de véhicules truqués*, in *Revue des affaires européennes*, 3, 2020 p. 643.

⁵⁵ S. K. LOHN, A. K. PENNERS, *Der Klägergerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO*, in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1, 2021, pp. 35, 38; F. RIELÄNDER, *Neues zum „Dieselskandal“: (k)ein Klägergerichtsstand für geschädigte Fahrzeugkäufer gegen die Hersteller!?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 10, 2024, p. 462; R. WAGNER, *EuGVVO: Abgasskandal – Klage von Fahrzeugkäufern gegen VW in einem anderen Mitgliedstaat möglich*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16, 2020, p. 728.

*laesi*⁵⁶. The Court justified its interpretation in *Volkswagen* on the basis of the “central paradigms” informing Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012⁵⁷, namely the principles of predictability of the competent *forum damni*, proximity and sound administration of justice. The Court also expressly referred to consistency with Art. 6, paragraph 1, of Regulation 864/2007 on the law applicable to unfair competition⁵⁸. Two observations must be made in this regard.

25. First, the place of purchase is highly uncertain, fortuitous⁵⁹ and can easily be manipulated by the consumers⁶⁰. It is, moreover, a connecting factor which is able to potentially confer jurisdiction on the courts of all the 27 EU Member States. Second, the reference to Art. 6, paragraph 1, of the Rome II Regulation on the law applicable to unfair competition claims is misleading provided that the Dieselpgate claim at issue may be qualified as a product liability – rather than an unfair competition – claim⁶¹. This is supported by some passages of the judgment where the ECJ refers to «vehicles [which] became defective as soon as that software had been installed», «a defect that affects vehicles», «a vehicle which is defective», «the vehicle is defective» and «the defective product»⁶². At the same time, in *Volkswagen* the ECJ held that for the purposes of Art. 6, paragraph 1, of Regulation 864/2007, the place where the collective interests of consumers are (or are likely to be) affected is the place where the product is purchased by consumers⁶³. The *Volkswagen* case thus ensures a parallelism (*Gleichlauf*) between the *forum damni* under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012 and the applicable law under Art. 6, paragraph 1, of Regulation 864/2007 in unfair competition cases concerning the Dieselpgate. There is however no such parallelism between Art. 7 n. 2 and Art. 5, paragraph 1, of the Rome II Regulation in product liability claims since the latter provision is rooted on the grouping of contacts method and not on the single connecting factor of the place of damage.

26. In the *Volkswagen* case the purchase and delivery of the manipulated vehicles took place in the same EU Member State (Austria)⁶⁴. The *FCA Italy* case gave the ECJ the opportunity to clarify its previous *Volkswagen* judgment, namely what should count as the place of purchase (and, accordingly, as the place of the damage) if the conclusion/signature of the contract of sale took place in one EU Member State (Germany) but the vehicle was delivered and normally used by the consumer in another EU Member State (Austria)⁶⁵.

27. The ECJ ruled out the place where the contract of sale was concluded because the contractual stipulations for acquiring the vehicle are irrelevant for the manufacturer’s tortious liability⁶⁶. The Court also explicitly rejected the place where the vehicle is normally used by the final purchaser because it would not meet the objective of predictability of Art. 7 n. 2 of the Brussels Ibis Regulation⁶⁷. In the Dieselpgate context the connecting factor of the place of the normal use of the product previously established in *Zuid-Chemie*⁶⁸ is thus irrelevant for the purpose of determining the competent *forum damni*. In *Zuid-Chemie* the ECJ was already asked to decide whether the place of damage in product liability cases is the place where the defective product (*i.e.* the micromix, a contaminated product used for the manu-

⁵⁶ A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., p. 422; T. MARZAL, *Le forum delicti à l’épreuve du Dieselpgate*, cit., pp. 886.

⁵⁷ On the central paradigms of EU private international law see T. LUTZI, *Internet Cases in EU Private International Law - Developing a Coherent Approach*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 2017, p. 693 ff.

⁵⁸ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 36, 38-39.

⁵⁹ S. BERNASCONI, *La competenza giurisdizionale sulle azioni risarcitorie promosse nell’ambito della vicenda Dieselpgate negli Stati membri UE*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2021, p. 71.

⁶⁰ M. LEHMANN, *Where Did Economic Loss Occur in the VW Emissions Case?*, in <https://eapil.org>.

⁶¹ S. BERNASCONI, *La competenza giurisdizionale sulle azioni risarcitorie*, cit., p. 69; M. LEHMANN, *Remaining Questions About CJEU Judgment in VKI v Volkswagen*, in <https://eapil.org>.

⁶² European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 30, 33-34, 37, 39, respectively.

⁶³ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., para 39.

⁶⁴ European Court of Justice, judgment of 9 July 2020, *Volkswagen*, cit., paras 10, 12.

⁶⁵ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 34, 40.

⁶⁶ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 36-37.

⁶⁷ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., para 42.

⁶⁸ European Court of Justice, judgment of 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, cit., paras 29, 32.

facture of fertiliser) was delivered to the purchaser in one EU Member State (Belgium) or whether it is the place where the product was normally used (*i.e.* the claimant's factory in the Netherlands where the micromix was processed into fertiliser, causing substantial damage to that fertiliser which was suffered by the claimant). The ECJ ruled in favour of the latter since the damage occurred during «the processing by [the claimant] of the contaminated micromix into fertiliser [which] caused that fertiliser to be of limited utility or even rendered it unusable»⁶⁹. The different interpretation of the *Erfolgsort* adopted by the ECJ in *Zuid-Chemie* and *FCA Italy* shows that the moment of occurrence of damage – which must be assessed on a case-by-case basis – plays a crucial role in the determination of the competent court of the place of damage. As already mentioned, in *Volkswagen* and *FCA Italy* the loss in value of the manipulated vehicle occurred at the moment and at the place of its purchase or delivery.

28. By contrast, the ECJ championed the place where the vehicle was delivered to the final purchaser which, in the Court's opinion, meets the principle of predictability as the manufacturer must expect to be sued there⁷⁰. With its interpretative solution the ECJ transformed once more the *forum damni* under Art. 7 n. 2 into a *forum victimae*⁷¹ and adopted the same connecting factor which applies to the sale of goods under Art. 7 n. 1, lett. b), first indent of the Brussels Ibis Regulation. It follows that the same problems in the case of delivery by carriage⁷² may now arise under Art. 7 n. 2 as well, at least in Diesel emissions claims. In addition, the “contractualisation” of the place of damage undermines the mutual exclusivity of Arts. 7 n. 1 and 7 n. 2 of Regulation 1215/2012 and the principle *res inter alios acta*, given that the contractual arrangements between the car dealer and the consumer could determine the (highly unpredictable) *forum damni* before which the manufacturer of the vehicle may be sued⁷³. In *FCA Italy* the purchaser's domicile and the vehicle's delivery and normal use were all located in the same EU Member State (Austria). It is doubtful whether the ECJ would confirm its interpretation in the case of delivery in a different EU Member State for *e.g.* tax purposes⁷⁴.

29. The interpretation of the *locus damni* under Art. 7 n. 2 in *Volkswagen* and *FCA Italy* may be relevant for the purpose of establishing the place of the damage in Dieselgate claims pursuant to the general conflict of laws rule under Art. 4, paragraph 1, of Regulation 864/2007⁷⁵ and the place of purchase contained in the special conflict of laws rule dealing with product liability cases under Art. 5, paragraph 1, lett. b) of the Rome II Regulation. It should be noted that in the latter provision the place of purchase (*i.e.*, in light of *FCA Italy*, the place of delivery to the final buyer) is however coupled with the place of marketing of the product in the same country.

30. Given the silence of the ECJ, the mosaic theory first developed in the *Shevill* case does not seem applicable to product liability claims⁷⁶. As to this approach, the courts of the place of the event giving rise to the damage have full/unlimited jurisdiction to determine all the damage (*Gesamtschaden*) allegedly caused to the victim of the tort, while the courts of the place where the damage occurred have partial/limited jurisdiction only in respect of the damage caused in the territory of the EU Member State of the court seised. What emerges from the ECJ jurisprudence is that the *Mosaiktheorie* is a sectoral, rather than a general, approach being only applicable to actions for damages in matters relating to defa-

⁶⁹ European Court of Justice, judgment of 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, cit., para 34.

⁷⁰ European Court of Justice, judgment of 22 February 2024, *FCA Italy*, cit., paras 40-41, 43.

⁷¹ F. RIELÄNDER, *Neues zum „Dieselskandal“*, cit., p. 463.

⁷² P. BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 41 ff.

⁷³ M. LEHMANN, *The Never-Ending Diesel Saga – CJEU Rules in MA v FCA Italy et al.*, in <https://eapil.org>.

⁷⁴ M. LEHMANN, *The Never-Ending Diesel Saga*, cit., therefore advocates for «a holistic approach to damage localisation, which takes into account all the circumstances of the case»; M. LEHMANN, *Deliktsgerichtsstand bei Klagen von Fahrzeugkäufern gegen VW*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 39, 2020, p. 2872. Similarly, S. BERNASCONI, *La competenza giurisdizionale sulle azioni risarcitorie*, cit., p. 71.

⁷⁵ A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., pp. 424-425; F. RIELÄNDER, *Neues zum „Dieselskandal“*, cit., p. 467.

⁷⁶ R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale*, cit., p. 217 and fn. 257.

mation⁷⁷, infringement of personality rights⁷⁸ and copyright⁷⁹ and publication on the internet of allegedly disparaging comments⁸⁰, where the initial event causes harm in several EU Member States (so-called *multi-state damages*). On the contrary, in product liability cases such as the Dieselgate the consumer/final purchaser of the defective/manipulated product suffers harm only in one EU Member State, *i.e.* where the purchase or delivery took place. This is confirmed by *Kainz* and *Zuid-Chemie* which do not contain any reference to the mosaic principle.

31. In the event that a representative action is brought by a consumer association such as VKI, the place of the purchase or delivery of the manipulated vehicle to the final purchasers will not be the same for all consumers. The interpretation of the second prong of the *Bier* formula in light of the *Volkswagen* and *FCA Italy* decisions thus leads to a fragmentation of the courts before which the collective actions will be litigated. This appears to be the case even if the different places of delivery are located in the same EU Member State, given that Art. 7 n. 2 determines international as well as territorial jurisdiction⁸¹.

VI. Conclusion

32. The Dieselgate broke in the United States in September 2015 and has been defined as the by now largest industrial fraud in modern history⁸². It involved the installation of software on certain Diesel vehicles aimed at misrepresenting the levels of NOx emissions. The ECJ qualified these software as defeat devices being prohibited by Regulation 715/2007. The article aims to examine which rules on jurisdiction laid down in Regulation 1215/2012 apply to cross-border Dieselgate-related claims brought by the consumer/final purchaser against the vehicle manufacture.

33. The article argues that the *forum contractus* under Art. 7 n. 1 of Regulation 1215/2012 and the consumer *forum* under Art. 18, paragraph 1, may be inapplicable because the privity test (*i.e.* the existence of a direct contractual relationship between claimant and defendant) established by the ECJ in the *Handte* and *Club La Costa* decisions is not met. Instead, the application of the *forum rei* under Art. 4 of the Brussels Ibis Regulation and of Art. 7 n. 3 on the jurisdiction of the courts seised of criminal proceedings is quite straightforward.

34. Another applicable provision is Art. 7 n. 2 on the *forum delicti* which has however given rise to several interpretative issues. Indeed, between 2009 and 2024 the ECJ issued four relevant judgments to shed light on the interpretation of Art. 7 n. 2 in product liability cases. The two most recent decisions – *Volkswagen* and *FCA Italy* – specifically concern Dieselgate-related claims and have thus given the opportunity to the ECJ to add new pieces to the puzzle. These decisions are also relevant with reference to the interpretation of Art. 5 n. 3 of the Lugano Convention of 2007⁸³ in the event that the purchase or delivery to the final buyers takes place in Island, Norway or Switzerland⁸⁴.

35. The ECJ confirmed that Dieselgate claims may be brought, at the claimant's choice, either before the court of the place of the initial event giving rise to the damage, or before the court of the place

⁷⁷ European Court of Justice, judgment of 7 March 1995, *Shevill*, cit., para 33.

⁷⁸ European Court of Justice, judgment of 25 October 2011, *eDate*, C-509/09, ECLI:EU:C:2011:685, paras 51-52.

⁷⁹ European Court of Justice, judgment of 3 October 2013, *Pinckney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635, para 45.

⁸⁰ European Court of Justice, judgment of 21 December 2021, *Gtflitx Tv*, C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, para 43.

⁸¹ R. MONICO, *La giurisdizione in materia extracontrattuale*, cit., p. 156.

⁸² BEUC Report, Seven years of Dieselgate. A never-ending story, 12 December 2022, <https://www.beuc.eu/position-papers/seven-years-dieselgate-never-ending-story>.

⁸³ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in *Official Journal of the European Union*, L 339 of 21 December 2007.

⁸⁴ C. ARMBRÜSTER, *Schadensersatzklage gegen VW wegen Dieselskandal*, cit., p. 574; S. K. LOHN, A. K. PENNERS, *Der Klägergerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO*, cit., p. 38; R. WAGNER, *EuGVVO: Abgasskandal – Klage von Fahrzeugkäufern gegen VW*, cit., p. 728.

where the direct and initial damage occurred (ubiquity rule). In *Volkswagen* the ECJ held that the place of the initial event giving rise to the damage is where the vehicle was equipped with the defeat device. If this place does not coincide with the connecting factor of the place where the product was manufactured as previously established in *Kainz*, it remains open which one should prevail. The ECJ further stated that the place of the damage is where the manipulated vehicles have been purchased by the final consumer. *FCA Italy* specifies this part of the *Volkswagen* judgment by clarifying that what should count as the place of purchase is where the vehicle was delivered to the consumer. What follows is a “contractualisation” of the *forum damni* since in Dieselgate claims the same connecting factor contained in Art. 7 n. 1, lett. b), first indent, is also relevant in the context of Art. 7 n. 2. The ECJ did not confirm the connecting factor of the place of the normal use of the product already established in *Zuid-Chemie*. This is because of the crucial role which is played by the moment when the damage occurred in order to localise the *locus damni*⁸⁵.

36. The article has also shown that with reference to representative actions the interpretation of Art. 7 n. 2 provided by the ECJ in *Volkswagen* and *FCA Italy* ensures a concentration of claims only before the *forum commissi delicti* but not before one *forum damni*⁸⁶. This is because unlike the place of manufacture and/or manipulation of the vehicles, the place of purchase or delivery will not be exactly the same for all final purchasers

Table on the specification by the ECJ of the ubiquity rule under Art. 7 n. 2 of Regulation 1215/2012 in product liability cases.

ECJ DECISION	PLACE OF THE EVENT	PLACE OF THE DAMAGE
<i>Zuid-Chemie</i> (C-189/08)	–	Normal use of the product
<i>Kainz</i> (C-45/13)	Manufacture of the product	–
<i>Volkswagen</i> (C-343/19)*	Manipulation of the product	Purchase of the product
<i>FCA Italy</i> (C-81/23)*	–	Delivery of the product

* Cases concerning the Dieselgate.

⁸⁵ See para 27 of this article.

⁸⁶ In this sense see also A. CRESPO HERNÁNDEZ, *El Derecho internacional privado*, cit., p. 423.

The EU Declaration on the legal consequences of the Komstroy judgment on intra-EU arbitration under the Energy Charter Treaty

La Declaración de la UE sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia Komstroy sobre el arbitraje intracomunitario bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA
Doctor en Derecho. Abogado.
Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Recibido: 16.12.2024 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9376

Abstract: The EU, EURATOM and their Member States issued a Declaration in June 2024 following the CJEU's *Komstroy* judgment with a view to neutralizing the use of the Energy Charter Treaty by investors of Member States of the EU to claim in arbitration proceedings against another Member State. The Declaration tackles not only the commencement of new cases but also pending claims in which the tribunal may still have to decide on its jurisdiction or in which a court may be seized to enforce an intra-EU award. The failure of previous declarations and the subsequent adoption of an amendment to the ECT and an inter-se treaty on this matter cast serious doubts about the practical impact and success of the Declaration as such.

Keywords: Energy Charter Treaty, intra-EU arbitration, EU law, Komstroy, bilateral investment treaties, Achmea

Resumen: La UE, EURATOM y sus Estados miembros emitieron una Declaración en junio de 2024 tras la sentencia Komstroy del TJUE con vistas a neutralizar el uso del Tratado sobre la Carta de la Energía por parte de inversores de Estados miembros de la UE para reclamar en procedimientos de arbitraje contra otro Estado miembro. La Declaración aborda no sólo el inicio de nuevos casos sino también demandas pendientes en las que el tribunal arbitral aún puede tener que decidir sobre su competencia o en las que se puede recurrir a un tribunal de justicia para ejecutar un laudo intra-UE. El fracaso de declaraciones anteriores y la posterior adopción de una enmienda al TCE y un tratado inter-se sobre esta cuestión arrojan serias dudas sobre el impacto práctico y el éxito de la Declaración como tal.

Palabras clave: Tratado sobre la Carta de la Energía, arbitraje intracomunitario, Derecho de la Unión Europea, Komstroy, tratados bilaterales de protección de inversiones, Achmea.

Summary: I. Introduction. II. Context of the Declaration: the EU's comprehensive fight against intra-EU arbitration. III. Analysis of the Declaration: Would it achieve its goal? 1. Legal Nature. 2. Contents of the Declaration. A) Statement against the application of Article 26 ECT to intra-EU arbitration back to 1998. B) Non-application of intra-EU arbitration under the ECT during the period of remanence thereof after the withdrawal of a Contracting Party. 3. Legal consequences of the Declaration. IV. Concluding remarks.

I. Introduction

1. On 6 August 2024, the Official Journal of the European Union (“EU”) published the *Declaration on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Komstroy and common understanding on the non-applicability of Article 26 of the Energy Charter Treaty as a basis for intra-EU arbitration proceedings* of 26 June 2024 (“**Declaration**”).¹ The Declaration concludes, in line with the judgment rendered by the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) in *Komstroy*² on 2 September 2021, that Article 26 of the Energy Charter Treaty (“ECT”)³ cannot and never could serve (i.e., with *ex tunc* effects) as a legal basis for commencing arbitration proceedings against a Member State of the EU by an investor who is a national of another Member State of the EU (“**intra-EU arbitration**”).

2. The Declaration is the latest attempt by the EU institutions and its Member States to put an end to the well-established practice of using the ECT by individuals and companies as the basis for intra-EU arbitration, which saw a remarkable boost over the last decade in particular following the reforms approved by several Member States of the EU to their regulatory frameworks applicable to renewable energy installations (most notably, Spain and Italy).⁴ The Declaration must also be put in the context of the current process of withdrawal from the ECT of some Member States as well as the EU and EURATOM themselves, albeit related in principle only with the alleged lack of alignment of the ECT with the international law obligations of mitigation of climate change set out in the Paris Agreement of 12 December 2015.⁵

3. Significantly, the Declaration was not adopted unanimously by all EU Member States, as Hungary issued its own declaration (“**Hungary’s Declaration**”)⁶ that pointed to different legal conclusions with regards existing arbitration proceedings, preserving their validity (i.e., with *ex nunc* effects). In revenge, the European Commission has opened an infringement procedure against Hungary “*for undermining the Union’s position on the international stage*” with regards intra-EU arbitration under the ECT,⁷ an approach also taken by the Commission previously against recalcitrant Member States that disagreed with a similar declaration and a subsequent treaty against intra-EU arbitration under bilateral investment treaties (“**BITs**”).

4. In this paper, we will review, first and in a comprehensive manner, the context of the Declaration as a long move by the European Commission and EU Member States to get rid of intra-EU arbi-

¹ OJEU L of 6 August 2024 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/declar/2024/2121/oj>). The accuracy of the contents of all websites cited in this paper was finally checked on 16 December 2024

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 September 2021, *République de Moldavie v Komstroy LLC* (C-741/19; EU:C:2021:655).

³ Council and Commission Decision 98/181/EC, ECSC, Euratom of 23 September 1997 on the conclusion, by the European Communities, of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on energy efficiency and related environmental aspects (OJ L 69, 9.3.1998, p. 1).

⁴ See the statistics on investor-State arbitration under the ECT at the website of the Energy Charter Secretariat at <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

⁵ According to the Energy Charter Secretariat, that is the case of the EU and EURATOM, France, Germany, Luxembourg, the Netherlands (European part of the country), Poland, Portugal, Slovenia, and Spain, plus the United Kingdom as a former Member State of the EU; see <https://www.energycharter.org/media/all-news/>. Italy withdrew in 2015 for other reasons. See also brief notes on the withdrawals and the effects thereof of (i) Portugal: M. ALMADA, M. PEREIRA DA SILVA and J.Á. RUEDA GARCÍA, “Portugal formalizes its withdrawal from Energy Charter Treaty (ECT)” at <https://www.cuatrecasas.com/en/portugal/international-arbitration/art/portugal-formalizes-its-withdrawal-from-energy-charter-treaty>; (ii) Spain: J.Á. RUEDA GARCÍA, “Spain withdraws from the Energy Charter Treaty” at <https://www.cuatrecasas.com/en/spain/energy-infrastructure/art/spain-withdraws-energy-charter-treaty>; and (iii) the EU and EURATOM: J.Á. RUEDA GARCÍA, “The EU and EURATOM withdraw from the Energy Charter Treaty” at <https://www.cuatrecasas.com/en/spain/international-arbitration/art/energy-charter-treaty-eu-euratom-withdraw>.

⁶ *Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 26 June 2024, on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Komstroy and of the non-applicability of Article 26 of the Energy Charter Treaty as a basis for intra-EU arbitration proceedings*, available at <https://cdn.kormany.hu/uploads/sheets/2/22/228/228f2c9ba861fae2b70f183ee4b5ddc.pdf>.

⁷ See https://energy.ec.europa.eu/news/july-infringement-package-key-decisions-energy-2024-07-25_en.

tration under BITs and the ECT (II). Next, we will analyze the Declaration from three points of view: its legal nature, its contents, and its legal consequences (III). We will finalize this paper with some concluding remarks (IV).

II. Context of the Declaration: the EU's comprehensive fight against intra-EU arbitration

5. The EU institutions' stance against intra-EU arbitration under both the ECT and BITs traces its roots in the 2000s after the enlargement of the EU towards many Central and Eastern European states in 2004, 2007, and 2013, when many extra-EU investments and the disputes stemming therefrom became *ipso facto* intra-EU matters.

6. In the seminal case *Eastern Sugar v. Czech Republic*, the latter submitted to the arbitral tribunal, following several written exchanges with the European Commission, that the BIT between the Netherlands and the Czech Republic invoked by the investor could no longer be applied to the case after its accession to the EU, among other things, because “*the BIT and the EU rules are competing legal frameworks addressing the same subject-matter (i.e. the faculty of a party to invest assets on the territory of another state, and to freely dispose of the revenues)*.”⁸ The tribunal rejected this plea of lack of jurisdiction stating that neither the Europe Agreement of 31 December 1994 nor the Accession Treaty of 16 April 2003 provided that the BIT was terminated upon the Czech Republic's accession to the EU on 1 May 2004,⁹ and affirmed that the BIT and the EU Treaties did not cover the same subject matter.¹⁰ That tribunal moreover declared that the arbitration clause in the BIT “*is in practice the most essential provision of Bilateral Investment Treaties [as] the best guarantee that the investment will be protected against potential undue infringements by the host state.*”¹¹

The European Commission continued to make similar statements as *amicus curiae* in a multitude of arbitration proceedings commenced under the now intra-EU BITs between investors of ‘old’ Member States and ‘new’ Member States. The Commission raised the same argument in cases under the ECT, initially with some hesitation¹² and subsequently in a more vigorous manner in particular in the saga of cases pursued by investors in the renewable energy sectors of Spain and Italy.¹³ Significantly, every single arbitral tribunal seized with the question of the validity of intra-EU arbitration under the ECT or BITs rejected the States' pleas of lack of jurisdiction under several lines of argumentation.

7. The legal turning point on this matter took place on 6 March 2018, when the CJEU issued its landmark judgment *Achmea* in which it held that Articles 267 and 344 of the Treaty on the Functioning of the EU (“TFEU”) must be interpreted as precluding a provision in a BIT concluded between Member States (in the case at stake, Article 8 of the Netherlands-Slovakia BIT) under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.¹⁴

⁸ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, para. 101.

⁹ *Id.* at paras 147, 154.

¹⁰ *Id.* at paras 159-166.

¹¹ *Id.* at para. 165.

¹² See *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, paras 4.89-4.110, where the Commission alleged that the tribunal did not have jurisdiction only over one of the four claims submitted by the claimant (the PPA Termination Claim) because it was in the end attributable to the EU, while the other three claims were attributable to Hungary itself and so the Commission did not object to the tribunal's jurisdiction to hear them.

¹³ See, *per omnes*, *Renergy S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 May 2022, paras. 27-31, 52-57, 318-324.

¹⁴ Judgment of 6 March 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV* (C-284/16, EU:C:2018:158).

The CJEU applied a three-step legal approach and held that: (i) an arbitral tribunal constituted under that BIT had to apply EU law to the merits of the dispute;¹⁵ (ii) such arbitral tribunal cannot be regarded as a court or tribunal of a Member State with standing to submit to the CJEU a request for a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFEU;¹⁶ and (iii) arbitral tribunals can fix the seat of arbitration outside the EU and, even if they fix it within the EU, the degree of review by a court of a Member State to ensure that questions of EU law which the tribunal may have to address can be submitted to the CJEU by means of a request for a preliminary ruling is limited.¹⁷ The CJEU considered that arbitral tribunals under BITs call into question not only the principle of mutual trust between the Member States but also the preservation of the particular nature of EU law, ensured by the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU, and is not therefore compatible with the principle of sincere cooperation set out in Article 4(3) of the Treaty on European Union (“TEU”).¹⁸

The CJEU as well as the General Court of the EU have consistently followed the *Achmea* three-prong reasoning in all subsequent judgments dealing with awards stemming from intra-EU arbitration under BITs: on the one hand, in *PL Holdings*, in relation to an award rendered under the Belgium/Luxembourg-Poland BIT;¹⁹ and, on the other hand, in until now four decisions related to the enforcement of the award rendered in *Micula v. Romania* under the Sweden-Romania BIT.²⁰

8. Because of the *Achmea* judgment, the European Commission accelerated its initiative to formally terminate all intra-EU BITs and in their totality, even though the CJEU in *Achmea* had only dealt with the arbitration clause in the BITs and had not mentioned anything about the compatibility of the substantive provisions of those treaties with EU law.²¹

The Commission was the driving force behind the issuance by all Member States of the EU of a declaration on 15 January 2019 regarding the legal consequences of the *Achmea* judgment, in which they committed to terminate all intra-EU BITs (“**2019 Declaration**”).²² Nonetheless, only a majority of Member States of the EU subsequently entered into the *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, done at Brussels on 5 May 2020

¹⁵ *Id.* at paras 39-42. The Court identified a twofold basis on which an arbitral tribunal would have to interpret or apply EU law pursuant to the choice-of-law clause in Article 8(6) of the Netherlands-Slovakia BIT, namely (i) as forming part of the law in force in every Member State, in that case Slovakia as the host State of the investment; and (ii) as deriving from an international agreement between the two Member States.

¹⁶ *Id.* at paras 43-49.

¹⁷ *Id.* at paras 50-59.

¹⁸ *Id.* at para. 59.

¹⁹ Judgment of 26 October 2021, *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl* (C-109/20; EU:C:2021:875). In that case, the CJEU held that Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding national legislation which allows a Member State to conclude an *ad hoc* arbitration agreement with an investor from another Member State that makes it possible to continue arbitration proceedings initiated on the basis of an arbitration clause whose content is identical to that agreement, where that clause is contained in a BIT concluded between those two Member States and is invalid on the ground that it is contrary to those articles.

²⁰ See Judgment of 25 January 2022, *Commission v. European Food and Others* (C-638/19, P, EU:C:2022:50); Order of 21 September 2022, *Romatsa and Others* (C-333/19, not published, EU:C:2022:749); Judgment of 14 March 2024, *Commission v. United Kingdom (Judgment of the Supreme Court)* (C-516/22, EU:C:2024:231); Judgment of the General Court of 2 October 2024, *European Food and Others v. Commission* (T-624/15 RENV, T-694/15 RENV and T-704/15 RENV, EU:T:2024:659).

²¹ See European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Protection of intra-EU investment”, COM(2018) 547 final, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547>. See page 3: “In the *Achmea* judgment the Court of Justice ruled that the investor-to-State arbitration clauses laid down in intra-EU BITs undermine the system of legal remedies provided for in the EU Treaties and thus jeopardise the autonomy, effectiveness, primacy and direct effect of Union law and the principle of mutual trust between the Member States. (...) This implies that all investor-State arbitration clauses in intra-EU BITs are inapplicable and that any arbitration tribunal established on the basis of such clauses lacks jurisdiction due to the absence of a valid arbitration agreement. (...) Moreover, pursuant to the principle of legal certainty, they are bound to formally terminate their intra-EU BITs.”

²² See *Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, available at https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-membe-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en. For the specific texts of the three declarations issued by the Member States and their implications for the ECT see *infra* footnotes 28-30.

(“**Termination Agreement**”),²³ that has effectively put an end to the remaining intra-EU BITs²⁴ as well as to the so-called ‘sunset clauses’ of said BITs and those of other BITs that were still in force.²⁵

9. With regards the ECT, soon after the *Achmea* judgment was rendered, the European Commission declared that the reasoning in that judgment also extended to Article 26 ECT as far as intra-EU arbitration was concerned.²⁶ The Commission encountered several difficulties in this sense, in particular two that were also reflected in the contents of the Declaration in 2024

On the one hand, because the ECT includes non-Member States as Contracting Parties. Such a significant change in the construction of the ECT should be at least debated in the Energy Charter Conference (the conference of parties to that treaty ex Article 34 ECT), considering that Article 46 ECT does not allow reservations and because investors of non-EU Member States usually channel their investments in Member States of the EU through company hubs like Ireland, Luxembourg, or the Netherlands.²⁷

On the other hand, and closely related to the former, because the vast majority of intra-EU arbitration proceedings under the ECT have been commenced by investors of ‘old’ Member States against another ‘old’ Member States. Consequently, the argument of supersession of the ECT by EU law as of the date of accession to the EU of the Member State involved in the arbitration does not apply because ‘old’ Member States became parties to the ECT in 1998 when they were already Member States of the then European Community (“**EC**”).

It is not surprising that the Commission did not obtain consensus from the Member States on the matter, and the 2019 Declaration was a failure for the Commission’s move to extend the consequences of the *Achmea* judgment to the ECT: (a) 22 Member States affirmed that the *Achmea* judgment applied in full to the ECT as it did to intra-EU BITs;²⁸ (b) five Member States refrained from taking a position

²³ OJEU L 169 of 29 May 2020. Ireland did not sign the Termination Agreement because it was not a party to any intra-EU BIT. Austria, Finland, Sweden and the United Kingdom declined to sign the Termination Agreement (the United Kingdom had already ceased to be a Member State of the EU as of the date of signature of the Termination Agreement, but EU law continued to apply to it during the transition period after *Brexit* under the Withdrawal Agreement until 31 December 2020). On 14 May 2020, the Commission announced the opening of infringement procedures under Article 258 TFEU with letters of formal notice to Finland and the United Kingdom for failing to effectively remove intra-EU BITs from their legal orders; see https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_859. While the case against Finland (INFR(2016)2169) was closed on 23 May 2024, the case against the United Kingdom (INFR(2016)2150) remains active as of 16 December 2024 and on 30 October 2020 the Commission sent a reasoned opinion to the United Kingdom (see https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_1687). Furthermore, on 21 December 2021, the Commission announced the opening of infringement procedures with letters of formal notice to Austria, Belgium, Italy, Luxembourg, Portugal, Romania, and Sweden; see https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_6201; while Austria and Sweden had not signed the Termination Agreement and had not finalised the bilateral termination of their intra-EU BITs, Belgium, Italy, Luxembourg, Portugal, and Romania have not yet completed the ratification process of the Termination Agreement. The cases against Belgium (INFR(2016)2167), Italy (INFR(2021)2243), and Luxembourg (INFR(2016)2170) were closed on 23 May 2024, while the cases against Austria (INFR(2021)2241), Portugal (INFR(2016)2160), Romania (INFR(2021)2244), and Sweden (INFR(2021)2242) remain active as of 16 December 2024. The status of infringement procedures can be checked at https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en&langCode=EN.

²⁴ See Article 2(1) and Annex A of the Termination Agreement.

²⁵ *Id.* at Articles 2(2) and 3.

²⁶ See COM(2018) 547 final, *supra* footnote 21. In particular, pages 3-4: “*The Achmea judgment is also relevant for the investor-State arbitration mechanism established in Article 26 [ECT] as regards intra-EU relations. This provision, if interpreted correctly, does not provide for an investor-State arbitration clause applicable between investors from a Member States of the EU and another Member States of the EU. (...) Indeed, the reasoning of the Court in Achmea applies equally to the intra-EU application of such a clause which, just like the clauses of intra-EU BITs, opens the possibility of submitting those disputes to a body which is not part of the judicial system of the EU. The fact that the EU is also a party to the [ECT] does not affect this conclusion: the participation of the EU in that Treaty has only created rights and obligations between the EU and third countries and has not affected the relations between the EU Member States.*”

²⁷ In *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and the Principles of Quantum, 11 February 2022, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/it-law170038.pdf>, para. 670, the tribunal noted: “*the ECT is a multilateral agreement signed by the EU and its Member States as well as a number of other States not members of the EU. As long as there is no evidence that the Respondent’s interpretation of Article 26 of the ECT is supported by all the parties to the ECT (including its non-EU signatories), it cannot guide the Tribunal’s interpretation under Article 31(2)(a)-(b) of the VCLT.*”

²⁸ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the legal conse-

on intra-EU arbitration under the ECT absent a specific judgment from the CJEU about the ECT;²⁹ and (c) Hungary plainly rejected the application of the *Achmea* judgment to the ECT.³⁰ In parallel, the Commission and the Member States of the EU also failed to stop intra-EU arbitration proceedings under the ECT with the 2019 Declaration.³¹

10. As the lack of a specific decision on the ECT divided Member States, the CJEU closed the incertitude *intramuros* the EU when it referred to the invalidity of intra-EU arbitration under the ECT in the *Komstroy* judgment. The case referred to a request for a preliminary ruling made by the *Cour d'Appel* of Paris regarding the interpretation of the concept of investment set out in Article 1(6) ECT for the purposes of the annulment of an award rendered between a Ukrainian investor and Moldova. While the underlying case was not in any way an intra-EU arbitration, as the CJEU itself acknowledged,³² the CJEU decided first, as several Member States that had participated in the proceedings had observed, “to specify which disputes between one Contracting Party and an investor of another Contracting Party concerning an investment made by the latter in the area of the former may be brought before an arbitral tribunal pursuant to Article 26 ECT.”³³

In an evident *obiter dictum* and not as part of the *ratio decidendi* of the judgment,³⁴ and after considering that it had jurisdiction to interpret the ECT as being part of EU law,³⁵ the CJEU applied the

quences of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, signed by Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovenia, Spain, and the United Kingdom, available at https://finance.ec.europa.eu/document/download/901c4f5e-9c4e-4559-92a1-dc946e174ac5_en?filename=190_17-bilateral-investment-treaties_en.pdf. See Preamble at page 2: “Arbitral tribunals have interpreted the [ECT] as also containing an investor-State arbitration clause applicable between Member States. Interpreted in such a manner, that clause would be incompatible with the Treaties and thus would have to be disapplied.”

²⁹ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January 2019, on the enforcement of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, signed by Finland, Luxembourg, Malta, Slovakia, and Sweden, available at <https://www.regeringen.se/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b-2de7320128/achmea-declaration.pdf>. See Preamble at page 3: “A number of international arbitration tribunals post the *Achmea* judgment have concluded that the [ECT] contains an investor-State arbitration clause applicable between EU Member States. (...) Against this background, the Member States underline the importance of allowing for due process and consider that it would be inappropriate, in the absence of a specific judgment on this matter, to express views as regards the compatibility with Union law of the intra -EU application of the [ECT].”

³⁰ *Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019, on the legal consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, available at https://finance.ec.europa.eu/document/download/dbdd886c-93bc-4338-bbc6-223573124601_en?filename=190_16-bilateral-investment-treaties-hungary_en.pdf. See Paragraph 8 at page 3: “Hungary further declares that in its view, the *Achmea* judgment concerns only the intra-EU bilateral investment treaties. The *Achmea* judgment is silent on the investor-state arbitration clause in the [ECT] (...) and it does not concern any pending or prospective arbitration proceedings initiated under the ECT.”

³¹ See, *per omnes*, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 2 August 2019, available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw_1360.pdf, paras 268-270.

³² See *Komstroy* judgment, *supra* footnote 2, at para. 41.

³³ *Id.* at para. 40.

³⁴ The CJEU repeated that *obiter dictum* in another *obiter dictum* in Opinion 1/20 of 16 June 2022 pursuant to Article 218(11) TFEU on the draft modernised Energy Charter Treaty (EU:C:2022:485). See para. 47: “as regards the considerations of expediency, referred to in paragraph 25 of this Opinion, which justify the Court taking a position on the question of the compatibility of Article 26 of the ECT with the Treaties, suffice it to state, (...) the Court has already ruled on that question. It is clear from the judgment of 2 September 2021, (...), and in particular from paragraphs 40 to 66 thereof, that compliance with the principle of autonomy of EU law, enshrined in Article 344 TFEU, requires Article 26(2)(c) of the ECT to be interpreted as meaning that it is not applicable to disputes between a Member State and an investor of another Member State concerning an investment made by the latter in the first Member State.”

³⁵ See *Komstroy* judgment, *supra* footnote 2, at paras. 22-27. The CJEU noted that the ECT is an agreement concluded by the Council of the EU and that, as an act of one of its institutions, the provisions of the ECT form an integral part of the EU legal order from the time it enters into force that can be interpreted by the CJEU under Article 267 TFEU (*id.* at para. 23). This conclusion is not surprising considering that Paragraph 4 of the 1997 Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter Treaty pursuant to Article 26(3)(b)(iii) of the Energy Charter Treaty (*OJ L* 69, 9.3.1998, p. 115) (“**1997 Statement**”) and Paragraph 4 of the Statement submitted to the Energy Charter Treaty (ECT) Secretariat by the EU, EURATOM and their Member States pursuant to Article 26(3)(b)(iii) of the ECT replacing the statement made on 17

three-prong test set out in the *Achmea* judgment and held that: (i) an arbitral tribunal under Article 26(6) ECT has to apply EU law because the ECT itself is an act of EU law;³⁶ (ii) an arbitral tribunal constituted under the ECT is neither a court nor tribunal of a Member State of the EU with standing to make a request for a preliminary ruling to the CJEU;³⁷ and (iii) the same failures detected in the *Achmea* judgment on the control of awards that would jeopardize the preservation of the autonomy of EU law and of the particular nature of the law established by the EU Treaties were found in relation to the ECT.³⁸ The CJEU therefore concluded that Article 26(2)(c) of the ECT must be interpreted as not being applicable to disputes between a Member State and an investor of another Member State concerning an investment made by the latter in the first Member State.³⁹

In the Commission's approach towards this matter, the Declaration is the logical legal consequence for the ECT after the *Komstroy* judgment just like the 2019 Declaration was for the intra-EU BITs after the *Achmea* judgment.

11. To conclude with the analysis of the context of the Declaration, it is essential to mention the process of modernisation of the ECT that was launched in 2017 with the purpose of aligning it with the Paris Agreement and state-of-the-art provisions on investor-State dispute settlement.⁴⁰ The EU and its Member States have pursued the inclusion of a so-called 'disconnection clause' whereby it would be formally understood in the proper text of the ECT that the treaty would not apply in intra-EU arbitration. This is in stark contrast with the fact that some Member States as well as the European Commission had failed before many intra-EU arbitration tribunals under the ECT to demonstrate that under the current text of the treaty it was possible to find an 'implicit disconnection clause' that would carve out intra-EU arbitration from the ECT.⁴¹

On 3 December 2024, the Energy Charter Conference adopted and approved the amendments to the ECT,⁴² modifications and changes to the Annexes to the ECT,⁴³ and changes to Understandings, Declarations and Decisions with respect to the ECT,⁴⁴ among other measures.⁴⁵ For the purposes of this

November 1997 on behalf of the European Communities (*OJL* 115, 2.5.2019, p. 1) ("2019 Statement") had recalled that "*The Court of Justice of the European [Communities/Union], as the judicial institution of the [Communities/European Union and Euratom], is competent to examine any question relating to the application and interpretation of the constituent treaties and acts adopted thereunder, including international agreements concluded by the [Communities/European Union and Euratom], which under certain conditions may be invoked before the Court of Justice.*" Moreover, in Footnote 2 of the 1997 Statement and Footnote 3 of the 2019 Statement it was recalled that "*Article 26(2)(a) is also applicable in the case where the Court of Justice of the European [Communities/Union] may be called upon to examine the application or interpretation of the [ECT] on the basis of a request for a preliminary ruling submitted by a court or tribunal of a Member State in accordance with Article [177/267] of the [EC Treaty/TFEU].*"

³⁶ *Komstroy* judgment, *supra* footnote 2, at paras. 48-50.

³⁷ *Id.* at paras. 51-53.

³⁸ *Id.* at paras. 54-65.

³⁹ *Id.* at para. 66.

⁴⁰ See Conference Decision CCDEC202210, 24 June 2022, available at <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>.

⁴¹ See, *per omnes*, *The PV Investors v. Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14 (UNCITRAL Arbitration), Preliminary Award on Jurisdiction, 13 October 2014, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170717.pdf>, paras 174-207, esp. paras 182-184. In *InfraRed v. Spain*, *supra* footnote 31, para. 271, the tribunal examined the *travaux préparatoires* of the ECT and found an initiative by the European Commission to include an explicit disconnection clause for intra-EU application of the ECT in 1992, but it was ultimately abandoned.

⁴² See Conference Decision CCDEC202412, 3 December 2024, available at https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2024/CCDEC202412_EN.pdf.

⁴³ See Conference Decision CCDEC202413, 3 December 2024, available at https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/aCCDECS/2024/CCDEC202413_EN.pdf.

⁴⁴ See Conference Decision CCDEC202414, 3 December 2024, available at https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2024/CCDEC202414_EN.pdf.

⁴⁵ See Conference Decision CCDEC202415 "Entry into Force and Provisional Application of Amendments to the Energy Charter Treaty and Changes and Modifications to its Annexes," 3 December 2024, available at https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2024/CCDEC202415_EN.pdf; Conference Decision CCDEC202416 "Designation of the Energy Charter Secretariat as a Depository of the Energy Charter Treaty," 3 December 2024, available at <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2024/CCDEC202416.pdf>; Conference Decision CCDEC202417 "Public

paper, it is necessary to highlight that new Article 24(3) ECT expressly provides that Article 26 ECT does not apply to intra-EU arbitration.⁴⁶

III. Analysis of the Declaration: Would it achieve its goal?

12. Once appropriate context to the Declaration has been provided, it is time to analyze it in detail. We will focus on its legal nature, its contents, and its legal consequences.

1. Legal nature

13. The first element of the Declaration that catches attention is its publication in the Official Journal as a non-legislative act, just like the previous Statements made by the EU (with or without its Member States) with regards the ECT.⁴⁷ To some extent, the Declaration is not new because the 2019 Statement foresaw that the Declaration might be made later on.⁴⁸ On the contrary, the 2019 Declaration on *Achmea* was never published in the Official Journal because it was not an act of EU law.⁴⁹

14. The difference between the Declaration and the Statements lies in their legal basis: while the Statements were made, and allowed, under Article 26(3)(b)(iii) ECT in order to clarify the policies, practices and conditions of the EU, EURATOM and their Member States with regard to disputes between an investor and a Contracting Party and their submission to international arbitration or conciliation, the Declaration is an all-in statement on the correct understanding, in the view of the EU and its Member States, of the application of the ECT as far as intra-EU relations are concerned that tries to circumvent the unambiguous prohibition of reservations to the treaty established in Article 46 ECT.

From the perspective of public international law, the EU, EURATOM and their Member States seem to categorize the Declaration as a “*subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions*” according to Article 31(3)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“VCLT”).⁵⁰ The Preamble of the Declaration expressly cites case law from the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice in support of the signatories’ “*right of giving an authoritative interpretation of a legal rule*” as parties to an international agreement in relation to that agreement.⁵¹ That notwithstanding, the Preamble recalls that the

communication on the Adoption/Approval of the Decisions on the Modernisation of the Energy Charter Treaty,” 3 December 2024, available at <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2024/CCDEC202417.pdf>.

⁴⁶ See CCDEC202412, *supra* footnote 42: “*For greater certainty, Articles 7, 26, 30, 30 bis and 32 shall not apply among Contracting Parties that are members of the same REIO in their mutual relations.*”

⁴⁷ See the 1997 Statement and the 2019 Statement (*supra* footnote 35).

⁴⁸ The main purpose of the 2019 Statement under Article 26(3)(b)(iii) (*supra* footnote 35) was to address the consequences of the adoption of Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party (OJL 257, 28.8.2014, p. 121). In footnote 2 of the 2019 Statement, the EU, EURATOM and their Member States insisted that Regulation 912/2014 applied “*to cases initiated by a claimant from a non-EU Contracting Party under the [ECT]*,” clarified that “[d]isputes between an investor of a Member State and a Member State under the [ECT] do not fall within the scope of this statement,” and affirmed that “[t]he EU and its Member States may address this matter at a later stage.”

⁴⁹ See *InfraRed v. Spain*, *supra* footnote 31, para. 269: “*the January Declarations were not adopted within the EU legal order and are not EU legal instruments. They are, at best, declarations by the governments of some EU member states*” (emphasis in the original).

⁵⁰ Done at Vienna on 23 May 1969. 1155 U.N.T.S. 331. The Declaration does not mention that provision of the VCLT because, we guess, not all Member States of the EU are parties thereto. Nonetheless, the VCLT is widely regarded as reflecting customary international law in this matter and, moreover, page 1 of the Preamble of the Declaration refers to the signatories having in mind the rules of customary international law as codified in the VCLT when they entered into the Declaration.

⁵¹ See Preamble of the Declaration, page 1, with mentions to *Question of Jaworzina (Polish- Czechoslovakian Frontier)*, Advisory Opinion, [1923] *PCIJ Series B* No. 8, 37; *Reservations on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1951*, 15, 20.

Member States of the EU have assigned that right of giving an authoritative interpretation of EU and EURATOM law to the CJEU,⁵² that extends to the interpretation and application of international agreements to which the EU, EURATOM and the Member States are parties, “*in the relationship between two Member States or the European Union or Euratom and a Member State.*”⁵³ This is the EU’s legal explanation under general international law of the CJEU’s confirmation in the *Komstroy* judgment of its jurisdiction to interpret the ECT as an act of EU law.⁵⁴

On its side, Hungary’s Declaration cites several provisions of the VCLT, also as rules of customary international law, to give grounds in a very generic manner to the Government’s departure from the conclusions reached in the Declaration,⁵⁵ but without trying to provide a legal basis for it because it is merely a unilateral act of the Hungarian state.

15. The key issue of the Declaration is for the EU and its Member States to justify that they are entitled to enter into it considering that when the VCLT refers several times to “*the parties*” in Article 31 it would mean “*all the parties*” in the treaty at stake.⁵⁶ Aware of this pitfall, the Preamble of the Declaration insists on the signatories’ standing to issue the Declaration in their condition of members of the EU as a Regional Economic Integration Organisation within the meaning of Article 1(3) ECT, that they restrict the scope of the Declaration to the bilateral relationships between the EU, EURATOM and their Member States, respectively, and, by extension, the investors from those Contracting Parties to the ECT⁵⁷ and, at the same time, it makes clear that it “*does not affect the enjoyment by the other parties to the [ECT] of their rights under that Treaty or the performance of their obligations.*”⁵⁸

Bearing in mind the manifest lack of success of previous attempts by the EU and its Member States to stop intra-EU arbitration proceedings with the 2019 Declaration, and taking into account that the 2019 Declaration led to the adoption of the Termination Agreement of intra-EU BITs, the Preamble of the Declaration announces that the Member States will conclude an agreement on the interpretation and application of the ECT (“Inter-Se Agreement”) and that they have informed other Contracting Parties of the ECT in this respect.⁵⁹ As indicated below, only with the Inter-Se Agreement will the EU and its Member States give full effect to several elements of the Declaration, and it is likely that its contents will be copied from or at least inspired by those of the Termination Agreement.

However, in our view, neither the Declaration nor the Inter-Se Agreement can defeat the unsurmountable obstacle of the prohibition of reservations to the treaty set out in Article 46 ECT as a matter of international law. While the Preamble of the Declaration refers to the Inter-Se Agreement in a way

⁵² See reference in page 1 of the Preamble to CJEU’s judgment of 30 May 2006, *Commission v. Ireland (Mox Plant)* (C-459/03; EU:C:2006:345), paras 129-137.

⁵³ In page 3 of the Preamble the Declaration also mentions *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, p. 3, paras 33 and 35, to recall that certain provisions of the ECT are intended to govern bilateral relations.

⁵⁴ See *supra* footnotes 35-36.

⁵⁵ See Hungary’s Declaration (*supra* footnote 6), page 1, with references to Articles 26 (*pacta sunt servanda*), 28 (non-retroactivity of treaties), 40 (amendment of multilateral treaties) and 41 VCLT (agreements to modify multilateral treaties only between certain parties).

⁵⁶ Some arbitral tribunals have pointed in that direction. See *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy’s request for immediate termination and Italy’s jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes, 7 May 2019, para. 125, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10512.pdf>; *InfraRed v. Spain*, *supra* footnote 31, para. 268; *Renergy v. Spain*, *supra* footnote 13, para. 371: “*being non-binding instruments and not reflecting a consensus of all EU Member States – let alone, and more importantly, all ECT Contracting Parties – the EU Member States Declarations cannot change the clear terms of the ECT or guide the Tribunal in seeking a harmonious interpretation.*”

⁵⁷ See Preamble of the Declaration, page 1: “*Considering that the members of a Regional Economic Integration Organisation within the meaning of Article 1(3) [ECT] hereby express a common understanding on the interpretation and application of a treaty in their inter se relations.*”

⁵⁸ See Preamble of the Declaration, page 3.

⁵⁹ See Preamble of the Declaration, page 3. At page 4 the Preamble assures that the Inter-Se Agreement “*has been negotiated and initialled by the signatories to this Declaration as an indication that the text is stable,*” and the signatories will “*make best efforts to deposit in due course their instruments of ratification, approval or acceptance of that treaty.*” However, as of 16 December 2024, the text is yet to be disclosed to the public.

that resembles compliance with the requirements set out in Article 41 VCLT on agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only, it is well known that such possibility is subject to the inexistence of a prohibition on this matter in the treaty at stake.⁶⁰ As the tribunal in *BayWa v. Spain* noted, even by means of an *inter se* agreement following Article 41 VCLT “it is very doubtful whether the abrogation *inter se* of the ECT as between EU Member States is compatible “with the effective execution of the object and purpose of the [ECT] as a whole”.”⁶¹ Recalling the finding of the tribunal in *Eastern Sugar v. Czech Republic*, the abrogation of intra-EU arbitration under the ECT is a major modification of the treaty that could undoubtedly hinder the investors’ full benefit from it. Moreover, as the International Law Commission has concluded, subsequent agreements under Article 31(3)(a) VCLT contribute, in their interaction with other means of interpretation, to the clarification of the meaning of a treaty, but it is presumed that under such agreements the parties intend to interpret the treaty, “not to amend or to modify it.”⁶²

In our view, the future new Article 24(3) ECT containing an express disconnection clause adopted by *all the parties* to the ECT will be the genuine mechanism to put an end to (new) intra-EU arbitration proceedings under the ECT. At the same time, and paraphrasing the tribunal in *Mercuria Energy v. Poland*, the fact that it is today that the ECT would include “an explicit wording of the intra-EU carve-out, further underscore that there has been no clear exclusion of the intra-EU arbitration under the ECT at the time of its conclusion.”⁶³

Consequently, it is doubtful that the Declaration will achieve its goal of avoiding new intra-EU arbitration proceedings under the ECT.

2. Contents of the Declaration

16. The squalid four paragraphs of the Declaration focus on two intertwined aspects of the application of Article 26 ECT to intra-EU arbitration.⁶⁴

A) Statement against the application of Article 26 ECT to intra-EU arbitration back to 1998

17. The first aspect is the reaffirmation in Paragraph 1 of the Declaration by the signatories thereof that Article 26 ECT “cannot and never could serve as a legal basis for intra-EU arbitration proceedings.” The Declaration also states that this reaffirmation is made “for greater certainty,” assuming that

⁶⁰ Article 41 VCLT, *supra* footnote 50: “1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if: (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and (...) (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.” See J. CRAWFORD, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th ed., 2012, p. 386; P.-M. DUPUY/Y. KERBRAT, *Droit International Public*, Dalloz, 12th ed., 2014, p. 344.

⁶¹ *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019, para. 276, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15000.pdf>. Such conclusion was endorsed in *Sevilla Beheer v. Spain*, *supra* footnote 27, para. 650; *Mercuria Energy Group Limited v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2019/126, Final Award, 29 December 2022, para. 413, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw17104.pdf>.

⁶² “Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties,” adopted by the International Law Commission at its seventieth session (A/73/10), 2018, available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_11_2018.pdf.

⁶³ *Mercuria Energy v. Poland*, *supra* footnote 61, para. 414.

⁶⁴ Contrary to the Termination Agreement, that put an end to the full contents of all intra-EU BITs despite the limited scope of the *Achmea* judgment, the Declaration does not take a stance on the compatibility of the rest of provisions of the ECT with EU law. Paragraph 4 of the Declaration reserves this matter for future, specific analysis: “Paragraphs 1 to 3 are without prejudice to the interpretation and application of other provisions of the [ECT] to the extent they concern intra-EU relations.” Hungary’s Declaration (*supra* footnote 6) shares this understanding in its Paragraph 2.

it has been widely known before and after the *Komstroy* judgment.⁶⁵ It also assures that this conclusion derives from the negotiations of the ECT in the early 1990s, where the Commission apparently intervened to negotiate the treaty with *ad extra* effects only as part of its external policy while the then EC was elaborating a sophisticated internal energy market,⁶⁶ but it deliberately ignores that the Member States of the EU are also Contracting Parties of the ECT *per se* and that energy is a shared competence between the EU and its Member States as per Article 4(2)(i) TFEU.

The Declaration looks backwards and forward, trying to limit the application of the ECT in new arbitration proceedings and to exert influence on ongoing proceedings given the *ex tunc* effects of CJEU's preliminary rulings.⁶⁷ In other words, the EU and its Member States intend to extend the prohibition of intra-EU arbitration under the ECT as of 1998, when the ECT came into force for many Contracting Parties thereto that were already Member States of the then EC. On the contrary, Hungary's Declaration approaches this issue in a prospective manner, considering that "*new intra-EU arbitration proceedings could not be proceeded*" and confirming that Article 26(2)(c) ECT "*shall be interpreted and applied in such a way that it shall no longer serve as a legal basis*" for intra-EU arbitration proceedings.⁶⁸ Hungary's approach is reportedly based on its interest to protect a state-owned company that has filed several intra-EU arbitrations under the EC against Croatia.⁶⁹

18. According to the Declaration, the common understanding of the signatories is based on two elements of EU law⁷⁰:

On the one hand, the CJEU's *Komstroy* judgment, which is depicted as stating that Article 26 ECT "*does not apply, and should never have been applied*" as a basis for intra-EU arbitration proceedings even though the express terms of the *Komstroy* judgment only referred to the first idea and in *obiter* (it may be argued that the second one would be a consequence of the *ex tunc* effects of judgments of the CJEU).

On the other hand, the primacy of EU law. The Declaration refers to Declaration No. 17, annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, where the EU and its Member States recalled such primacy, even though such principle stems from the case law of the CJEU since the *Costa v. ENEL* judgment.⁷¹ Paragraph 1 of the Declaration further describes the principle of primacy of EU law "*as a rule of international law governing conflict of norms in their mutual relations.*"⁷² The Preamble of the Declaration also mentions Articles 267 and 344 TFEU in support of this conclusion as the provisions of EU law that the CJEU understood in *Achmea* and *Komstroy* to oppose to intra-EU arbitration.

19. For all the foregoing, Paragraph 3 of the Declaration concludes that the signatories declare that Article 26 ECT "*does not apply as a basis for intra-EU arbitration proceedings.*"

⁶⁵ At page 2 of the Declaration the Preamble expressly recalls the *Achmea* and the *Komstroy* judgments as well as Opinion 1/20 (*supra* footnote 34). Hungary's Declaration (*supra* footnote 6, page 1) only relies on *Komstroy* and Opinion 1/20, in coherence with the Hungarian 2019 Declaration that rejected the application of *Achmea* to the ECT (*supra* footnote 30).

⁶⁶ See Preamble of the Declaration, page 2: "*Recalling (...) that it was not, and could not have been, the intention of the European Union, Euratom and their Member States, that the [ECT] would create any obligations among them since it was negotiated as an instrument of the European Union's external energy policy with the view to establish a framework for energy cooperation with third countries whereas, by contrast, the Union's internal energy policy consists of an elaborate system of rules designed to create an internal market in the field of energy which exclusively regulate the relations between the Member States.*"

⁶⁷ See Preamble of the Declaration, page 2: "*Recalling that, as an interpretation by the competent court and reflecting a general principle of public international law, the interpretation of the [ECT] in the Komstroy judgment applies as of the approval of the [ECT] by the European Union, Euratom and their Member States.*"

⁶⁸ See Hungary's Declaration (*supra* footnote 6), Preamble and Paragraph 1.

⁶⁹ See T. Fisher, "Hungary's MOL brings new claim against Croatia," *Global Arbitration Review*, 21 June 2024.

⁷⁰ Paragraph 1 of Hungary's Declaration (*supra* footnote 6) shares the legal basis of this understanding without further ado.

⁷¹ Judgment of 15 July 1964, *Flaminio Costa v. Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)* (C-6/64, EU:C:1964:66).

⁷² Similarly, in page 2 of the Declaration the Preamble describes the principle of primacy of EU law as a "*conflict rule in [the] mutual relations*" of Member States and recalls that "*in order to resolve any conflict of norms, an international agreement concluded by the Member States of the European Union under international law may apply in intra-EU relations only to the extent that its provisions are compatible with the EU Treaties.*"

B) Non-application of intra-EU arbitration under the ECT during the period of remanence thereof after the withdrawal of a Contracting Party

20. The second aspect of the Declaration (Paragraph 2) is the reaffirmation, also “*for greater certainty,*” of the common understanding of the signatories that, as a result of the absence of legal basis for intra-EU arbitration proceedings pursuant to Article 26 ECT, the sunset clause included in Article 47(3) ECT “*cannot extend, and could not have been extended to such proceedings.*” The former is a logical consequence of the first aspect and has special importance in the context of the stampede of Contracting Parties to the ECT withdrawing from it given that, according to Article 47(3) ECT, the treaty continues to apply to investments existing as of the date of the withdrawal of a Contracting Party for a period of 20 years from such date in that Contracting Party.⁷³

21. Paragraph 2 is intended to be comprehensive of all situations currently affecting Member States of the EU.

On the one hand, the mention to the non-extension of the sunset clause to past situations covers the cases of all Contracting Parties that have withdrawn from the ECT and that still have to apply it to existing investments for a period of 20 years since the entry into force of their withdrawal.⁷⁴ Special reference must be made in this regard to Italy, that withdrew from the ECT in 2015 and that was nonetheless sued under the sunset clause of the ECT several times since then, but also to the set of Member States that recently withdrew from the ECT.⁷⁵

On the other hand, the mention to future situations obviously covers the cases of any subsequent withdrawal, considering that some Member States of the EU have announced their intention to follow the steps of other Member States out of the ECT but they have yet to formally approve it.⁷⁶

On its side, Hungary’s Declaration is more nuanced and defends that the withdrawal of the applicability of Article 26 ECT in intra-EU arbitration proceedings “*may be ensured in accordance with international law by a future amendment of the [ECT] through bilateral or multilateral treaty between all or certain parties to the treaty, in accordance with Article 40 or 41 [VCLT].*”⁷⁷

22. For all the foregoing, Paragraph 3 of the Declaration concludes affirming that “*Article 47(3) [ECT] will not produce legal effects in intra-EU relations.*” We explained above that it is doubtful that the Declaration will achieve its goal of avoiding intra-EU arbitration proceedings under Article 26 ECT, and it is likely that it will happen the same with its goal to neutralize Article 47(3) ECT.

3. Legal consequences of the Declaration

23. The dispositive part of the Declaration does not establish how the Declaration will be implemented by the EU, EURATOM, the Member States and third parties. That notwithstanding, the long Preamble of the Declaration contains certain statements and commitments by the signatories thereof that provide more clear guidance on what they will (have to) do to comply with the Declaration.

⁷³ Article 47(3) ECT, *supra* footnote 3: “*The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party’s withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date.*”

⁷⁴ Paragraph 2 of the Declaration also states: “*Article 47(3) [ECT] cannot have produced any legal effects in intra-EU relations when a signatory withdrew from the [ECT] prior to this Declaration.*”

⁷⁵ See *supra* footnote 5. The Preamble of the Declaration recalls at page 1 that the previous withdrawal of a Member State from the ECT does not preclude “*an interest in expressing a common understanding on the interpretation and application of that Treaty for as long as it may be held to produce legal effects in relation to that member and in particular in respect of Article 47(3) [ECT].*”

⁷⁶ The Declaration also states: “*nor will [Article 47(3) ECT] produce any legal effects in intra-EU relations if a signatory withdraws from the [ECT] subsequently.*” According to some sources, Denmark and Ireland have also announced their intention to withdraw from the ECT; see <https://iareporter.com>.

⁷⁷ See Hungary’s Declaration (*supra* footnote 6), page 2.

Undoubtedly, such statements and commitments are inspired by several provisions of the Termination Agreement for the intra-EU BITs and underlying arbitration proceedings, and it is most likely that the Inter-Se Agreement will be drafted in a similar manner in order to address the major concerns of the EU, EURATOM and its Member States for the systemic reluctance of arbitral tribunals to deny jurisdiction in intra-EU cases under the ECT.⁷⁸ This reinforces the idea of the limited impact of the Declaration as such.

24. On the one hand, according to the Declaration, the EU, EURATOM and most importantly the Member States of the EU have the duty to inform arbitral tribunals constituted under the ECT in *pending* proceedings of the existence of the Declaration and the consequences thereof, i.e., that such arbitral tribunals have no jurisdiction to hear the case.⁷⁹ This obligation affects in particular the respondent State in the pending arbitration (indeed the most interested party in bringing an end to such proceeding) as well as the home state of the investor who started the arbitration. It is likely that the Inter-Se Agreement will contain a provision similar to Article 7(a) of the Termination Agreement in this regard.⁸⁰

For these purposes, the Declaration refers to arbitration proceedings instituted under any of the rules of arbitration available under Article 26(4) ECT: ICSID arbitration (including its Additional Facility Rules), a sole arbitrator or *ad hoc* arbitration tribunal under the UNCITRAL Arbitration Rules or an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (“SCC”).⁸¹

In this line, Declaration does not expressly order affected Member States to cooperate in order to avoid the enforcement of intra-EU awards rendered under the ECT, while Article 7(b) of the Termination Agreement so provides for awards rendered under intra-EU BITs.⁸² In any case, the Declaration contains the great concern of the signatories for the enforcement of intra-EU awards rendered under the ECT despite the conclusion reached by the CJEU in *Komstroy*,⁸³ so it is likely that the Inter-Se Agreement will also include provisions for Member States to make their best efforts to hinder such kind of enforcement.

25. On the other hand, and in coherence thereof, the same principle applies if a *new* intra-EU arbitration proceeding is commenced under the ECT. In that case, the respondent State as well as the home State of the investor who started the new claim should cooperate to inform the arbitral tribunal of the

⁷⁸ See Preamble of the Declaration, page 3: “*Regretting that arbitral awards have already been rendered, continue to be rendered and could still be rendered in a manner contrary to the rules of the European Union and Euratom, including as expressed in the interpretations of the CJEU, by arbitral tribunals in intra-EU arbitration proceedings initiated with reference to Article 26 [ECT].*” Same at page 3: “*Also regretting that in pending intra-EU arbitration proceedings purportedly based on Article 26 [ECT] arbitral tribunals do not decline competence and jurisdiction.*” The most notable exception has been *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration V (2016/135), Award, 16 June 2022, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170301.pdf>, where a tribunal seated in Stockholm applied Swedish law as the *lex fori* and concluded that it did not have jurisdiction in view that Swedish law included EU law (and the *Komstroy* judgment).

⁷⁹ See Preamble of the Declaration, page 3: “*Considering that, as a result of the non-applicability of Article 26 [ECT] y as a legal basis for intra-EU arbitration proceedings, where intra-EU arbitration proceedings are pending, the signatories to this Declaration that are concerned by those proceedings, whether as respondent or as home State of an investor, should cooperate with one another in order to ensure that the existence of this Declaration is brought to the attention of the arbitral tribunal in question, allowing the appropriate conclusion as to absence of jurisdiction of the tribunal to be drawn.*” In this sense, at page 4 the Preamble of the Declaration identifies an obligation for arbitral tribunals “*to immediately terminate any pending intra-EU arbitration proceedings.*”

⁸⁰ See Termination Agreement, *supra* footnote 23, Article 7(a): “*Where the Contracting Parties are parties to [BITs] on the basis of which Pending Arbitration Proceedings or New Arbitration Proceedings were initiated, they shall: (a) inform, in cooperation with each other and on the basis of the statement in Annex C, arbitral tribunals about the legal consequences of the Achmea judgment as described in Article 4.*”

⁸¹ See Preamble of the Declaration, page 4.

⁸² See Termination Agreement, *supra* footnote 23, Article 7(b): “*Where the Contracting Parties are parties to [BITs] on the basis of which Pending Arbitration Proceedings or New Arbitration Proceedings were initiated, they shall: (b) where they are party to judicial proceedings concerning an arbitral award issued on the basis of a [BIT], ask the competent national court, including in any third country, as the case may be, to set the arbitral award aside, annul it or to refrain from recognising and enforcing it.*”

⁸³ Preamble of the Declaration, page 3: “*Also regretting that such arbitral awards are the subject of enforcement proceedings, including in third countries.*” Same at page 4: “*Considering (...) the European Union, Euratom and their Member States thereby ensure (...) the unenforceability of existing awards.*”

Declaration and the ensuing lack of jurisdiction thereof.⁸⁴ Again, it is likely that the Inter-Se Agreement will contain a provision similar to Article 7(a) of the Termination Agreement in this regard.⁸⁵

It is significant that the Preamble of the Declaration refers to the ‘obligation’ of arbitral institutions not to register new intra-EU arbitration cases according to their constitutive instruments.⁸⁶ However, it is doubtful that this *ultra vires* provision will be enforced:

- (i) Although the Secretary-General of ICSID has a screening power under Article 36(3) of the ICSID Convention to deny the registration of a request for arbitration if “*the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre,*” it is doubtful that they would agree to conduct complex research on the legal value of the Declaration under that function.⁸⁷ Consequently, they will most likely register a new intra-EU case, forwarding to the arbitral tribunal the duty to finally decide on jurisdiction pursuant to Article 41 of the ICSID Convention and after being presented with arguments and evidence by the parties.
- (ii) On 16 October 2024, the SCC published a new policy whereby its board will fix the seat of any new intra-EU arbitration proceeding outside the EU, being mindful, in its view, of its “*obligation to make every effort to ensure an arbitral award rendered under the SCC Rules is legally enforceable.*”⁸⁸ Such policy was made in overt contempt of the Declaration and in order to keep a role in the administration of intra-EU arbitration proceedings under the ECT after several intra-EU awards administered by the SCC were annulled in Sweden.

26. Finally, the Declaration isolates final awards and settlements from the effects thereof. The Preamble of the Declaration applies this grandfathering to “*settlements and arbitral awards in intra-EU investment arbitration cases that can no longer be annulled or set aside and were voluntarily complied with or definitively enforced,*” without specifying a cut-off date for that.

It could be argued that said date should be that of the Declaration (26 June 2024), although Article 6 of the Termination Agreement established 6 March 2018, the date of the *Achmea* judgment, as such date for awards under intra-EU BITs while the equivalent 2019 Declaration was issued on 15 January 2019.⁸⁹ Once again, it is likely that the Inter-Se Agreement will contain a similar provision to provide

⁸⁴ See Preamble of the Declaration, page 3: “*Agreeing that where a notice of arbitration is nevertheless delivered the signatories that are concerned by those proceedings, whether as respondent or as home State of an investor, should cooperate with one another in order to ensure that the existence of this Declaration is brought to the attention of the arbitral tribunal in question, allowing the appropriate conclusion to be drawn that Article 26 [ECT] cannot serve as a legal basis for such proceedings.*” In this sense, at page 4 the Preamble of the Declaration identifies an obligation for arbitral tribunals “*to declare that any intra-EU arbitration proceedings lack a legal basis.*”

⁸⁵ See Termination Agreement, Article 7(a), *supra* footnote 80.

⁸⁶ See Preamble of the Declaration, page 4: “*Considering (...) the obligation for arbitration institutions not to register any future intra EU arbitration proceedings, in line with their respective powers under Article 36(3) ICSID Convention and Article 12 SCC Arbitration rules.*” In this sense, at page 3 of the Declaration the signatories regret “*that arbitration institutions continue to register new arbitration proceedings and do not reject them as manifestly inadmissible due to lack of consent to submit to arbitration.*”

⁸⁷ See S. W. SCHILL (Gen. Ed.), *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, Cambridge University Press, 3rd. ed., 2022, Vol. I, pp. 696-698.

⁸⁸ See SCC Arbitration Institute, “SCC Policy. Deciding the seat in intra-EU investment arbitrations administered under the SCC Rules” (typos corrected), 16 October 2024, available at https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2024-10/scc_policy_seat_of_arbitration_2024-1.pdf. The Policy reads as follows: “*In investment treaty arbitrations between parties based in the EU, and/or a state that is a candidate or potential candidate for EU membership, the Board will not decide that Stockholm, or any other city, or any other judicial district within the EU, or within a state that is a candidate or potential candidate for EU membership, shall be the seat of arbitration. In such cases, the Board will decide on a seat located outside the EU and those states listed as candidates or potential candidates for EU membership.*”

⁸⁹ See Termination Agreement, *supra* footnote 23, Article 6: “*Concluded Arbitration Proceedings. 1. Notwithstanding Article 4, this Agreement shall not affect Concluded Arbitration Proceedings. Those proceedings shall not be reopened. 2. In addition, this Agreement shall not affect any agreement to settle amicably a dispute being the subject of Arbitration Proceedings initiated prior to 6 March 2018.*” See also the definition of “Concluded Arbitration Proceedings” in Article 1: “(4) “*Concluded Arbitration Proceedings*” means any Arbitration Proceedings which ended with a settlement agreement or with a final award issued prior to 6 March 2018 where: (a) the award was duly executed prior to 6 March 2018, even where a related claim for legal costs has not been executed or enforced, and no challenge, review, set-aside, annulment, enforcement, revision or other

legal security to all interested parties. The question remains on whether the cut-off date for ECT awards in the Inter-Se Agreement should be 2 September 2021, the date of the *Komstroy* judgment, or 6 March 2018 too as the legal consequences stemming from *Komstroy* were established authoritatively in *Achmea*.

IV. Concluding remarks

27. The experience with previous declarations and statements of the EU and its Member States shows the little impact thereof on investors, arbitral institutions and tribunals on the topic of jurisdiction to hear intra-EU claims under investment treaties. The fact that the signatories of the Declaration acknowledged that they had a specific *inter se* treaty ready for signature at the time of issuing the Declaration is the living proof they were truly aware of its limited value. Moreover, as the Contracting Parties of the ECT will ratify the amendments to the treaty as adopted in December 2024, the decision on whether the ECT applies in intra-EU arbitrations will be taken in a smooth manner (at least for *new* proceedings) with the legal security granted by an express disconnection clause in new Article 24(3) ECT excluding such kind of disputes.

28. At the same time, it remains to be seen whether aggrieved investors of one Member State of the EU will happily agree to submit a claim against another Member State hosting their investment before the domestic courts of that State, as the Declaration recalls,⁹⁰ or whether the investor would structure its investment in a way to be able to claim under Article 26 ECT against the host State as a national of a non-EU Member State.

similar proceedings in relation to such final award was pending on 6 March 2018, or (b) the award was set aside or annulled before the date of entry into force of this Agreement.”

⁹⁰ See Preamble of the Declaration, page 2: “*Considering, in any event, that, where disputes cannot be settled amicably, a party may as always choose to submit in accordance with national law disputes between a Member State (or, as the case may be, the European Union or the Euratom) and an investor of another Member State for resolution to the competent courts or administrative tribunals, as guaranteed by general principles of law and respect for fundamental rights, enshrined inter alia in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.*”

Algunas observaciones sobre la Ley aplicable
a la determinación de la filiación natural (art. 9.4.I Cc):
Análisis de la SAP Valencia nº414/24 de 26 de junio¹

Some observations on the law applicable to the determination
of natural filiation (art. 9.4.I Cc):
analysis of the Valencia SAP of June 26

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO
Profesora de Derecho Internacional privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente

Recibido:15.12.2024/Aceptado:30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9377

Resumen: En nuestro país, la norma que regula la ley aplicable a la determinación de la filiación natural es el art.9.4 Cc. Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada que se estructura a través de puntos de conexión múltiples, jerarquizados o en cascada. En la práctica, se suscitan problemas cuando se trata de fijar el ámbito de aplicación de la ley designada por el art.9.4 Cc y en particular, en el momento de establecer las cuestiones cubiertas por dicho precepto. El presente trabajo analizará las soluciones que plantea la SAP Valencia nº414/24, de 26 junio, a los inconvenientes que genera la aplicación en la práctica del art.9.4.I Cc., teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia más relevantes

Palabras clave: Filiación natural, art. 9.4 Cc., ley aplicable, Derecho Internacional privado.

Abstract: In our country, the rule governing the law applicable to the determination of natural filiation is Art. 9.4 Cc. It is a materially oriented conflict rule that is structured by means of multiple hierarchical or cascading connection points. In practice, problems arise in establishing the scope of application of the law designated by Art. 9.4 Cc and, in particular, in establishing the matters to which this provision refers. This paper will analyse the solutions that the Valencia SAP nº 414/24, of 26 June, proposes to the disadvantages generated by the application in practice of Art. 9.4.I Cc, taking into account the most relevant doctrine and jurisprudence.

Keywords: Natural filiation, art.9.4 Cc, applicable law, International Private Law.

Sumario: I. Breve introducción general. II. Algunas reflexiones acerca del art.9.4.I Cc. Especial referencia al ámbito de la ley reguladora de la filiación por naturaleza. III. La SAP Valencia nº414/24, de 26 de junio: Antecedentes de hecho y exposición de la fundamentación jurídica. IV. Reflexiones acerca del fallo de la SAP Valencia 26 junio 2024 desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz,

I. Breve introducción general

1. Primeramente, hay que partir de la base de que el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea no contempla normas reguladoras de la filiación, si bien, desde hace algún tiempo, se está trabajando en una propuesta sobre filiación en situaciones transfronterizas². En segundo término, también conviene recordar que el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996³, excluye expresamente en su art.4.a) el establecimiento y la impugnación de la filiación.

2. Luego, a falta de instrumento internacional que regule la cuestión, en nuestro país, la norma de Derecho Internacional Privado que regula la ley aplicable a la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se sitúa en el art.9.4 Cc. en la redacción dada tras la reforma efectuada por el art.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴. Como más adelante se explicará, se trata de una norma de conflicto materialmente orientada o de orientación material, cuyo centro se sitúa en el hijo⁵ y que, por este motivo, persigue alcanzar el *favor filii*, reforzando el establecimiento de la filiación por naturaleza. Esta norma se estructura a través de puntos de conexión múltiples, jerarquizados o en cascada, de manera que, si la ley designada por el punto de conexión principal no permite el establecimiento de la filiación, se aplicarán subsidiaria y sucesivamente los siguientes puntos de conexión, en busca de la ley que permita el establecimiento de la filiación a favor del hijo

3. Consecuentemente con lo que antecede, los jueces y tribunales españoles deberán de aplicar, incluso de oficio (art.12.6 Cc), el citado art.9.4 Cc cuando tengan que enfrentarse a los problemas que suscita la determinación de la ley aplicable a la filiación natural. Ahora bien, pese a las buenas intenciones del legislador español, en la práctica, la cuestión no es tan sencilla y a menudo, las autoridades y los órganos jurisdiccionales españoles han de abordar algunos inconvenientes cuando se trata de fijar el ámbito de aplicación de la ley designada por el art.9.4 Cc⁶. En este sentido, en particular, las controversias más frecuentes surgen en el momento de establecer los aspectos que quedan cubiertos por dicho precepto. Ejemplo de ello, es la SAP Valencia nº414/24, de 26 junio, en la que se ofrece respuesta a

² Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (Bruselas, 7 de diciembre de 2022), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695>. Acerca de la mencionada propuesta, Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU (2023). La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, pp. 148-180, DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.46>. Parece oportuno observar que, hasta la fecha, se venía justificando la falta de normas de conflicto reguladoras de la ley aplicable a la filiación en las reglas consuetudinarias de Derecho internacional público, con arreglo a las cuales la cuestión quedaría al arbitrio de los legisladores de cada Estado miembro de la Unión Europea. Así se pronunció el TJUE, que asumió que recaía en los Estados miembros la regulación de sus normas de conflicto con sus propios puntos de conexión para determinar materias relativas al estatuto personal, como la capacidad, el estado civil, el nombre y la filiación natural y adoptiva. En este sentido, pueden citarse, entre otras muchas, las SSTJUE 14 octubre 2008, asunto C-353/2006 (ECLI:EU:C:2008:559), 22 diciembre 2010, asunto C-208/09, (ECLI:EU:C:2010:806) y 12 mayo 2011, asunto C-391/09 (ECLI:EU:C:2011:291). Así lo puso igualmente de manifiesto J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 68, Nº 2, 2016, p. 161.

³ «BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁴ «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

⁵ Así, se ha dicho que constituye una norma de conflicto puerocéntrica, en tanto que toma al hijo como centro de la regulación de Derecho Internacional Privado. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Sexta Edición, Murcia, Rapidcentro color, 2024, p.464.

⁶ Esta autora, al hilo del estudio de la SAP León 6 noviembre 2019 (ECLI: ES:APLE:2019:1347.), ya puso de relieve algunas de las cuestiones litigiosas a las que han de dar respuesta los tribunales españoles en supuestos de filiación con elemento internacional, en los cuales, las dificultades a la hora de establecer la filiación son mayores. Ello, debido, justamente, a los diferentes elementos internacionales que presentan este tipo de situaciones, en cuya virtud se genera un conflicto de leyes, al quedar conectada la relación jurídica con los ordenamientos jurídicos de distintos países. Vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “La determinación de la filiación en situaciones transnacionales: cuestiones prácticas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020). Vol.2012, Nº2, pp. 1177-1186.

algunos de los inconvenientes que genera la aplicación en la práctica del art.9.4.I Cc. y cuyo estudio se abordará más adelante.

II. Algunas reflexiones acerca del art.9.4.I Cc. Especial referencia al ámbito de la ley reguladora de la filiación por naturaleza⁷

4. Con carácter previo al análisis de la SAP Valencia 26 junio 2024, parece oportuno realizar algunas observaciones acerca del régimen establecido en el art.9.4.I Cc., particularmente, por lo que respecta a las cuestiones cubiertas por el ámbito de aplicación de la ley que regula la filiación natural, en virtud del mencionado precepto. De este modo, como ya se ha advertido, el art.9.4 Cc. es una norma de conflicto materialmente orientada que se centra en la persona del hijo, y no en las de sus progenitores, habida cuenta que su objetivo consiste en alcanzar el *favor filii*⁸. En este punto, ha de tomarse en consideración que, en cuanto a la determinación de la ley aplicable al establecimiento de la filiación, debe atenderse tanto al contenido material del Derecho aplicable como al resultado material que se obtiene al aplicar dicho contenido en la práctica y en cada caso concreto⁹. No obstante, la orientación material de esta norma no ha quedado exenta de críticas, habida cuenta que se ha dicho que se trata de una norma de conflicto excesivamente genérica y que no tiene en cuenta que no en todo caso el establecimiento de la filiación de un hijo respecto de un determinado progenitor, forzosamente, ha de redundar en interés de aquél. Asimismo, se ha puesto en evidencia que habrá supuestos en que ni el Derecho extranjero ni el Derecho español permitirán la acreditación de la filiación del hij¹⁰.

⁷ En la redacción de este epígrafe se han tomado en consideración, principalmente, las siguientes obras: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 464-469; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Granada, Comares, 2018, pp.319-333, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO Y G. STAMPA (editores), Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109; P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley 26/2015 sobre protección a la infancia y a la adolescencia y a la reforma del artículo 9 del Código Civil”, recuperado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/la-ley-262015-sobre-proteccion-la.html>; M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, No 2, pp. 34-54, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. el artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* ((Marzo 2018), Vol. 10, No 1, pp. 592-600); M.J. SÁNCHEZ CANO, “La determinación de la filiación en situaciones transnacionales: cuestiones prácticas”, *cit*.

Por otra parte, en relación a la interpretación jurisprudencial del art.9.4 Cc , Vid.: SSTs (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm 223/2018 y num. 224/2018, ambas de 17 abril (ECLI: ES: TS: 2018:1281 y ECLI:ES:TS:2018:1282, respectivamente), así como los comentarios jurisprudenciales que llevan a cabo A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (1281/2017). La Ley aplicable a la filiación: la residencia habitual del hijo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Año 2018 - Número 10, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 237 a 247; M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, Nº2, Octubre 2019, pp. 624-635; A. DURÁN AYAGO “Sucesión temporal de normas de conflicto, art. 9.4 cc y regla ad hoc para resolver dos casos de filiación. a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2018”, V.V.A.A., *Crónica de Derecho internacional privado, REEI*, pp.2-8.

⁸ A mayor abundamiento, Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural...cit”, p.594.

⁹ Así lo entienden, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 465. En similares términos se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm 223/2018, antes referenciada, en la cual se deja sentado que el carácter de norma materialmente orientada del art.9.4.1 Cc supone que “además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación”.

¹⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Granada, Comares, 2018, p.322. La norma ha sido igualmente criticada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, *cit.*, obra en la que el mencionado autor expone que “la idea de introducir una orientación material en la norma sobre ley aplicable a la filiación natural tiene numerosas aristas y un punto de partida envejecido”. También cabe reseñar la SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, 290/2016 de 15 Noviembre 2016 (JUR\2017\15297), en la cual se dilucida un supuesto en que conforme al Derecho español la acción se encontraba caducada y con arreglo a la ley colombiana no estaba previsto ningún precepto que amparase la acción de reconocimiento de la filiación no matrimonial en los términos alegados por el demandante

5. Igualmente, se ha observado más arriba que el art.9.4.I Cc dispone de puntos de conexión jerarquizados, que operan de manera subsidiaria y sucesiva para el caso de que no se pueda determinar la ley aplicable a la filiación con arreglo a lo dispuesto en el punto de conexión principal. Aquí debe indicarse que el citado artículo solventa el problema del conflicto móvil, al fijar los puntos de conexión en el momento del establecimiento de la filiación¹¹. De este modo, en primer lugar, el art.9.4.I Cc. prevé que la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza dependerán de lo dispuesto en la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. En su defecto o en el caso de no poder determinarse la filiación a través del primer punto de conexión, el art.9.4.I Cc remite a la ley nacional del hijo, fijando nuevamente el punto de conexión en el momento del establecimiento de la filiación. En último término, el citado precepto ordena aplicar la ley sustantiva española, cuando la ley nacional del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación, y si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad.

6. En lo referente al punto de conexión principal del art.9.4 Cc., se muestra conforme la doctrina con que la aplicación de la ley de la residencia habitual es una opción realista y acertada, habida cuenta que el punto de conexión nacionalidad, que incorporaba el anterior art.9.4 Cc, podía conducir en mayor medida a la aplicación de una ley extranjera por los tribunales españoles. También se está de acuerdo en que, el recurso a la residencia habitual se corresponde con el contexto actual de nuestro país como Estado de recepción de sujetos que poseen nacionalidad extranjera¹².

7. En lo que respecta al siguiente punto de conexión del art.9.4.I Cc., se ha defendido que la aplicación de la ley nacional del hijo, con carácter subsidiario a la ley de la residencia habitual, puede resultar previsible, habida cuenta que comporta una mayor proximidad con la identidad cultural de la persona. Ahora bien, también se ha puntualizado que no en todo caso resulta ser la ley más vinculada a la situación y que en ocasiones, ni tan siquiera representa una conexión suficiente con la relación jurídica en cuestión¹³.

8. Por último, el art.9.4.I Cc incorpora una conexión de cierre, que designa la ley sustantiva española como ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza. A este respecto, hay que indicar que contempla lo que se denomina “conexión judicial”, habida cuenta que estipula la aplicación de la ley española en tanto que son los tribunales españoles los que dirimen el litigio (*Lex Materialis Fori*, en este caso). A mayor abundamiento, se ha puesto de relieve que esta conexión de cierre tiene como

¹¹ Sobre este particular, algunos autores opinan que, aunque se trata de un planteamiento acertado, la redacción del precepto puede inducir a confusión, en especial, cuando se trata de formular acciones judiciales para determinar la filiación puesto que en el momento del establecimiento de la filiación por naturaleza, esta no se encuentra determinada. En este sentido, Adam Muñoz ha matizado que el art.9.4 Cc. en verdad alude al “presunto hijo”, toda vez que si la filiación no está establecida no puede haber un “verdadero hijo”. Vid. M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural...cit”, p.38. De otro lado, se sostiene que, de llevarse a cabo una interpretación literal del art.9.4 Cc., en aquellos supuestos en que el hijo haya residido habitualmente en distintos Estados o haya detentado diferentes nacionalidades, no sería posible fijar el momento en que han de tomarse en consideración la residencia habitual o la nacionalidad del mismo y en consecuencia, tampoco determinar la concreta ley estatal aplicable a la filiación. Y además, tal como opina algún sector doctrinal, la técnica de congelar los puntos de conexión en un momento determinado, favorece el *fórum shopping* y ocasiona inseguridad jurídica. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, cit. p.403, J. Carrascosa González, “Ley aplicable a la filiación...cit”, p.180, M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. cit”; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural...cit”, pp.595 y 596. De igual manera, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, ya referenciada, opina: “Sin duda el “momento de establecimiento de la filiación” no es una opción limpia ni resuelve por sí misma lo que pretende resolver”.

¹² Sobre este particular observan algunos autores que se trata de la solución más óptima, habida cuenta que representa una “conexión social” que contempla el vínculo entre el hijo y la sociedad en que se integra, frente a la nacionalidad, que bien pudiera representar un “vínculo meramente formal y aparente”(Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.162 y 163). Sin embargo, también se advierte que la principal conexión en materia de estado civil sigue siendo la nacionalidad, según se desprende del art.9.1 Cc, y por tal motivo la introducción de la residencia habitual como primer punto de conexión puede suscitar inconvenientes debido a la falta de armonía entre ambas normas (Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley 26/2015 sobre protección a la infancia y a la adolescencia y la reforma del artículo 9 del Código Civil”, recuperado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/la-ley-262015-sobre-proteccion-la.html>).

¹³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.167 y 168.

objeto garantizar en último término el establecimiento de la filiación cuando han fallado las conexiones anteriores y que, además, conduce a una ley previsible¹⁴.

9. Asimismo, no puede desconocerse que el legislador español no detalla las concretas razones por las cuales no resultará posible el establecimiento de la filiación en los ordenamientos jurídicos extranjeros correspondientes a la residencia habitual o a la nacionalidad del hijo. De ahí que se planteen dudas acerca de si el art.9.4.I Cc. ha de ser objeto de una interpretación restrictiva o por el contrario, cabe realizar una interpretación amplia del mismo, de conformidad con la orientación material del referido artículo. Aquí, debe indicarse que, siguiendo la opinión de la doctrina y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la voluntad del legislador español parece ajustarse más a este último criterio, de manera que sería posible admitir un extenso repertorio de causas por las cuales no sería posible establecer la filiación, atendiendo a cada caso en particular¹⁵.

10. Llegados a este punto, parece oportuno desarrollar algunas cuestiones relacionadas con el ámbito de la ley reguladora de la filiación por naturaleza y en especial, resulta de interés, a los efectos del presente trabajo, dilucidar cuáles son los aspectos que quedan amparados por la ley que rige la filiación, determinada conforme al art.9.4.I Cc. De esta manera, siguiendo a los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, en cuanto a la determinación de la filiación natural hay que señalar que la ley designada por el citado precepto cubre los siguientes extremos¹⁶:

- 1º Modos o títulos para acreditar la filiación. Ahora bien, no puede olvidarse aquí que la capacidad de la persona para reconocer al hijo se gobernará por la ley nacional del sujeto que efectúa el reconocimiento de la filiación (art.9.1 Cc), así como tampoco que la forma del acto de reconocimiento de filiación dependerá de la ley designada de conformidad con el art.11 Cc.
- 2º Acciones de filiación. Ello significa que la ley determinada con arreglo al art.9.4.I Cc ampara las cuestiones que a continuación se enumerarán:
 - a) La legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación
 - b) Las clases de acciones de filiación
 - c) Los plazos y la naturaleza de dichos plazos para el ejercicio de las acciones de filiación. En este punto, se ha advertido que se trata de particularidades que en nuestro país se regulan en leyes procesales, pero, que, habida cuenta que inciden en el fondo del asunto, resulta obvio que se rigen por la ley fijada de acuerdo con el art.9.4.I Cc
- 3º Régimen jurídico de los medios de prueba de la generación, lo que incluye los siguientes aspectos:
 - a) Objeto y carga de la prueba de la filiación.
 - b) El principio de la prueba de la filiación como requisito de accionabilidad.

¹⁴ Aquí, algún autor ha precisado que este último recurso a la ley material española, proporciona una mayor seguridad jurídica en comparación con otras posibilidades, como la de aplicar la ley del país con la que el supuesto presente vínculos más estrechos. Ello, principalmente, porque evita a las partes el complejo proceso de probar cuál es el país con el que la filiación presenta una conexión más estrecha. Como nota negativa, se dice que la aplicación de la ley española, podría dar lugar a una resolución claudicante, que no desplegaría efectos en el Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit", pp.169-171 y M.D. ADAM MUÑOZ, "La nueva regulación de la filiación natural...cit", pp.45 y 46

¹⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit", p.173 y STS 17 abril 2018, ya mencionada. De las apreciaciones del citado autor, así como de la fundamentación jurídica de la citada resolución, cabe deducir, por un lado, que, en muchos casos, al aplicar el art.9.4.I Cc, se producirá una intervención anticipada del orden público internacional español; y por otro, siguiendo al Tribunal Supremo, que únicamente cabe descartar la aplicación de la ley designada por el art.9.4.I Cc "cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento".

¹⁶ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 468; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp.328-330.

- c) Reglas de imputación de la filiación
- d) Medios de prueba de la filiación¹⁷.

III. La SAP Valencia nº414/24, de 26 de junio: Antecedentes de hecho y exposición de la fundamentación jurídica

11. El punto de partida de la SAP Valencia de 26 de junio de 2024 se sitúa en la demanda de reconocimiento y reclamación de filiación extramatrimonial contra los herederos del supuesto padre de la actora, formulada ante el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Picassent. Se da la circunstancia de que, en el momento de interposición de la demanda, la demandante tiene su residencia habitual en Francia.

12. En primera instancia la parte demandada planteó declinatoria por falta de competencia judicial internacional, por entender que dicha competencia recaía en los tribunales de Francia. La declinatoria fue desestimada y se declaró competente para resolver el litigio al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Picassent.

13. Una parte de los demandados contestó la demanda, oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, con fundamento en que resultaba de aplicación el Derecho francés, y alegando la prescripción de la acción. Otra parte de los demandados se allanaron a la demanda antes de contestarla y uno de ellos fue declarado en rebeldía ante su incomparecencia.

14. La sentencia de instancia desestimó la demanda, apreciando la caducidad de la acción conforme al Derecho francés, que el Juzgado *a quo* consideró aplicable. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, sobre la base de los siguientes motivos: incongruencia, vulneración de los artículos 12.6, 9.4 y 12 del CC, así como la existencia de prueba concluyente de la filiación. Por todo ello, la demandante solicitó la estimación del recurso, interesando se declarase que la actora era hija del sujeto respecto del cual reclamaba la paternidad, con todos los efectos inherentes. Al mismo tiempo, una parte de los demandados se opusieron al recurso de apelación planteado de contrario, solicitando su desestimación y considerándolo inadmisibles por extemporáneo. El Ministerio Fiscal impugnó la sentencia de instancia, haciendo suyos los argumentos del recurso de apelación. El resto de los demandados no evacuaron el trámite de oposición al recurso.

15. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Valencia da respuesta a los distintos motivos del recurso de apelación, pronunciándose al respecto en los siguientes términos:

- 1º Respecto a las alegaciones de extemporaneidad del recurso, a la vista de que los apelados alegaron que la actora dilató el plazo para recurrir mediante la presentación de una improcedente solicitud de nulidad de actuaciones y aclaración de sentencia, que le fueron desestimadas, el Tribunal *ad quem* resolvió que el recurso se presentó dentro de plazo, argumentando acertadamente que el art. 215.5 LEC establece que los plazos para interponer los recursos procedentes contra la sentencia se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla.

¹⁷ Este extremo ha dado lugar a una interesante controversia doctrinal. De este modo, un sector doctrinal defiende que la cuestión relativa a los medios de prueba tiene naturaleza procesal y que, por esta razón, se regiría por lo dispuesto en la ley procesal española (art.3 LEC), en lugar de por la ley designada por el art.9.4.I Cc. Por el contrario, otra parte de la doctrina aboga porque se trata de una cuestión de fondo que queda sujeta a la ley establecida en virtud del art.9.4.I Cc. A este respecto, Vid. la relevante exposición que realizan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional Privado*, cit., p.329. También resulta significativa la SAP Málaga 17 febrero 2004 (JUR\2004\104786), que recurre a lo dispuesto en el art.767.2 LEC en cuanto a los medios de prueba admisibles para investigar la paternidad y maternidad en los juicios de filiación

2º Sobre los argumentos relativos a que la sentencia de instancia incurre en vicio de incongruencia, aduce la parte apelante que la sentencia apelada, en tanto que ha aplicado el Derecho francés para apreciar la caducidad de la acción prevista en dicho ordenamiento jurídico, entra en contradicción con el auto del mismo Juzgado que desestimó la declinatoria por falta de competencia internacional, con fundamento en que la ley aplicable al fondo del asunto era la española. Sobre el expresado motivo, apoyándose en consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸, se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en el siguiente sentido:

- a) El Tribunal *ad quem* no aprecia el alegado vicio de incongruencia, toda vez que la resolución apelada respondió a las cuestiones litigiosas dentro de los términos en que había quedado planteada la litis por los respectivos escritos de alegaciones de las partes, procediendo a desestimar la demanda por entender que, conforme al Derecho francés, aplicable al caso, la acción se encontraría caducada. Ello, habida cuenta que en la demanda se había solicitado la declaración de la filiación extramatrimonial de la demandante respecto del supuesto progenitor, y en la contestación, los demandados interesaron su desestimación por considerar caducada la acción conforme al Derecho francés o, subsidiariamente, por no quedar acreditada la filiación.
- b) No obstante, sí que observa la Sala de apelación cierta contradicción entre la fundamentación jurídica del auto por el cual se desestima la declinatoria y la de la sentencia apelada, habida cuenta que en la primera de las resoluciones citadas se dispuso que el derecho sustantivo aplicable sería el artículo 9.4 de nuestro Código Civil, mientras que la sentencia ha aplicado el Código francés. Ahora bien, en este punto, la Audiencia Provincial, declara que el auto que resolvió acerca de la declinatoria se limitó a determinar la competencia de los tribunales españoles para conocer del litigio. Y junto a ello, el órgano jurisdiccional *ad quem*, con buen criterio, pone en evidencia el error en que incurren tanto las partes del procedimiento como el propio Juzgado *a quo*, al confundir la normativa resultante de la aplicación a los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, resaltando las diferencias entre ambos sectores y advirtiendo que no existe ninguna norma que imponga con carácter general que los tribunales españoles tengan que aplicar en todo caso el Derecho español al resolver las pretensiones que se someten a su enjuiciamiento.

3º En cuanto a la invocada infracción de los artículos 9 y 12 del Cc. la parte apelante, en su recurso, sostiene que el derecho aplicable al pleito enjuiciado es el español, y no el francés, que se ha aplicado en la sentencia apelada. La Audiencia Provincial resuelve el citado motivo de apelación con fundamento en los siguientes razonamientos:

- a) La Sala de apelación acude, en primer lugar, a los arts. 12.1 y 12.6 Cc, relativos a la calificación y a la imperatividad de la norma de conflict
- b) En segundo término, el Tribunal *ad quem* expone el tenor literal del art.9.4 Cc.
- c) De dichos preceptos, la Audiencia Provincial de Valencia deduce que la acción de reclamación de la filiación formulada en la demanda debe resolverse con arreglo a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, siendo, a su entender, dicho momento el de la interposición de la demanda. Ello, a juicio del órgano jurisdiccional *ad quem* conduce a la aplicación de la ley francesa, al tener la actora su residencia habitual en Francia. De este modo, la Audiencia Provincial de Valencia confirm en este punto la sentencia apelada, que desestimó la demanda, por estimar la caducidad de la acción de establecimiento de la filiación en los términos previstos en el art. 329 del *Code Civil Français*, al haber transcurrido en el caso de autos más de 10 años desde la mayoría de edad del hijo y haberse interpuesto la demanda mucho después de haber caducado la acción.

¹⁸ Vid., entre otras, la STS 1/2021, 13 de enero (ECLI:ES:TS:2021:1).

- d) Muy importantes resultan las apreciaciones del Tribunal *ad quem*, que rechaza los argumentos de la apelada, que sostiene que no debe aplicarse el primer criterio de determinación de la norma de conflicto aplicable (la de la residencia habitual del hijo), en tanto que no permite el establecimiento de la filiación por caducidad de la acción, sino el segundo (la de la ley nacional del hijo), que permitiría acudir a la legislación española, en concreto, al artículo 133.1 Cc, que configura la imprescriptibilidad de la acción de filiación ejercitada. En este sentido, la Audiencia Provincial muestra su conformidad con la sentencia apelada y considera que las alegaciones de la apelante no pueden prosperar, puesto que, a su entender, la prescripción del plazo para ejercitar la acción de reclamación de filiación no puede equipararse a que la ley del lugar de residencia habitual del hijo no permita el establecimiento de la filiación. Más aún, observa la Sala que deben respetarse las condiciones y requisitos con los que el Derecho francés regula las acciones de filiación, sin que el hecho de que, como ocurre en el caso sometido a la consideración de la Audiencia, la acción no pueda acogerse conforme a ese Derecho aplicable comporte que el Derecho francés no permita la determinación de la filiación
- e) En atención a lo expuesto, con fundamento en la STS, Sala Civil, 223/2018, de 17-4-2018, la Sala de apelación concluye que no cabe acudir al segundo punto de conexión del art.9.4.I Cc (ley nacional del hijo), prescindiendo de la ley francesa designada por el punto de conexión principal previsto en el citado precepto, correspondiente a la ley de la residencia habitual del hijo. Todo lo cual, conduce al Tribunal *ad quem* a desestimar el recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia apelada.

IV. Reflexiones acerca del fallo de la SAP Valencia 26 junio 2024 desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

16. Hasta este momento, se han explicado las líneas generales del art.9.4.I Cc, junto con la interpretación de algunas de las cuestiones que suscita el mencionado precepto. Asimismo, se han expuesto en síntesis los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos de la SAP Valencia 26 junio 2024. Procede ahora poner en relación las consideraciones planteadas respecto a la ley aplicable a la filiación determinada conforme al art.9.4.I Cc. con el fallo de la citada resolución, a fin de dilucidar si la sentencia que resuelve el recurso de apelación resulta ajustada a Derecho. Previamente, se realizarán también algunas observaciones acerca de otros extremos relevantes desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

17. Dicho esto, aunque el presente trabajo se centra en el sector de la ley aplicable, dado que la sentencia de instancia desestimó la declinatoria formulada por la parte demandada y declaró la competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles, no está de más recordar que, aunque no se dice expresamente en la resolución apelada, a falta de normativa internacional que regule la cuestión, para determinar si los tribunales españoles resultaban internacionalmente competentes en este caso, el Juzgado de Primera Instancia debió acudir a la LOPJ. En este sentido, resultarían aplicables los foros previstos en el art.22 *quáter* d) y en el art.22 *ter* de la LOPJ. De los datos que se desprenden de la resolución de la Audiencia Provincial queda claro que la hija demandante tiene su residencia habitual en Francia, por lo que únicamente podrían ser competentes los tribunales españoles si, como parece, la demandante fuese española (art.22 *quáter* d) LOPJ) o si los demandados tuviesen su domicilio en España al tiempo de la interposición de la demanda (art. 22 *ter*. 1. LOPJ)¹⁹.

18. La siguiente consideración de relieve que cabe realizar tiene que ver con las acertadas observaciones que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Valencia, al indicar a las partes y al Juzgado de Primera Instancia que incurrían en un error de calado, toda vez que mezclan los sectores de competencia

¹⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., pp.462-464.

judicial internacional y de Derecho aplicable. Tiene razón el Tribunal *ad quem* cuando resalta que se trata de cuestiones independientes y que no tienen necesariamente que coincidir, siendo posible que el órgano jurisdiccional que disponga de competencia judicial internacional para dirimir un litigio deba aplicar un ordenamiento jurídico foráneo. En este punto, debe recordarse que la competencia judicial internacional ha de establecerse con carácter previo a la determinación de la ley aplicable, de tal manera que el Derecho aplicable a la cuestión de fondo se determinará una vez que se haya verificado que los órganos jurisdiccionales españoles disponen de un foro que les otorgue competencia para conocer del litigio que suscita una relación privada internacional. Como tampoco puede desconocerse que el punto de conexión de las normas de conflicto puede remitir tanto a la ley del foro como a un Derecho extranjero²⁰.

19. Por lo demás, cabe traer a colación lo dispuesto en la STS, Sala Primera, de lo Civil, 89/2021 de 17 Febrero 2021 (RJ\2021\460), en la cual se dejan bien sentado los siguientes extremos:

- 1º “Los criterios de competencia judicial internacional fijan la aptitud de los órganos de un Estado para conocer de la controversia suscitada por la situación privada internacional. La competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso”.
- 2º “La ley aplicable se refiere en cambio a la determinación de la ley que rige esa situación, es decir, el régimen jurídico aplicable al fondo de la situación privada internacional”.

19. Igualmente correcta es la fundamentación de la Sala de apelación en cuanto a los arts.12.1, 12.6 y 9.4 Cc. Por lo que respecta al art.12.1 Cc. en primer lugar, hay que señalar que el problema de la calificación se suscita cuando una situación privada internacional es susceptible de ser subsumida en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Este proceso permitirá identificar el Derecho aplicable, una vez que se ha determinado que la concreta relación encaja en el supuesto de hecho de una determinada norma de conflicto, y se llevará a cabo siempre con arreglo a la ley española. Ahora bien, ello no significa que la *lex causae*, es decir, el Derecho designado por la norma de conflicto, resulte ser siempre la ley española, como parece querer justificar la parte apelante. Por consiguiente, no se ha producido la pretendida vulneración del art.12.1 Cc en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Valencia, por el hecho de haber resuelto la cuestión controvertida de acuerdo con el Derecho francés, al que dirige el primer punto de conexión del art.9.4.I Cc, en cuyo supuesto de hecho encuentra amparo la demanda de la que trae causa el recurso de apelación.

20. En lo que se refiere al art. 12.6 Cc, hay que precisar que “sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español»” (STS, Sala Primera, de lo Civil,177/2018 de 3 Abril 2018, Rec. 2544/2015,RJ\2018\1408). Y en el supuesto sometido a la consideración del Tribunal *ad quem*, resulta claro que tampoco ha tenido lugar la invocada infracción del citado precepto, en cuanto que es obvio que el Juzgado de Primera Instancia aplicó la norma de conflicto prevista en nuestro ordenamiento jurídico para determinar la ley aplicable a la filiación natural, cual es el art.9.4 I Cc. Como tampoco cabe dudar, por los motivos que a continuación se explicarán, de que dicho precepto haya sido aplicado de forma correcta tanto por el Juzgado *a quo* como por la Sala que resuelve el recurso de apelación, al concluir en ambas instancia que la ley aplicable a la determinación de la filiación es la francesa

21. Por último, respecto del art.9.4 Cc., en primer término cabe reiterar que, como se ha expuesto más arriba, al delimitar el ámbito de aplicación de la ley reguladora de la filiación por naturaleza, entre las cuestiones que quedan cubiertas por la ley designada por el art. 9.4.I Cc se encuentran las acciones de filiación, así como los plazos para el ejercicio de tales acciones y la naturaleza de los mismos. En segun-

²⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, cit., pp.36, 55 y 66. Cabe destacar aquí que los citados autores ponen de manifiesto que “la aplicación de un Derecho extranjero por las autoridades españolas y en virtud de la norma de conflicto no vulnera la soberanía del Estado español, ni vulnera tampoco el Derecho Internacional Público (STPJI 7 septiembre 1927, *Lotus*)”.

do lugar, hay que insistir de nuevo en que el citado precepto establece como primer punto de conexión el de la residencia habitual del hijo, lo cual, en el presente caso, conduce a la aplicación de la ley francesa, que será la que gobierne la acción de filiación y el plazo para su ejercicio y en cuya virtud, como ya se ha indicado, la acción de filiación ejercitada por la demandante, ahora apelante, estaría prescrita.

22. Sentado lo que antecede, nada hay que objetar a la decisión de la Audiencia Provincial de Valencia, al rechazar las pretensiones de la parte recurrente, que entiende que, no pudiéndose determinar la filiación conforme a la ley francesa por haber prescrito la acción, procede aplicar la ley española al establecimiento de la filiación, con arreglo al siguiente punto de conexión del art.9.4.I Cc, cual es la nacionalidad del hijo. Esta conclusión encuentra su fundamento, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En concreto, la resolución del Tribunal *ad quem* menciona expresamente la STS, Sala Civil, 223/2018, de 17 abril 2018, de la cual cabe destacar las siguientes conclusiones:

- 1ª El art. 9.4 Cc “es una norma materialmente ordenada ya que, además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación”. Ello, a juicio del Alto Tribunal “permite afirmar que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial”
- 2ª “El art. 9.4 CC establece un régimen de conexiones en cascada que tiene en cuenta si la primera conexión «no permite el establecimiento de la filiación» para acabar llamando a la ley sustantiva española”.
- 3ª Entiende el Tribunal Supremo que, “para acabar dando entrada a la ley sustantiva española no es suficiente con que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del menor conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta fuera de plazo, pues en tal caso no se trata de que la ley «no permita» establecer la filiación, sino de que no se ha ejercido por el demandante conforme los presupuestos que el derecho aplicable ha previsto para ello. Únicamente cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de acciones de filiación, o por prohibir la investigación de la paternidad, o desconocer la filiación fuera de matrimonio)”

23. Por cuanto se ha expuesto, la respuesta que ofrece la Sala de apelación es acorde a la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo del art.9.4.I Cc, como norma de conflicto materialmente orientada. En consecuencia, no puede pretender la recurrente que se aplique la ley española, correspondiente en este caso a la nacionalidad de la hija, por el mero hecho de que la ley de su residencia habitual, es decir, la ley francesa, comporte la desestimación de la demanda sobre la base de que conforme al Derecho francés la acción ejercitada está caducada. O lo que es lo mismo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo, no se trata de que el Derecho francés no permita determinar la filiación, pues, obviamente, lo permite, sino que lo determinante es que el ejercicio de la acción por la demandante no se ajusta a las exigencias de la ley francesa, designada con arreglo al primer punto de conexión del art.9.4.I Cc²¹.

²¹ Siguiendo en este punto a los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, cuando comentan la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada, no es adecuado ni conforme a la *ratio legis* del art.9.4.I Cc pasar de la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del hijo a la aplicación de la Ley sustantiva española (Ley de una presunta nacionalidad del hijo o bien *Lex fori*), sólo porque la Ley de la residencia habitual o la Ley de la nacionalidad del hijo conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta ésta fuera de plazo. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (1281/2017). La Ley aplicable a la filiación: la residencia habitual del hijo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Año 2018 - Número 10, Dykinson, Madrid, 2019, p.247.

Rapto Internacional de Crianças - Comentário ao Processo C-35/23 do Tribunal de Justiça da União Europeia

International Child Abduction - Commentary on the Case C-35/23 of the Court of Justice of the European Union

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

*Professora Associada da
Escola de Direito da Universidade do Minho*

Recibido: 13.01.2025 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9378

Resumo: O Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis) contém o regime jurídico aplicável ao rapto internacional de crianças na União Europeia e que complementa a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. É a aplicação do Regulamento Bruxelas II bis a uma situação de rapto internacional de crianças que é objeto da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (C-35/23) que nos propomos comentar, nomeadamente, dúvidas na interpretação da regra da estabilidade da competência dos tribunais da residência habitual da criança antes do rapto, nos deveres de notificação e informação entre os tribunais dos Estados envolvidos e na execução da decisão de regresso.

Palabras clave: Rapto internacional de crianças; estabilidade da jurisdição; deveres de notificação e informação; execução da decisão de regresso.

Summary: Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Brussels II bis) contains the legal framework applicable to international child abduction in the European Union and complements the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. It is the application of the Brussels II bis Regulation to a situation of international child abduction that is the issue of the decision of the Court of Justice of the European Union (C-35/23) that is commented on, in particular, doubts in the interpretation of the rule of stability of the jurisdiction of the courts of the habitual residence of the child before the abduction, in the duties of notification and information between the courts of the States involved and in the execution of the return decision.

Keywords: international child abduction, stability of jurisdiction, notification and information duties, enforcement of the return decision.

Sumario: Apresentação do litígio. II. A estabilidade da competência dos tribunais da residência habitual da criança. III. Requisitos para a manutenção de competência. IV. Os deveres de notificação e informação e a execução da decisão de regresso

I. Apresentação do litígio

1. O caso que comentamos gravita em torno da discussão de alguns conceitos inerentes às situações de rapto internacional de crianças e a aplicação do *Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental* (Bruxelas II bis), cujo regime jurídico, entretanto, foi revogado pelo *Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II ter).

2. O processo em causa – Processo C-35/23¹ - envolve uma criança, nascida em 2014, na Suíça, com dupla nacionalidade alemã e polaca, cujos pais casaram-se na Alemanha. O pai de nacionalidade alemã, reside na Suíça desde junho de 2013. A mãe, de nacionalidade polaca, residiu juntamente com a sua filha na Alemanha, entre janeiro de 2015 e abril de 2016. Neste período de tempo, o pai visitava frequentemente a mãe e a criança na Alemanha. Em 9 de abril de 2016, a mãe e a criança alteraram a sua residência para a Polónia, tendo a mãe começado a trabalhar nesse país, em novembro de 2016. O pai visitou o filho e a mãe na Polónia, até abril de 2017, altura em que a mãe passou a impedir que o pai exercesse o seu direito de visita. Entretanto, a mãe matriculou a filha num infantário polaco, sem autorização do pai, e, em maio de 2017, a mãe comunicou ao pai que ficaria com a filha na Polónia

3. Em julho de 2017, ao abrigo do regime jurídico da *Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Convenção de Haia de 1980), o pai apresenta à autoridade central suíça um pedido de regresso da criança para a Suíça. Na recorrência deste pedido, em 8 de dezembro de 2017, tribunal polaco tomou a decisão de não regresso da criança com base em dois fundamentos. O primeiro fundamento consistiu em considerar que o pai consentiu na mudança da criança com a mãe para a Polónia. O segundo fundamento baseou-se no art. 13º, § 1, al. b), da Convenção de Haia de 1980, considerando que o regresso da criança a colocaria numa situação de grave risco, uma vez que o pai tinha admitido uma situação de violência contra a mãe. Em seguida, em 5 de junho de 2018, um tribunal polaco atribuiu a guarda provisória de L à mãe e regulou as obrigações de alimentos. Em 2022, o pai visitou a criança na Polónia com base no direito de visita concedido por uma decisão polaca.

4. Na Alemanha, em 28 de junho de 2018, o pai fez um primeiro pedido de regresso da criança segundo a Convenção de Haia de 1980, mas não prosseguiu no mesmo. Em 12 de julho de 2018, o pai pediu no tribunal de Frankfurt a guarda exclusiva da criança; o direito de fixar a residência do filho e o regresso da criança à Suíça. O tribunal alemão, em primeira instância, considerou-se incompetente, uma vez que considerou que a criança tinha a sua residência habitual na Polónia, de acordo com o art. 8º do *Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental* (Bruxelas II bis). O pai recorreu, invocando, para justificar a competência dos tribunais alemães, o art. 11º, n.º 6 e 7º e o art. 10 do Regulamento Bruxelas II bis.

5. O caso chega ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sendo questionado, em primeiro lugar, a aplicação do art. 10º do Regulamento Bruxelas II bis nas circunstâncias descritas. Em segundo lugar, colocou-se a questão relativamente aos requisitos para a manutenção de competência nos termos do art. 10º, al. b), (i), do Regulamento. Por fim, perguntou-se se o art. 11º 6 a 8 do Regulamento Bruxelas II bis seria aplicável numa ação de regresso entre um Estado terceiro e um Estado-Membro para onde a criança foi deslocada, se previamente à deslocação a criança tivesse a sua residência habitual noutro Estado-Membro.

¹ STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532.

II. A estabilidade da competência dos tribunais da residência habitual da criança

6. As duas primeiras questões a responder no processo em causa residiam na aplicação do art. 10º do regulamento Bruxelas II *bis*, que corresponde, com algumas alterações, ao atual art. 9º do Regulamento Bruxelas II *ter*.

7. A regra de competência internacional geral em matéria de responsabilidade parental está presente no art. 8º do Regulamento Bruxelas II *bis* e no art. 7º do Regulamento Bruxelas II *ter*, conferindo ambas as normas a jurisdição ao tribunal da residência habitual da criança no momento em que o processo é instaurado em tribunal. A atribuição da jurisdição ao tribunal da residência habitual da criança, como regra geral, é justificad , no Considerando 12 do Regulamento Bruxelas II *bis* e no Considerando 19 do Regulamento Bruxelas II *ter*, pelo princípio do superior interesse da criança² e pelo princípio de proximidade, que inspiram a norma. Será no superior interesse da criança que as questões relativas às responsabilidades parentais devem ser apreciadas pelo tribunal mais próximo da criança, no caso o tribunal da sua residência habitual, pois será aquele que reúne melhores condições para determinar o estado da criança e poderá de forma mais célere e eficaz intervir em nome do superior interesse do menor. Esta também tem sido a justificação dada pelo TJUE na sua jurisprudência, afirmando que «o legislador considerou que o órgão jurisdicional geograficamente próximo da residência habitual do menor é o mais bem colocado para apreciar as medidas a adotar no interesse do menor»³.

8. Ora, é também o princípio do superior que justifica a regra da estabilidade da competência dos tribunais da residência habitual da criança que encontramos no art. 10º do Regulamento Bruxelas II *bis* e no art. 9º do regulamento Bruxelas II *ter*. Nas situações de rapto internacional de crianças, o tribunal da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícitas mantém a competência para apreciar as questões referentes às responsabilidades parentais, até que a criança adquira licitamente a sua residência habitual num outro Estado-Membro, sendo que as condições para uma alteração lícita da residência habitual da criança estão elencadas nas normas referidas. Logo, a existência de uma situação de retenção ou deslocação ilícitas de crianças não altera a competência do tribunal da residência habitual da criança⁴, mantendo-se a estabilidade da jurisdição e dissuadindo-se o rapto internacional de crianças. Desta forma, evitam-se disputas dilatórias relativamente ao tribunal competente, garantindo-se uma decisão célere do tribunal mais próximo da criança e evitando-se dar uma vantagem processual ao pai raptor⁵, pela criação de uma situação de facto legitimasse uma decisão sobre a guarda da criança no país do rapto.

9. O art. 10º do Regulamento Bruxelas II *bis* e o atual art. 9º do Regulamento Bruxelas II *ter* são aplicáveis quando existe uma situação de rapto internacional de crianças, nos termos que está definida no art. 2º, n.º 11, do Regulamento Bruxelas II *bis* e no art. 2º, n.º 2, (11), do Regulamento Bruxelas II *ter*, seguindo o conceito que encontramos no art. 3º da Convenção de Haia de 1980. De acordo com o art. 2º, n.º 2, (11), do Regulamento Bruxelas II *ter*, rapto internacional de crianças consiste numa retenção ou deslocação da criança para outro Estado-Membro, quando tal «a) viole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor nos termos do direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e b) no momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido,

² O princípio do superior interesse da criança justifica várias das soluções do Regulamento Bruxelas II *bis*. Sobre esta questão, v. A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*”, em H. MOTA *et al.* (Coord.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 367-381.

³ STJCE 20 fevereiro 2017, *W, V contra X*, C499/15, ECLI:EU:C:2017:118, § 51. V., também, STJCE 15 julho 2010, *Bianca Purrucker contra Guillermo G. Vallés Pérez*, C-256/09, EU:C:2010:437, § 91.

⁴ STJCE 1 julho 2010, *Doris Povse contra Mauro Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, § 41.

⁵ Argumento também salientado pelo acórdão que agora comentamos (STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, § 54), mas que também já tinha sido afirmado em várias decisões do TJUE: STJCE 13 julho 2023, *TT contra AK*, C87/22, EU:C:2023:571, § 36; STJCE 23 dezembro 2009, *Jasna Detiček contra Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, § 49; STJCE 1 julho 2010, *Doris Povse contra Mauro Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, § 41 e 44; STJCE 24 de março 2021, *SS contra MCP*, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, § 45.

quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção». Assim, resulta desta definição que, para estarmos perante uma situação de rapto internacional de crianças, é necessário a reunião de três elementos: a violação do direito de guarda; conferido pelo direito do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação; e que o direito de guarda esteja efetivamente a ser exercido, ou devesse estar, não fosse a situação de rapto⁶. Isto mesmo foi afirmado pelo TJUE na decisão que agora comentamos, onde é afirmado que a identificação de uma situação de rapto internacional de crianças não depende da proposição de um pedido de regresso da criança pelo titular do direito de guarda, segundo o sistema da Convenção de Haia de 1980⁷.

10. Consequentemente, para a aplicação do art. 10º, al. b) do Regulamento Bruxelas II *bis*, atual art. 9º, al. b) do Regulamento Bruxelas II *ter*, também não é necessário a existência de um pedido de regresso da criança nos termos da Convenção de Haia de 1980, inclusive porque, como o TJUE recorda, nos termos do art. 34º da Convenção de Haia de 1980 «(...) um processo de regresso pode, com efeito, basear-se noutras regras ou noutras cláusulas contratuais, nomeadamente bilaterais»⁸. Não é necessário a existência de um pedido de regresso da criança nos termos da Convenção de Haia de 1980, nem que este pedido tenha procedência. Assim sendo, no caso concreto, o facto de o pai ter feito um pedido de regresso da criança, nos termos da Convenção de Haia de 1980, através da autoridade central de um país terceiro, a Suíça, às autoridades de um Estado-Membro, e que esse pedido não tenha prosseguido, não impede a aplicação do art. 10º, al. b) (i) do Regulamento Bruxelas II *bis*⁹.

11. Para apoiar esta conclusão, o TJUE recorda que o art. 10º do Regulamento Bruxelas II *bis* (atual art. 9º do Regulamento Bruxelas II *ter*) aplica-se quando o rapto internacional de crianças se verifica entre dois Estados-Membros, como se verificou no processo em causa¹⁰. Por isso, não é relevante para a decisão do caso a jurisprudência do caso MCP¹¹, em que o que estava em causa era a deslocação ilícita da criança de um Estado-Membro para um país terceiro, situação em que o art. 10º não se aplica¹².

12. Por fim, esclareceu o TJUE, que as obrigações que estão previstas no art. 11º, n.º 6 e n.º 7, visam apenas disciplinar a transmissão de informações nas situações de rapto internacional de crianças ao tribunal da residência habitual da criança, relativamente a uma decisão de não regresso tomada à luz do sistema da Convenção de Haia de 1980 pelo tribunal do Estado-Membro onde a criança foi ilicitamente retida ou deslocada e, por isso, a aplicação do art. 10º do Regulamento não está sujeita à aplicação das normas de informação e notificação que resultam do n.º 6 e 7 do art. 11º do Regulamento Bruxelas II *bis*¹³. De facto, o TJUE já tinha previamente definido a natureza no art. 11º, n.º 7 do Regulamento Bruxelas II *bis*, no caso RG, ao decidir que esta «(...) não é uma norma destinada a determinar o tribunal competente, mas antes uma norma de carácter técnico cujo objeto principal é determinar as modalidades de notificação das informações relativas à decisão de retenção¹⁴.

III. Requisitos para a manutenção de competência

13. Outra das questões colocadas prende-se com os requisitos de aplicação dos art. 10º, al. b), (i), do Regulamento Bruxelas II *bis*, nos termos do qual o tribunal do Estado-Membro da residência

⁶ Neste sentido A.S DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia*, Coimbra, Editora d'Ideias, pp. 168-170.

⁷ STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, § 53.

⁸ *Idem, ibidem*, § 58.

⁹ *Idem, ibidem*, §62.

¹⁰ *Idem, ibidem*, § 60. Neste sentido, v. também T. GARBER, "Article 9 Jurisdiction in cases of the wrongful removal or retention of a child", *European Commentaries on Private International Law, ECPIL Commentary Brussels IIter Regulation*, Volume IV, in U. Magnus, P. Mankowski (Coord.), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2023, pp. 162.

¹¹ STJCE 24 de março 2021, *SS contra MCP*, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231.

¹² STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, §60.

¹³ *Idem, ibidem*, § 61.

¹⁴ STJCE 9 janeiro 2015, *RG contra SF*, C-498/14 PPU, EU:C:2015:3, § 46.

habitual da criança antes do rapto mantém a jurisdição até a criança adquirir a sua residência habitual de forma lícita noutro Estado-Membro, desde que: a criança tenha estado a residir neste segundo Estado-Membro pelo menos durante um ano após o titular do direito de guarda tenha tomado (ou devesse ter tomado) conhecimento do paradeiro da criança; desde que esta se encontre integrada no novo ambiente social e familiar; e esteja reunidos um dos requisitos nos vários parágrafos da al. b) da norma, que funcionam de forma alternativa.

14. O art. 10º do Regulamento Bruxelas II *bis* (atual art. 9º do Regulamento Bruxelas II *ter*) é uma norma que visa obter um equilíbrio entre a necessidade de evitar que o pai raptor tire um interesse processual do seu comportamento ilícito, impedindo que este obtenha uma decisão sobre a guarda da criança no Estado-Membro do rapto, e a necessidade de garantir o superior interesse da criança quando, por força da passagem do tempo, a criança já se encontra integrada no meio social e familiar do Estado-membro do país do rapto¹⁵. Tendo em consideração a breve extensão deste comentário, vamos-nos debruçar apenas sobre a norma em causa no processo: o parágrafo (i), do art. 10º, al. b), do Regulamento Bruxelas II *bis*.

15. De acordo, com o parágrafo (i), juntam-se aos requisitos enunciados a necessidade de não ter sido apresentado um pedido de regresso pelo titular do direito de guarda no prazo de um ano a contar do conhecimento do paradeiro da criança, junto das autoridades competentes do Estado-Membro do rapto. Estes requisitos são equivalentes aos que se encontram no atual art. 9º, al. b), (i), do Regulamento Bruxelas II *ter*.

16. Quantos aos requisitos de aplicação da norma, a primeira questão que se colocou foi determinar o âmbito do conceito de pedido de regresso: se o conceito abrange um pedido de regresso da criança para um Estado, mesmo que este seja um Estado terceiro, diferente do Estado-Membro em que a criança tinha a sua residência habitual antes do rapto; ou, se pelo contrário, o pedido de regresso em causa vise o regresso da criança para o Estado-Membro da residência habitual desta antes do rapto. Ora, o TJUE decidiu que a aplicação do art. 10º do Regulamento Bruxelas II *bis* verifica-se quando há um pedido de regresso ao Estado-membro do país do rapto para que a criança regresse ao Estado-Membro da residência habitual da criança antes do rapto¹⁶. Ou seja, o pedido de regresso deve ser para o Estado-Membro da residência habitual da criança antes do rapto e não para qualquer outro Estado.

17. A justificação dada pelo TJUE radica na proximidade do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança antes do rapto, usando uma interpretação literal, contextual e teleológica¹⁷. Considera este Tribunal que o pedido de regresso deve dizer respeito ao regresso da criança ao Estado da residência habitual antes do rapto, pois este é o tribunal mais próximo da criança e melhor colocado para tomar as medidas necessárias no interesse da criança¹⁸ e, dizemos nós, o tribunal deste Estado mais facilmente poderá avaliar o contexto familiar e social em que a criança se desenvolveu e tomar as medidas mais adequadas para a sua proteção. Considerou o TJUE que «(...) um pedido destinado a que a criança seja levada para outro Estado, que seja um país terceiro, no território do qual não residiu de forma habitual antes da sua deslocação ilícita, não cumpre esta lógica»¹⁹. Além disso, somente esta interpretação

¹⁵ Neste sentido, v. A.S DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia*, Coimbra, Editora d'Ideias, 2023, pp. 185-189; A. SAN JOSÉ, "The rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility in council regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019", *Cuadernos Derecho Transnacional*, 12(2), 2020, pp. 1268-1269; D. MARTINY, "New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases", *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 507-508; T. GARBER, "Article 9 Jurisdiction in cases of the wrongful removal or retention of a child", *European Commentaries on Private International Law, ECPIL Commentary Brussels IIter Regulation*, Volume IV, in U. Magnus, P. Mankowski (Coord.), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2023, pp. 158-159.

¹⁶ STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, § 68-70.

¹⁷ *Idem, ibidem*, §76.

¹⁸ *Idem, ibidem*, §70.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

da norma permite obter o regresso imediato da criança ao seu país de residência habitual, e restabelecer o *statu quo ante*, que é um dos objetivos do sistema do Regulamento Bruxelas II *bis*. De facto, um dos objetivos centrais do sistema da Convenção de Haia de 1980, que os Regulamentos Bruxelas II *bis* e Bruxelas II *ter* vieram complementar, é precisamente o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida ao seu país de residência habitual, respeitando os direitos de guarda existentes, em nome do superior interesse da criança, nos termos do art. 1º, al. a) e preâmbulo da Convenção de Haia de 1980, criança esta que se considera ser a principal vítima de uma situação de deslocação ou retenção ilícitas²⁰. No caso, a residência habitual da criança antes da situação de rapto internacional de crianças localizava-se noutro Estado-Membro e não no Estado terceiro onde foi feito o pedido de regresso. Ou seja, não existiam vínculos sociais, familiares e afetivos estáveis e efetivos da criança com aquele Estado terceiro.

18. Também esclareceu o TJUE que um pedido de guarda junto dos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes do rapto não equivale a um pedido de regresso nos termos do art. 10º, al. b), (i), do Regulamento Bruxelas II *bis*, uma vez que têm funções diferentes: «(...) contrariamente a um pedido que visa obter a guarda de uma criança, que necessita de uma análise aprofundada quanto ao mérito do litígio em matéria de responsabilidade parental, um pedido de regresso é objeto, por natureza, de um processo célere, uma vez que visa assegurar, como enuncia o considerando 17 do Regulamento nº 2201/2003, o regresso imediato da criança»²¹. De facto, um pedido sobre o mérito do direito de guarda exige uma decisão que naturalmente demora mais tempo, a ponderação de outro tipo de provas e uma análise detalhada da situação da criança. O pedido de regresso tem como objetivo de conseguir uma decisão célere para reduzir a duração da situação de rapto, e reduzir as repercussões negativas que esta possa ter para a criança, não visando resolver as questões referentes ao direito de guarda. Por isso, como bem acentua o TJUE, independentemente da sorte do pedido de regresso, mesmo que seja negado, tal não impede que o titular do direito de guarda fazer valer os seus direitos junto do tribunal que tem competência para decidir as questões de responsabilidade parental²².

IV. Os deveres de notificação e informação e a execução da decisão de regresso

19. A última questão que se levantou no processo relaciona-se com as comunicações e notificações entre tribunais de diferentes Estados-Membros e o procedimento a que está sujeito a execução da decisão de regresso, previstos no art. 11º, n.ºs 6 a 8, do Regulamento Bruxelas II *bis*.

20. No sistema do Regulamento Bruxelas II *bis*, se o tribunal do Estado-membro do rapto decidir pelo não regresso da criança de acordo com o art. 13º da Convenção de Haia de 1980, deverá enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um dossier com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as atas da audiência, que, nos termos do art. 11º, n.º 6, devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão. Da referida norma resulta a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança, pois devem-lhe ser enviados os documentos importantes que fundamentaram aquela decisão, além da própria decisão. Em seguida, o tribunal da residência habitual da criança notifica as partes da decisão e do dossier que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11º, n.º 7). Após a apreciação destes elementos, o tribunal da residência habitual da criança pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança. De acordo com o art. 11º, n.º 8, do regulamento Bruxelas II *bis*, esta última decisão de regresso é automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada (supressão de *exequatur*) e sem que possa ser

²⁰ Considerando 40 do Regulamento Bruxelas II *ter* e Considerando 17 do Regulamento Bruxelas II *bis*.

²¹ STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, § 79.

²² *Idem, ibidem*. O que também já tinha sido afirmado anteriormente em STJCE 8 junho 2017, *OL contra PQ*, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, § 65.

contestada. Para tal, é necessário que o tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança emita a certidão prevista no anexo IV do Regulamento, cujas condições de emissão estão descritas no art. 42º, n.º 2.

21. A questão que se colocava em relação a estas normas consistia em determinar o seu âmbito de aplicação espacial, sendo que o caso em questão era complexo, pois o pedido de regresso era feito por um país terceiro ao Estado-Membro para onde a criança tinha sido ilicitamente deslocada, sendo que a residência habitual da criança antes da deslocação ilícita era outro Estado-Membro. Apesar de o art. 11º do regulamento Bruxelas II *bis* completar o previsto na Convenção de Haia de 1980, o TJUE veio esclarecer que os deveres de informação e notificação (art. 11º, n.ºs 6 e 7) e a natureza automaticamente executória da decisão de regresso, nos termos do art. 11º, n.º 8, só se aplicam entre Estados-Membros²³. Consequentemente, as referidas normas não se poderiam aplicar ao caso, pois o pedido de regresso foi feito pela autoridade central de um país terceiro às autoridades de um Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ilicitamente em função de rapto internacional de crianças.

22. Compreende-se a decisão do TJUE, que não poderia ser outra, pois os deveres de informação e notificação (art. 11º, n.ºs 6 e 7) e a natureza automaticamente executória da decisão de regresso, nos termos do art. 11º, n.º 8, foram pensados como forma de acelerar o regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual (Considerando 17), baseando-se no mecanismo da cooperação judiciária em matéria civil, instituído entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros e pretendendo desencorajar o rapto internacional de crianças dentro da União. Ora, a cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União (art. 81º do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE), que concretiza o espaço europeu de liberdade, segurança e justiça (art. 67º do TFUE), e que se baseia no princípio da confiança entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros e o princípio do reconhecimento automático de decisões. Consequentemente, as decisões de regresso, homologadas segundo as condições no art. 42º, n.º 1, do Estado-Membro da residência habitual da criança, têm força executória em qualquer Estado-Membro, nos termos do art. 11º, n.º 8, sem necessidade de outra formalidade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. São executadas noutro Estado-Membro como se tivessem sido aí emitidas (art. 42º, n.º 1, 1.ª parte, do Regulamento Bruxelas II *bis*), concretizando-se, deste modo, o princípio da confiança que deve existir nos Estados-Membros nas decisões tomadas pelos tribunais dos outros Estados-Membros. Um Estado terceiro está fora do sistema da cooperação judiciária em matéria civil, não existindo entre este Estado terceiro e qualquer um dos Estados-Membros o princípio da confiança e o princípio do reconhecimento automático de decisões.

²³ STJCE 20 junho 2014, *Pai contra Mãe sendo intervenientes Criança L, Advogada*, C-35/23, ECLI:EU:C:2024:532, § 82-85.

RECENSIONES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ. *Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional*. Aranzadi La Ley, Madrid, 2024, 263 pp.

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid.*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

DOI: 10.20318/cdt.2025.9380

1. Desde hace unos años ha podido leerse en la prensa como en ciudades del mundo como San Francisco es posible encontrar por sus calles coches autónomos que dan un servicio de taxi (p. 73).¹ También en Europa, de forma pionera, en la ciudad de Hamburgo, hay un proyecto piloto realizado por la empresa Vay mediante el cual se puede disfrutar de un servicio de taxi conducido por un sistema basado en la inteligencia artificial desde el año 2022(en adelante, IA)². No obstante, también a través de las noticias, hemos podido enterarnos como en ciudades donde ya operan estos robots taxis, hay también problemas derivados de su existencia, por ejemplo, incidentes en los que personas se han quedado atrapadas y dando vueltas en círculos³ o incluso provocando muertes⁴.

2. El libro que tenemos la oportunidad de prologar *Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional* escrito por el profesor doctor RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ no puede ser más oportuno,

abordando de forma magistral un tema tan actual como los problemas en materia de responsabilidad internacional en relación a los vehículos autónomos basados en sistemas expertos de IA.

El profesor LAFUENTE divide la obra en cinco capítulos. Esta distribución es acertada debido a que desarrolla cuestiones complejas de forma progresiva e introduce al lector en aspectos como qué es la IA, los niveles de automatización que existen, para luego abordar los riesgos y desafíos que plantea la conducción autónoma y así pasar a analizar en el segundo capítulo y siguientes los problemas jurídicos claves que plantea el tema objeto de estudio.

3. En el primer capítulo, el autor divide esos riesgos y desafíos que plantea la IA en tres categorías, así diferencia entre riesgos tecnológicos, éticos o morales y jurídicos (pps.35-47).

4. Resulta muy sugerente como el profesor LAFUENTE en relación a los desafíos desde una perspectiva tecnológica hace mención a los cambios que se avecinan en el sector manufacturero de vehículos. El autor señala que la industria automovilística tendrá que adaptarse a la existencia de estos coches autónomos apuntando a que el número de coches que se fabricará en un futuro será menor y más costoso para el usuario final (p. 36) pero que en contraposición se desarrollarán otros sectores que serán muy necesarios como la puesta en marcha y reparación de estos vehículos (p. 36). Respecto a los desafíos éticos, el autor argumenta la necesidad de que los programadores de *software* tengan la ética y la moral presente a la hora de programar con el fin de que los sistemas de IA

¹ Vid. al respecto esta noticia del Diario Cinco Días del año 2023 <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-08-11/california-aprueba-ampliar-el-servicio-de-robotaxis-a-waymo-google-y-cruise.html> (consultado el 15 de febrero de 2025).

² Vid. <https://www.spiegel.de/auto/fahrkultur/vay-carsharing-dienst-ferngesteuert-durch-hamburg-a-229c7128-259d-4613-b8dc-f9bc6d549d99> (consultado el 15 de febrero de 2025).

³ Vid esta noticia de la BBC de 7 de enero año 2025 <https://www.bbc.com/news/videos/c70e2g09ng9o> (consultado el 15 de febrero de 2025).

⁴ Vid en particular este caso que sucedió en San Francisco en relación a la empresa estadounidense Cruise https://www.eldiario.es/tecnologia/freno-robotaxi-atropello-san-francisco-adelanta-coche-autonomo_1_10627725.html

puedan auto aprender un código ético para que puedan diferenciar entre comportamientos correctos e incorrectos en atención a unos valores (p. 37). Por último, en relación a los desafíos jurídicos, el autor ya apunta en esta fase inicial del libro al aspecto central del mismo: quién debe asumir la responsabilidad por daños causados por un coche autónomo. El autor plantea de forma muy solvente si la responsabilidad podría recaer en las partes que intervienen en la conducción o incluso en el propio sistema de IA o robot. Este último particular ha sido objeto de estudio por diferentes autores⁵ debido a la resolución del Parlamento Europeo del año 2017 en la que le pedía a la Comisión Europea que reflexionara sobre la posibilidad de la creación de una personalidad jurídica específica para los robots más complejos. El objetivo de esta idea a la que apuntaba la resolución del Parlamento Europeo era que se pudiera crear una ficción jurídica para que el robot pudiera considerarse “persona electrónicamente responsable” con el fin de reparar los daños que pudiera llegar a ocasionar. Esta propuesta se concibió de forma muy crítica por parte de algunos de los expertos por considerar que la propuesta era poco realista y carecía de fundamento jurídico⁶. Pero también como bien señala el autor, esta propuesta inicial fue bien recibida por otros (p.43), pero ya en las resoluciones del año 2020 se descartó casi por completo⁷. Además, de forma muy acertada, el autor sobre la cuestión de atribución de la personalidad jurídica a sistemas de IA apunta a su complejidad señalando como la atribución de la misma es una cues-

tión que recaería, salvo cambios normativos, al derecho interno de cada Estado miembro (p. 45). En un trabajo previo que publicamos en relación a la responsabilidad civil internacional por daños causados por robots quirúrgicos⁸ ya apuntamos que, desde nuestra perspectiva, aunque no es un debate cerrado, las personas/empresas son las que deben estar en el centro de la responsabilidad, no los robots.

5. En este primer capítulo también estudia el profesor LAFUENTE la normativa aplicable a la conducción autónoma. Así, de forma pormenorizada va realizando un riguroso análisis de la normativa a nivel internacional, europea y también nacional sobre la conducción autónoma llegando a analizar desde una perspectiva de derecho comparado las normas existentes en la actualidad en países pioneros que tienen coches autónomos ya en sus calles (programas pilotos) en países como EE.UU. o Alemania.

6. En el segundo capítulo se aborda de forma profunda y sin ambages dos temas de forma principal. Uno es en relación al aseguramiento de vehículos automatizados y responsabilidad civil extracontractual. El otro, el cual es de máxima actualidad, el relativo a la responsabilidad por productos defectuosos. Señalamos que es de actualidad debido a que la Directiva 85/374 en materia de productos defectuosos ha sido derogada recientemente (en noviembre de 2024) por una nueva Directiva⁹ que intenta dar respuesta a algunas de las cuestiones que se abordan en el segundo capítulo de la presente monografía. Esta Directiva se deberá trasponer como tarde el 9 de diciembre de 2026 por los Estados miembros y recoge novedades interesantes como la ampliación de su ámbito de aplicación, incluyendo el *software* (salvo el de código abierto), los archivos digitales de fabricación (los cuales contienen la información necesaria para crear el bien tangible como sucede en el caso de las impresoras 3D) o los servicios digitales relacionados (serían los que

⁵ S. DÍAZ ALABART, *Robots y Responsabilidad Civil*, Reus Editorial, Madrid, 2018, p. 55-94; G. Tomás Martínez, “¿Puede un robot ser responsable por causar daños? Primeras reflexiones ante el reto europeo de innovación legal”, en L. PRATS ABENTOSA/ G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2017, p. 859-869; C. VAN ROSSUM, “Liability for robots: legal responsibilities in cases of errors or malfunctioning”, p. 42, disponible en https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/449/RUG01-002479449_2018_0001_AC.pdf p. (consultado el 15 de febrero de 2025).

⁶ Vid la carta abierta que firmaron centes de expertos en contra de la personalidad jurídica electrónica y que iba dirigida al presidente de la Comisión y al resto de autoridades europeas <http://www.robotics-openletter.eu/>.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 INL), apartado 7 disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html (consultado el 15 de febrero de 2025).

⁸ I. ANTÓN JUÁREZ, La responsabilidad civil internacional por daños causados por un robot quirúrgico, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N.º. 21, 2021, pp. 147-180.

⁹ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (DOUE núm. 2853, de 18 de noviembre de 2024)

se interconectan con un producto, por ejemplo, brazaletes que permiten medir la glucosa en sangre y que necesitan suministro de datos sobre salud para poder determinar o predecir determinadas enfermedades). Esta nueva Directiva en materia de productos defectuosos mantiene el concepto de defecto, pero añade a nuevos posibles sujetos responsables relacionado especialmente con los productos tecnológicos. Un cambio interesante es en el concepto de daño, se incluye dentro de daño personal, el daño psicológico. En relación al libro que nos ocupa, el autor en este capítulo segundo va más allá, es valiente en su estudio y no se conforma con el estudio de la responsabilidad por productos defectuosos a nivel europeo, sino que también analiza el estado de la cuestión en el ordenamiento estadounidense.

7. El capítulo tercero, muy necesario, se dedica al estudio de las propuestas de normas que en el momento en el que se redacta la monografía se encontraban en ciernes y que versan sobre IA y responsabilidad civil. Actualmente alguna de ellas se encuentra ya en vigor como el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA¹⁰.

8. El capítulo cuarto y el capítulo quinto se reservan para los problemas en materia de Derecho internacional privado. Es decir, en el capítulo cuarto se estudian por el autor los problemas relativos a competencia judicial y en el capítulo quinto las cuestiones relativas a Ley aplicable.

En relación al capítulo cuarto el protagonista indiscutible es el Reglamento 1215/2012 también conocido como Reglamento Bruselas I bis. Dentro de este capítulo el autor aborda cuatro foros para determinar los tribunales competentes en esta materia, estos son: 1) El foro de sumisión expresa del art. 25; 2) El foro general del domicilio del demandado del art. 4; 3) el foro de daños del art. 7.2;

¹⁰ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L de 12 de julio de 2024). Sobre este Reglamento *vid* el comentario al artículo por artículo de M.BARRIO ANDRÉS (Dir), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2024.

4) la acción directa en materia de seguros del art. 11. Especial transcendencia presentan estos dos últimos foros en relación objeto de la monografía. Respecto al art. 7.2 debido a que permitirán plantear la demanda ante tribunales cercanos, el objetivo de este foro no es tanto favorecer a la parte débil, sino que la víctima pueda demandar ante un tribunal conectado con el asunto. En contraposición, la acción directa, como bien señala el autor, sí tiene ese fin de proteger a la parte débil (p. 175) en una relación contractual con un seguro debido a que permite a la víctima demandar directamente al asegurador del presunto responsable por los daños sufridos. Así, consideramos, que esta acción será de gran relevancia en el caso de que los coches autónomos sean una realidad debido a que es una vía para que verdaderamente el perjudicado pueda ver su daño resarcido.

Muy interesante resulta la parte final del capítulo cuarto (pp. 191 a 193) en la que el profesor LAFUENTE valora las propuestas de normas europeas estudiadas en su capítulo tercero poniendo de relieve que esas normas se olvidan en cierto modo del Derecho internacional privado, no habiéndose aprovechado el debate que han ocasionado esas propuestas para replantearse el rol del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma II, la interacción que presentan con las futuras normas (en la actualidad ya en vigor) y la necesidad de haber acometido cambios en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado.

Respecto al capítulo quinto el autor estudia problemas de Ley aplicable y para ello analiza las normas de conflicto del Reglamento Roma II como del Convenio de la Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera como del Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos. Además, el autor destaca como hay una falta de coordinación entre dichas normas debido a que no comparten puntos de conexión, habiendo también un problema añadido a nivel material debido a que las legislaciones internas difieren en cuestiones importantes para las víctimas como los plazos de prescripción para plantear una acción. El autor propone diversas soluciones como denunciar los convenios de la Haya (solución que compartimos, aunque sabemos que es drástica y necesitaría reformar en cierto modo el Reglamento Roma II) para dejar atrás esta amalgama de normas que en ocasiones más que ayudar a determinar el Derecho aplica-

ble angustian al operador jurídico debido a que no sabe ni que instrumento legal internacional debe aplicar.

9. Para concluir no podemos dejar de compartir con el autor que estamos ante una nueva era (p.19), un nuevo paradigma en disciplina jurídicas variadas entre sí, pero conectadas por un mismo nexo: la IA. Este libro identifica de forma magistral los desafíos que presenta la IA en un tema particular que es la responsabilidad civil internacional por daños causados por vehículos autónomos. Sin embargo, no es una monografía que sólo plantea problemas, el autor no se queda en meras ideas vagas, va más allá e intenta proponer soluciones a

complejos problemas jurídicos que puede que en un futuro, no tan lejano, tengan lugar. La conducción en la que interviene mayor o menor asistencia por sistemas expertos es ya una realidad, quizás el paso final en el que podamos ver en nuestras ciudades y carreteras coches sin conductor con un nivel de autonomía cinco puede que esté muy cerca. Gracias a obras como las del profesor LAFUENTE estaremos más preparados y sobre todo, las personas que sufran daños podrán reclamarlos de forma más certera y estar mejor asesoradas por expertos, como el autor de la obra, que llevan años analizando los riesgos y desafíos legales que presenta la conducción autónoma en los asuntos en los que existe un elemento extranjero.

ALFONSO YBARRA BORES. *Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 140 pp., ISBN: 978-84-1056-506-7

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

DOI: 10.20318/cdt.2025.9381

1. Es sabido que el Derecho inglés es un ordenamiento ciertamente peculiar. Ello es debido fundamentalmente a su vasta y singular formación histórica, gozando de unas características -que posteriormente, con mayor o menor intensidad, se fueron extendiendo a la mayoría de los países de tradición de *common law*- que lo hacen único y marcadamente diferente, en particular en relación a los sistemas, como el nuestro, enmarcados en la tradición del *civil law*.

2. De la singularidad del Derecho inglés da fe el hecho de la existencia de instituciones o reglas propias, sin parangón fuera del *common law*, y que afectan a todos los ámbitos de su sistema. Así, entre otras muchas, resalta el autor la siempre compleja figura del *trust*, las difícilmente comprensibles *anti-suit injunctions*, el hecho de la inexistencia de una teoría general de las obligaciones, el funcionamiento del singular *forum conveniens* o *non-conveniens*, el *sui generis* y cuasi poético concepto de *domicile*, el clásico principio *judge made law* (*stare decisis*) vinculado a la trascendencia de la que goza el *precedent* o la división del ejercicio de la abogacía en dos profesiones: los *barristers* y los *solicitors*.

3. Pues bien, en este escenario, otra de las características típicas del Derecho inglés radica en la inexistencia de la institución del régimen económico matrimonial, la cual es desconocida en dicho ordenamiento. Ello implica que el matrimonio de por sí no produce consecuencia alguna sobre los bienes de los cónyuges, esto es, que carece de impacto alguno respecto de la propiedad de los bienes de aquéllos, no produ-

ciéndose una confusión de patrimonios. En este sentido, y salvo acuerdo al efecto, ninguno de los cónyuges adquiere la facultad de administrar los bienes del otro, y ello se aplica en relación a los bienes adquiridos tanto antes como después del matrimonio.

4. Partiendo de esta peculiar situación, la obra de Alfonso Ybarra Bores objeto de la presente reseña analiza los efectos económicos que pueden derivarse del matrimonio en el marco del Derecho inglés. La misma, que puede considerarse el complemento científico de otra brillante monografía anterior titulada *Las sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España* (2021), atiende a idénticos caracteres de escrupulosidad, exhaustividad y rigurosidad tanto en su concepción como en su desarrollo. El despliegue de ciertos efectos patrimoniales del matrimonio en el sistema inglés acontece, fundamentalmente, en el principal ámbito donde se encuentran expresamente contemplados dichos efectos, esto es, en los supuestos de divorcio, regulados en la *Matrimonial Causes Act 1973*. Pero también se producen consecuencias económicas en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, supuesto en el que, aunque no exista una regulación *ad hoc*, sí que podemos encontrarnos ante diversas situaciones que pueden implicar consecuencias económicas. Además, se analizan con maestría en la parte final del trabajo algunos de los complejos problemas que se pueden plantear en el marco de los litigios internacionales en supuestos de crisis matrimoniales en los que se encuentren implicados intereses afectantes tanto al Derecho inglés como al Derecho español.

5. Entrando en el contenido del trabajo, éste se encuentra dividido en seis capítulos, los cuales nos van conduciendo desde lo histórico y más generalista, pasando por un exhaustivo análisis del Derecho positivo inglés en la materia hasta, finalmente, desembocar en la exposición de un supuesto práctico como evidencia del interés de todo lo abordado para los profesionales que se dedican a la litigación internacional en esta materia. Así, en un capítulo I se hace una acercamiento a la posición del Derecho inglés en el marco de los principales regímenes económico matrimoniales del mundo; en el capítulo II se analiza la situación en relación a la *matrimonial property* y la consecuencias inherentes a ello; en el capítulo III se abordan las consecuencias patrimoniales que pueden tener lugar tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; el capítulo IV se ocupa de una institución básica desde la perspectiva económica en el caso de divorcio, en concreto las *financial orders*, las cuales son estudiadas en el marco de la *Matrimonial Causes Act 1973*; por su parte, en el capítulo V se analizan los dos principios básicos que los tribunales ingleses tienen en cuenta a la hora de dar solución al tema de los efectos patrimoniales derivados de un divorcio: el *sharing principle* y el *principle of need*; por fin, en el capítulo VI se trata sobre cómo, desde la perspectiva del Derecho inglés, se afrontan los litigios internacionales en relación a los efectos económicos del matrimonio, y en particular cuando se produce una confluencia del foro inglés y español

6. Como hemos indicado, en el capítulo I, tras comenzar realizándose una ubicación del Derecho inglés en el contexto internacional -muy de agradecer por cierto para los no expertos en tan complejo sistema-, se aborda la posición del Derecho inglés dentro del marco de los grandes regímenes económico matrimoniales. Se destaca cómo el sistema inglés, frente a los grandes regímenes económico matrimoniales, se va a caracterizar por el hecho de la no existencia oficial de la institución del régimen económico matrimonial como un efecto directo derivado de la celebración del matrimonio. Sin embargo, ello no significará que en todos los países de *common law* suceda lo mismo, pues también nos relata el autor cómo encontramos en tales países con algunos sistemas, inmersos en sus territorios, muy similares a los de *civil law*. Así, se refiere a Quebec en Canadá o a Luisiana en Estados Unidos de América (en

ambos casos con una clara francesa y española). Sin embargo, puede llamar más la atención el hecho de que, incluso dentro del Reino Unido, en el Derecho escocés sí se cuenta con una regulación legal sobre el régimen económico matrimonial, contenida en la *Family Law -Scotland- Act 1985*, hablándose en este caso de un régimen de separación de bienes modificado

7. El capítulo II va destinado a la consideración de la *matrimonial property* en el Derecho inglés, partiéndose de la idea ya adelantada de que este no contempla el concepto de régimen económico matrimonial, de modo que cada uno de los cónyuges conserva sus bienes; por lo que, si nos encontrásemos ante un supuesto internacional donde fuese de aplicación la Ley inglesa, no podría activarse algo parecido al régimen de gananciales o de separación de bienes, ni tampoco abrirse un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a la manera entendida por los juristas de los países de *civil law*. Sin embargo, resalta con acierto el profesor Ybarra Bores que en el Derecho inglés sí se regula expresamente la división de la propiedad matrimonial en caso de divorcio y, en tal sentido, algunos autores se refieren a la existencia de un régimen de separación de bienes con asignación judicial del patrimonio en caso de divorcio, o incluso a veces se habla de un auténtico régimen económico matrimonial de separación de bienes en tal ordenamiento (lo cual es frontalmente criticado por el autor del trabajo al no corresponderse con la realidad). Dicha regulación se encuentra contenida en la referida *Matrimonial Causes Act 1973*, disponiendo el juez de cierta discrecionalidad a la hora de poder dictar diversos tipos de *orders*, todo ello dentro de lo que se conoce como el procedimiento de *ancillary relief*, el cual es expuesto y desarrollado con máximo detalle.

8. Frente a lo que sí acontece en los supuestos de divorcio, en el Derecho inglés, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges no existen reglas expresas recogidas en un cuerpo normativo sobre la división y liquidación patrimonial. Pero ello no significa que no se produzcan una serie de consecuencias económicas en tal caso, efectos que dependerán de una serie de variados factores, que podrán o no concurrir en cada supuesto. A ellos dedica el autor el capítulo III, donde se exponen diversos escenarios posibles, como los derivados de la adquisición de bienes

en vida conjuntamente por los cónyuges, que puede dar lugar a casos de *joint tenancy* (forma muy común en los matrimonios ingleses) o de *tenancy in common*. Además, se tratan otras instituciones que guardan vinculación con el óbito de alguno de los cónyuges, como son los *will substitutes*, el *living trust*, el *testamentary trust*, así como a las particularidades que resultan de una posible sucesión testada (*testacy*) o intestada (*intestacy*) y las consecuencias que de ello pueden derivarse para el *surviving spouse*. Finalmente, el capítulo III se cierra con la mención a otros posibles efectos económicos derivados del fallecimiento de uno de los cónyuges en el caso de que existiese un *marriage contract*.

9. En el capítulo IV, nuclear en el trabajo, se abordan las *financial orders*, esto es, órdenes de pago que puede dictar el juez a instancia de las partes con cierta autonomía y discrecionalidad como consecuencia de un procedimiento de divorcio, órdenes que pueden afectar tanto a la *matrimonial property* como a la *non-matrimonial property*. Expone el autor cómo, ante la inexistencia de un régimen económico matrimonial en el Derecho inglés, son los jueces los que, para evitar posibles consecuencias injustas que se pudieran producir cuando tiene lugar un divorcio, se encargan de ponderar las posibles necesidades surgidas, fijando las posibles compensaciones entre esposos como consecuencia de las desventajas derivadas del fin de la relación matrimonial. A continuación se abordan las concretas *financial orders* que a tal efecto puede dictar el juez, analizándose los elementos que debe tener en cuenta al dictarlas, debiendo en todo caso seguir las pautas marcadas por el *case law* contenido en las sentencias dictadas por los tribunales superiores. Concluye el capítulo con un estudio sobre los criterios que ha de seguir el juez para la determinación y valoración de los bienes matrimoniales, debiéndose realizar una distribución equilibrada entre bienes líquidos y los ilíquidos.

10. Siguiendo plausiblemente un *iter* lógico, el capítulo V trata sobre los principios que rigen en el Derecho inglés y que deben ser tenido en consideración por el juez a la hora de llevar a cabo el reparto de los referidos bienes entre los cónyuges. A tal efecto, se analiza cómo en el relevante caso *Miller v Miller*, el tribunal señaló tres principios fundamentales que justifican dictar una orden que conlleve la redistribución de

activos de una parte a la otra: el de participación -o reparto- (*sharing principle*), el de necesidad (*principle of need*) y el de compensación (*compensation principle*). Los tres principios deberán ser aplicados a la vista de la entidad y naturaleza de todos los recursos del matrimonio. Sin embargo, destaca el autor que, a raíz del caso *Miller*, los tribunales ingleses han limitado en la práctica el ámbito de aplicación del principio de compensación y, por lo tanto, la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales se resuelven de acuerdo con el *sharing principle* y el *principle of need*, principios que son tratados con gran detalle en el capítulo. En particular, el significado y la filosofía de este último da lugar a que encontremos en el Derecho inglés diferencias fundamentales con nuestro sistema de liquidación y reparto de bienes entre los cónyuges en el marco de los procedimientos de divorcio; lo que tendrá importantes consecuencias en relación a la litigación internacional.

11. En el capítulo final del trabajo precisamente se aborda cómo opera, y la influencia, del Derecho inglés en esta materia en el ámbito de los litigios internacionales de divorcio. En efecto, el autor, con una perspectiva eminentemente práctica, trata sobre los diversos efectos y consecuencias que, a nivel internacional, puede desplegar el sistema de liquidación de bienes del matrimonio previsto en el Derecho inglés en caso de divorcio. A tal fin se destacan las circunstancias que conducen al importante papel de Londres como capital mundial actual de los grandes divorcios internacionales. Igualmente se otorga un papel relevante a las incidencias que se pueden producir en la interrelación entre los modelos de *civil law* y del Derecho inglés y cómo se determina la Ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio desde el ordenamiento inglés. En este sentido, se destaca la importancia del concepto de *domicile* al efecto así como el hecho de la preferencia de los jueces ingleses a favor de la aplicación de la *lex fori* cuando conocen de un asunto internacional de esta naturaleza. Y, a modo de cierre del capítulo, se expone un interesante hipotético supuesto internacional, a través del cual se puede constatar de manera clara la relevancia que el juego del Derecho inglés puede tener en la práctica en relación a los efectos económicos que se pueden producir como consecuencia de un divorcio internacional en el que concurren una destacada presencia de elementos, especial-

mente de carácter personal, conectados con tal ordenamiento, pero también otros vinculados con el foro español.

12. En definitiva, la valoración global de esta obra no puede ser más que sobresaliente por una serie de consideraciones. Primera, por la complejidad de la materia abordada por el profesor Ybarra Bores, enmarcada en un ordenamiento, el Derecho inglés, ciertamente difícil de comprender para los que no están habituados a tratarlo, pero donde el autor vuelve a demostrar una vez más que se mueve como pez en el agua. Segunda, por la claridad en la exposición

en relación a una materia tan árida y compleja, lo cual da lugar a un texto cuya lectura se hace fácil y amena lo cual es, además de poco frecuente en nuestro campo, muy de agradecer. Y tercera, porque el autor, como ya ha hecho constar en sus trabajos anteriores en relación a otras instituciones del Derecho inglés, insiste en la necesidad de un asesoramiento preventivo a través de profesionales especializados en esta tan complicada materia. Todo ello hace que esta obra se convierta en referente imprescindible para todo profesional o estudioso que, a partir de ahora, quiera profundizar o aproximarse a esta apasionante materia.

B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.). *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*. Aranzadi, Madrid, 2024.

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

DOI: 10.20318/cdt.2025.9382

1. La obra objeto de recensión se enmarca en las actividades del fructífero proyecto de I+D+i de la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades) “*Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores de menores en un contexto de creciente migración*”, del que es IP la directora de la publicación. Siendo una característica en la convocatoria de este tipo de proyectos que se valore positivamente la conformación de equipos de investigación y de trabajo de carácter interdisciplinar e internacional, hay que resaltar que la materia objeto de análisis de este libro se prestaba perfectamente a ello. Como se señala en el preámbulo del mismo, en el marco de este proyecto ya se había realizado una publicación previa (*Estudio del Reglamento 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022) acerca de la norma más importante de Derecho internacional privado en el sector del Derecho de familia. Pero la nueva obra ahora recensio- nada ha ido plausiblemente más allá tomando el mencionado Reglamento 2019/1111 como texto de referencia para estudiar, con especialistas de otras disciplinas, una serie de aspectos relaciona- das con su contenido. En efecto, el libro incor- pora trabajos realizados por investigadores de Derecho internacional privado, de Derecho civil, de Derecho procesal y de Derecho inter- nacional público a través de un significativo nú- mero de contribuciones de profesores españoles y extranjeros.

2. Con el señalado propósito de tomar el Re- glamento 2019/1111 como norma de referencia,

la obra se estructura con loable lógica en va- rias partes que van siguiendo la estructura del Reglamento, para concluir con una apertura a cuestiones propias del Derecho de extranjería y de la protección internacional. Así, la parte I, que lleva por título “*Cuestiones vinculadas con el ámbito de aplicación*”, se compone de dos trabajos realizados por M^a. Ángeles Sán- chez Jiménez y por Beatriz Campuzano Díaz en los que se reflexiona brillantemente sobre los presupuestos de aplicación del Reglamento. Resulta interesante el andamiaje normativo de las normas de la UE en Derecho internacional privado de familia, pues en tanto que el matri- monio y la filiación son la base para la aplica- ción de muchas de ellas, sin embargo se carece de una regulación uniforme en la materia. Las disfunciones que ello genera, que se han puesto de manifiesto en la jurisprudencia del TJUE en relación con la libertad de circulación y de resi- dencia -con influencia importante asimismo de la jurisprudencia del TEDH-, han sido objeto de profundo análisis en estos trabajos, donde tam- bién se refleja pormenorizadamente la relevante novedad que supone la propuesta de Reglamen- to de la UE sobre filiación

3. La obra dedica una parte II a “*Cuestio- nes vinculadas con las normas de competencia judicial internacional*”. Se compone de un úni- co capítulo, elaborado por Elena Cano Bazaga sobre la situación de litispendencia, en el que se ofrece una detallada panorámica de Derecho comparado sobre la solución que ofrecen el Re- glamento 2019/1111, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia

civil. Se trata de un enfoque de elevado interés que incide en la compleja relación que se establece, en Derecho de familia, entre los Reglamentos comunitarios y los Convenios paralelos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como de forma recurrente está mostrando últimamente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

4. Prosigue el libro con una parte III que tiene por rúbrica “*Cuestiones vinculadas con la sustracción internacional de menores*”. Nos hallamos ante una materia fuente inagotable de estudio, que en este caso posee como aspecto de especial interés su enfoque, centrado en la articulación del Reglamento 2019/1111 con la LEC. Resulta novedosa y atrayente la visión de una procesalista, como es la profesora Pilar Martín Ríos, sobre el derecho del menor a ser oído en el marco del procedimiento de restitución regulado en nuestra LEC teniendo en cuenta el reconocimiento que, con carácter general, se ha hecho de este derecho en el marco del Reglamento 2019/1111. Su estudio se complementa con un análisis jurisprudencial muy completo y destacado sobre la práctica de nuestros órganos jurisdiccionales en relación con el procedimiento de restitución, que realiza Antonio Jesús Calzado Llamas. El lector encontrará también en este bloque un interesante estudio de Monika Wałachowska, realizado desde la perspectiva del Derecho polaco.

5. En la parte IV (“*Cuestiones vinculadas con la eficacia extraterritorial de resoluciones, documentos públicos y acuerdos*”) se contienen dos colaboraciones. Por una parte, la de M^a Ángeles Rodríguez Vázquez, que realiza un excelente análisis de *lege ferenda* acerca de la articulación de las normas del Reglamento 2019/1111 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos con la LEC; como la autora crítica y acertadamente señala, a pesar del tiempo transcurrido desde que comenzara a aplicarse este Reglamento sigue sin adaptarse a él la DF 22^a LEC, lo que obliga a realizar unas reflexiones que toman como referencia las disposiciones que actualmente recoge la LEC en relación con diversos Reglamentos de la UE. Por otra parte, también hallará el lector en esta sección un estudio no menos atractivo sobre la mediación en el marco del Reglamento 2019/1111 y sobre la eficacia de los acuerdos, algo muy novedoso, efectuado por Antonia Durán Ayago.

6. A las “*Relaciones con terceros países*” se dedica la parte V del libro, en la que se observa un atinado criterio de selección. Por un lado, la atención que se presta al Reino Unido y a Gibraltar tras el Brexit resulta muy acertada: el profesor Checa Martínez, reputado conocedor de esta materia, ofrece un estudio muy clarificador de la situación actual, en la que, lamentablemente, tenemos que acostumbrarnos a manejar otro marco normativo. Por otro lado, el foco en Marruecos, uno de los países con mayor número de nacionales residentes en nuestro país, también resulta plenamente apropiada mediante los análisis de M^a Dolores Adam Muñoz y de Salma El Ouazzani Chahdi en relación con el divorcio, la filiación y las relaciones paternofiliales, que ponen de manifiesto las dificultades que persisten en el ámbito del Derecho de familia para ofrecer una respuesta jurídica satisfactoria en las relaciones con el Reino vecino. Se ofrece asimismo en esta sección un acertado estudio que incide en el problema de la sustracción internacional de menores con una visión desde Iberoamérica (Brasil) por parte de Aline Beltrame de Moura y de Fellepe Leal.

7. La obra concluye con una parte VI dedicada a “*Familia, menores, Derecho de extranjería y protección internacional*” con reflexiones más enmarcadas en el Derecho de extranjería y en la protección internacional pero que tienen a la familia y a la protección de menores como punto de encuentro con el Reglamento 2019/1111. Elena López Barba incide de manera sobresaliente en el derecho a la reagrupación familiar, ofreciendo una visión de novedades en torno a esta materia. Por otra parte, Casilda Rueda Fernández, Lucía Padilla Espinosa y Cristina María Zamora Gómez, con enfoques propios de especialistas en Derecho internacional público, abordan a idéntico nivel cuestiones vinculadas a la protección internacional de menores (la cual debe articularse con el papel que corresponde desarrollar a las autoridades nacionales, en relación con menores refugiados, desplazados, no acompañados o que han sido víctimas de matrimonios forzados). Esta parte, y la obra toda, se cierra con un ineludible trabajo de Juana de los Ángeles Toledo Larrea también conectado con el Derecho de extranjería, por cuanto se refiere a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

8. En definitiva, la publicación que el lector tiene en sus manos destaca por el acierto en

el objeto de estudio elegido (actual, práctico y complejo), por la pluralidad de procedencias académicas de quienes han colaborado en allá (lo que enriquece el resultado final), por la transversalidad en el tratamiento de las materias analizadas (forzosa en cualquier estudio riguroso de nuestro tiempo) y por la riqueza de materiales

manejados (que se aprecia en el impresionante aparato crítico global del libro). La cohesión de todos estos elementos hubiera sido imposible sin el celo científico, metodológico y formal aplicados por la directora de la obra e IP del proyecto, Beatriz Campuzano Díaz, en una muestra más de su buen quehacer en el mundo universitario.

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ. *Litigación internacional en la Unión Europea (VII): Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*. Aranzadi, Madrid, 2024.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro del Consejo de Dirección de Unidroit
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2025.9383

1. En noviembre de 2024, ha sido publicada la obra *Crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, de la que es autora CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

La obra es el séptimo volumen de la colección *Litigación internacional en la Unión Europea* de la editorial Aranzadi, colección en la que se analizan normas de la Unión Europea que regulan aspectos de Derecho internacional privado. Así, la Profesora CELIA M. CAAMIÑA realiza, en las 221 páginas de esta obra, un análisis de diferentes cuestiones que suscita el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*, conocido como Reglamento Bruselas II ter. El análisis se acompaña del estudio de la jurisprudencia del TJUE, analizando con detalle en qué medida los pronunciamientos relativos al Reglamento Bruselas II bis, resultan todavía aplicables al Reglamento Bruselas II ter.

2. El Reglamento Bruselas II ter es aplicable desde el 1 de agosto de 2022, sustituyendo así al Reglamento Bruselas II bis, que era el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*.

El Reglamento Bruselas II ter resulta complejo por la diversidad de cuestiones que regula, motivo por el que la autora ha estructurado la obra en cuatro capítulos, que versan sobre: a) ámbito de aplicación, b) competencia judicial internacional, c) reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos y acuerdos; y d) sustracción internacional de menores. Tal como expone la autora, las cuestiones que versan sobre sustracción internacional de menores son objeto de un Capítulo independiente. Ello se debe, por un lado, a que el Reglamento Bruselas II ter, en línea con la vía seguida por el Reglamento Bruselas II bis, complementa el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*; por otro lado, por el protagonismo que, en el ámbito de la sustracción internacional de menores, tienen las que el Reglamento Bruselas II ter denomina “resoluciones privilegiadas”.

3. El Reglamento Bruselas II ter se aplica tanto las *crisis matrimoniales* como la *responsabilidad parental*. Por ello, en el Capítulo I de la obra, dedicada al ámbito de aplicación, se distingue entre ambas materias. Por lo que respecta a las crisis matrimoniales, la autora analiza el concepto de “matrimonio”, “materias civiles” y “órgano jurisdiccional”. Por lo que se refiere a responsabilidad parental, la autora destaca la diferencia entre el concepto de “menor” que el Reglamento emplea en dicho ámbito (persona con menos de 18 años), y el concepto de “menor” que para el Reglamento ha de operar en el ámbito de la sustracción internacional (persona menor de 16 años). Así, el Reglamento Bruselas II ter acoge la solución que parte

de la doctrina -entre la que se encuentra la propia autora- venía defendiendo como más adecuada.

4. El Capítulo II se encuentra dedicado a la *competencia judicial internacional*, con una primera parte en la que se analizan los foros aplicables a las crisis matrimoniales, una segunda parte relativa a responsabilidad parental y unas páginas que finalizan con los arts. 17 a 20, que pueden operar en ambos casos.

Para exponer la competencia judicial internacional en materia de *crisis matrimoniales*, la autora distingue, con respecto a los foros del art. 3, entre: a) foros que se refieren a circunstancias de uno de los cónyuges; y b) foros que se refieren a circunstancias comunes de los cónyuges. El análisis de estos foros se acompaña del estudio de la jurisprudencia del TJUE, que determina, entre otras cuestiones, que no cabe admitir la existencia de dos residencias habituales de manera simultánea.

Por lo que respecta a los foros en materia de *responsabilidad parental*, se distingue entre: a) foros para conocer del fondo del asunto, b) foros para adoptar medidas provisionales y cautelares, y c) la competencia para cuestiones incidentales. El estudio de los foros para conocer del fondo del asunto comienza con un detallado análisis de los requisitos para la elección del órgano jurisdiccional (art. 10): a) el vínculo estrecho entre el menor y el Estado miembro, b) la elección del foro, para lo que se distingue entre el “acuerdo” de elección de foro y la “aceptación de la elección” durante el procedimiento; y c) el interés superior del menor.

A continuación, se analiza el foro general de la residencia habitual del menor (art. 7) y las excepciones de los arts. 8 y 9. En el ámbito del art. 7, con base en la jurisprudencia del TJUE, la autora expone los elementos de mayor relevancia para determinar la residencia habitual del menor; así como las soluciones en caso de cambio lícito de residencia habitual, para lo que la autora distingue en función de cuál sea el Estado de la anterior y de la nueva residencia habitual. Tras el análisis de tales foros, se expone en qué casos puede operar el foro del art. 11, relativo a la presencia del menor.

Posteriormente, se exponen los requisitos que han de cumplirse para poder activar la remisión de competencia del art. 12, o bien la solicitud de transferencia de competencia del art. 13; especificando en qué medida pueden verse alterados por estos mecanismos el resto de foros.

5. El Capítulo III versa sobre *reconocimiento y*

ejecución, comenzado por la diferencia entre “resoluciones” y “documentos públicos o acuerdos”. Para las “resoluciones”, se exponen los tipos de reconocimiento que contempla el Reglamento, así como los motivos de denegación. Con respecto a las resoluciones en materia de responsabilidad parental, en este Capítulo se analiza el régimen general de reconocimiento y ejecución, con los correspondientes motivos de denegación. A continuación, tras distinguir entre “documentos públicos” y “acuerdos”, la autora reflexiona sobre la necesidad de que el Estado miembro de origen fuera competente, en el ámbito de la exposición de los motivos de denegación.

6. El último Capítulo, al abordar la *sustracción internacional de menores*, comienza con los requisitos para activar el procedimiento de restitución, dando especial protagonismo a las correcciones que el Reglamento contempla con respecto a al motivo de denegación de la restitución de grave riesgo de daño físico, psíquico u otra situación intolerable; así como a la ejecución medidas provisionales y cautelares adoptadas por el Estado miembro de la sustracción.

A continuación, se estudia el procedimiento posterior a una *orden de no restitución*, que en el ámbito del Reglamento Bruselas II ter solo puede ser activado si la denegación de la restitución se ha basado en el grave riesgo y/o la oposición del menor. En este Capítulo IV es donde se analiza el régimen de las “resoluciones privilegiadas”, entre las que se encuentran las resoluciones dictadas en este procedimiento posterior que implican la restitución del menor. Tal como expone la autora, el “privilegio” no significa que no existan motivos para suspender o denegar la ejecución, ya que entiende que las resoluciones privilegiadas pueden verse especialmente afectadas por el motivo del art. 50 (resolución posterior irreconciliable, con respecto a la que reflexiona sobre qué Estado sería competente para poder adoptarla) y el motivo del art. 56 (grave riesgo posterior de carácter duradero). Así, la autora concluye que la decisión “acaba estando en manos del Estado miembro de la sustracción”.

7. No debiera finalizar esta reseña sin algunas consideraciones de carácter general.

En primer lugar, existen poderosas razones para escribir un libro sobre el Derecho de familia internacional, que ponga de relieve aspectos tan

importantes y diversos como, *ad ex.*, la intrincada conexión entre el Derecho sustantivo y el Derecho adjetivo o procesal o la relevancia de que el Derecho internacional privado contemporáneo sea un *Derecho puerocéntrico* -expresión acuñada con éxito por el profesor ERIK JAYME-.

8. En segundo lugar, la monografía recensionada se inscribe en el contexto de una multitud de estudios muy recientes, algunos muy buenos, que analizan con rigor cada *punctum dolens*, cada punto más delicado o peligroso, de una situación relacionada con la protección de los menores en situaciones transfronterizas (*ad ex.*, M.Á. ABELLÁN-LÓPEZ/G. PARDO-BENEYTO, “Children’s participation matters: a step towards institutional and legal innovation in Spain”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae011; A. ARNOLD/C. BUDZIKIEWICZ, “Die Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für die Verantwortungsgemeinschaft - Eine kritische Analyse”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 187-207; A. BARNETT/M. KAYE/M. WEINER, “The 2024 Forum on Domestic Violence and the Hague Abduction Convention”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae021; J. BASEDOW, “Von Lieferketten, Kinderarbeit und Standesämtern – Gedanken zu europäischer Moral und globaler Realität”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 761-773; C. BAYARDI MARTINEZ/A. ROUSSET SIRI, “Restitución internacional de menores: lecciones de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Córdoba vs. Paraguay”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, nº 1, 2º semestre 2024, pp. 65-70; A. BELTRAME DE MOURA/F. LEAL, “El papel de las autoridades brasileñas en la lucha contra la sustracción internacional de niños”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 317-334; A. BELTRAME DE MOURA/C. LERIN, “The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*

CDT, 16, 1, 2024, pp. 95-112; O. BOBRZYŃSKA/M. PILICH, “Cases of cross-border child abduction in times of populism: a Polish perspective”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 154-182; C. BRIÈRE, “Le renvoi du litige au juge de l’État dans lequel l’enfant a été illicitement déplacé”, *Journal du droit international*, 2024, 1, pp. 201-216; C. BRUNOLD, *Transactions of Minors in English and German Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024; A.J. CALZADO LLAMAS, “Análisis de la jurisprudencia sobre el procedimiento de restitución de menores y su regulación en la LEC”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 137-176; E. CANO BAZAGA, “Los mecanismos de solución de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental y la comprobación de la competencia judicial internacional. Perspectiva española”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 79-106; G. CARNEY, *International parental child abduction and the law: the case of Japan*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2024; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: custodia no ejercida de hecho y traslado consentido del menor de un país a otro en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y en la jurisprudencia española”, *Revista de Dretul familiei*, 2024-1, pp. 90-140; L.F. CARRILLO POZO, “Competencia para la modificación del régimen de visitas y estancias. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala Novena) de 27 abril 2023, asunto C 372/22”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 764-774; O. CERAN, *Cross-Border Child Relocation in the EU. The Dynamics of Europeanisation*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia 2024; C. CHALLAS, “L’articulation des articles 10 et 15 du règlement Bruxelles II bis: l’illicéité de la résidence habituelle acquise par l’enfant dans l’État membre de refuge n’empêche pas le transfert de compétence vers une juridiction ‘mieux placée’ de cet État (CJUE 13 juill. 2023, TT c/ AK, aff. C-87/22)”, *Revue critique de droit international privé*, 2024, 1, pp. 98-116; M. CHECA MARTÍNEZ, “Cooperación judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental con el Reino Unido y Gi-

braltar después del Brexit”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 243-265; D. COESTER-WALTJEN, “Ein Entführungsfall mit zwei streitenden Elternteilen auf einem acht Jahre währenden Dauerlauf durch die Gerichte”, *IPRax*, 2024, 3, pp. 213-219; M.V. CUARTERO RUBIO, “Violencia de género y sustracción internacional de menores a la luz de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 371-410; D. DE CASTRO BEZERRA, *Sequestro de crianças e Convenção de Haia: a violência doméstica como hipótese de execução de seu retorno ao país de origem*, Londrina/PR, Thoth Editora, 2024; A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “O Conceito de Rapto Internacional de Crianças. Comentário à decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023 [ECLI:ES:APV: 2023:1178]”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 924-929; A. DURÁN AYAGO, “Mediación en procesos de responsabilidad parental”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 219-240; M. ELÓSEGUI ITXASO, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la tutela de la administración y la separación de los menores de sus padres biológicos en casos de abandono y/o maltrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 602-616; G. FERENC LENDVAI, “Sharenting as a regulatory paradox – a comprehensive overview of the conceptualization and regulation of sharenting”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae013; E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Interés del menor, igualdad y ejercicio de la autonomía de la voluntad en los litigios internacionales sobre responsabilidad parental”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 15-61; A. FESTA, “La protezione temporanea dei minori in fuga dall’Ucraina: teoria e pratica di un istituto all prova della sua prima applicazione”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 263-289; C. FRATEA, “Il Nuovo

Patto sulla migrazione e l’asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell’Unione europea”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 290-316; T. GARBER/M. NEUMAYR, “Zur internationalen Zuständigkeit in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung bei grenzüberschreitender Doppelresidenz”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 629-643; C. GONZÁLEZ CARRASCO, “El interés superior del menor en la ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 107-161; B. HEIDERHOFF, “Schnittstellen zwischen Migrations- und Familienrecht - insbesondere aktuelle Fragen bei unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 109-138; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Ámbito y condiciones de aplicación en la práctica del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 932-948; I. HLADÍKOVÁ, “Renvoi de l’affaire à une autre juridiction sous l’angle de l’arrêt de la Cour de justice C-87/22 relatif à l’article 16 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants”, *GPR*, 21.2, 2024, pp. 85-87; F. HUMBERT, *World trade, child labour, and transnational constitutionalism: the case for a new legal humanism*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2024; T. KOIVULA, “What makes a father: differentiation of unmarried and divorced fathers in the context of custody under the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae002; E. LAMBIASE, “Il principio dei *bests interests of the child* alla prova delle procedure speciali e del trattamento del minore straniero non accompagnato”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 317-341; N. LOWE/C. HONORATI/M. HELLNER, *Brussels II-ter: Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambrid-

ge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2024; L. LUSZNAT, “The Brussels IIb Regulation – Most significant changes compared to its predecessor and enhancement of the 1980 Hague Convention on International Child Abduction”, *Journal of Private International Law*, 20, 1, 2024, pp. 129-153; N. MARCHAL ESCALONA, “El impacto de la violencia intrafamiliar en el ejercicio del derecho de visita transfronterizo en la Unión Europea: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, n° 32, junio-noviembre 2024, Buenos Aires, Argentina, pp. 101-123; D. MARRANI, “Povertà, tratta di esseri umani e protezione dei minori in fuga dal conflitto in Ucraina”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 3, pp. 342-362; P. MARTÍN RÍOS, “El derecho del menor a ser oído y su articulación en el Derecho procesal español. Especial referencia al procedimiento de restitución o retorno”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 109-135; R. MICHAELS/A. SOMMERFELD, “EU-Lieferketten-Richtlinie und internationale Zuständigkeit”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSSEL/A. WUDARSKI (EDS.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 775-791; L.I. PADILLA ESPINOSA, “El derecho de la infancia migrante no acompañada a reunirse con sus familiares en situaciones fronterizas”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 381-400; G. PIGNATARO, “Il tutore volontario dei minori migranti: una figura nuova ma poco attrattiva”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, pp. 96-129; E. PIZARRO MORENO, “Civil meanings of child abduction. Analysis of a real case with two parties: Spain (European Union) and Russia Federation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 1, 2024, pp. 886-899; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “*Forum non conveniens* y sustracción internacional de menores (sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 4ª), de 13 de julio de 2023 en el asunto C-87/22, T.T.)”, *REEI*, n° 47, junio 2024, pp. 493-498; M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento 2019/1111:

propuestas de lege ferenda”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 197-218; C. RUEDA FERNÁNDEZ, “Menores refugiados, una aproximación a las medidas de protección: del Reglamento Dublín al Reglamento Bruselas, pasando por Ucrania”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 361-379; C. RUIZ SUTIL, “Custodia/vista, violencia contra las mujeres y la salvaguardia del interés superior de los niños y las niñas en situaciones privadas internacionales”, en P. JIMÉNEZ BLANCO/I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (DIR.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 397-439; R. RUOPPO, “La designazione del tutore dei minori ucraini rifugiati in Italia e il best interest of the child”, *Rivista di diritto internazionale*, 107, 1, 2024, pp. 216-225; L.I. SERRANO SÁNCHEZ, “Reconocimiento y ejecución de medidas europeas provisionales y cautelares de protección del menor-víctima como mecanismo de prevención”, en L. SALES PALLARÉS/M.Á. ZURILLA CARIÑANA (COORD.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 63-106; E. TERRIZZI, “Diritto internazionale privato e protezione dei minori: riflessioni a margine della riforma della volontaria giurisdizione”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno LX, n. 1, gennaio-marzo 2024, pp. 106-135; K. TRIMMINGS/T. LE XUAN/K. KALAITSOGLU, “The 1996 Hague convention on international child protection in the UK post-Brexit: focus on jurisdiction and recognition and enforcement”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 38, 1, 2024, ebae018; H. VITERBO/Y. IOFFE, “No Refuge from Childhood: How Child Protection Harms Refugees”, *European Journal of International Law*, 35, 3, August 2024, pp. 647-678; C. VON BARY, “Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der EU”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/ K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 161-186; M. WALACHOWSKA, “Problems related to the procedure of minors’ returning decisions, with reference to Polish law”, en B. CAMPUZANO DÍAZ

(DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 177-194; M. WINTER, “Reibungspunkte zwischen dem HKÜ und dem Ausländerrecht”, en C. BUDZIKIEWICZ/B. HEIDERHOFF/F. KLINKHAMMER/K. NIETHAMMER-JÜRGENS (HRSG.), *Grenzen und Grenzverschiebungen im internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 139-160; C.M. ZAMORA GÓMEZ, “Protección de menores víctimas de matrimonios forzados en el derecho migratorio de la Unión Europea. Especial referencia al derecho de reagrupación familiar”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Las Rozas (Madrid), Editorial Aranzadi, 2024, pp. 401-420).

9. En tercer lugar, pese a que es selectiva y no exhaustiva, esta bibliografía pone de relieve varios datos: la heterogeneidad de situaciones que origina la vida privada internacional de las personas, la complejidad que entraña la búsqueda de una solución justa y la importancia del rigor metodológico a la hora de analizarlas. En la práctica, esto supone la huida de los “terribles simplificadores” -expresión que creo recordar que oí por primera vez a PAUL HEINRICH NEUHAUS en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg-*, de los “aficionados” que -carentes de profesionalidad y rigor técnico- creen que es posible el cultivo de la dogmática jurídica con prisa, poco trabajo y un bagaje conceptual liviano. Algunos se esconden en idiomas extranjeros para referirse a realidades jurídicas que ya existen en Derecho español -como aquél que “descubrió” procedimientos en el sistema alemán que, en realidad, equivalen a nuestra jurisdicción voluntaria (*freiwillige Gerichtsbarkeit*)-;

pero así sólo demuestran que se puede ser tonto en varios idiomas.

10. En cuarto lugar, la profesora CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMÍNGUEZ sólo publica cada uno de sus libros después de años, siguiendo el consejo de los clásicos: *buscad leyendo y hallareis meditando*. Se aleja así de esa especie de *epidemia contemporánea* de tantos universitarios consistente en valorar las publicaciones por su peso y no por su calidad. Cada época parece tener sus locuras y, en la nuestra, parece ser ésta. *Nihil novum sub sole*. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, barón de la Brède y de Montesquieu, se quejaba en el siglo XVIII de que: “Es manía de los franceses presumir de ingeniosos, y manía de los que de ingeniosos presumen, componer libros. No hay sin embargo cosa peor imaginada; la cuerda naturaleza había dispuesto que fueran transitorias las locuras de los hombres, y los libros las immortalizan. Debiera un majadero contentarse con haber aburrido a todos cuántos han vivido con él, y todavía quiere hacer penar a las generaciones venideras; quiere que triunfe su necedad del olvido, que hubiera podido disfrutar como del sepulcro; quiere en fin que sepa la posteridad que vivió, y que no ignore que fue un tonto” (Carta LXVI de CHARLES-LOUIS MONTESQUIEU, *Cartas persas*, traducción de JOSÉ MARCHENA, Madrid, Minerva Ediciones, S.L., 2013, edición en formato digital).

11. Según algunos amigos italianos, “*10 libri pessimi non ne valgono uno buono*”. Este libro es un buen libro. Hoy en día, hay mucho escritor *alérgico a la ciencia*. Por el contrario, CELIA MARÍA CAAMIÑA ha sabido escapar de la *mediocridad ambiental*. Es toda una jurista. Frente a su obra, no puedo más que descubrirme, al tiempo que siento que ella es el maestro y yo soy el discípulo.

E. J. BRÖDERMANN. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - An Article-by-Article Commentary*. 2ª ed., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023.

E. J. BRÖDERMANN. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo*, traducción coordinada por C.F. Zinser Cieslik y P. Mendoza Montano, Valencia, Tirant lo blanch, 2024.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro del Consejo de Dirección de Unidroit
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2025.9384

1. Desde 2007, los tribunales españoles se remiten con regularidad a los *principios generales del Derecho contractual mercantil internacional* que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha recopilado y desarrollado en una colección de 211 normas -es decir, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Principios UNIDROIT”)-. Publicados por primera vez hace treinta años, en 1994, han sido ampliados y completados por ediciones adicionales en 2004, 2010 y 2016, siendo esta última versión objeto de los libros que se comentan a continuación. Al igual que los tribunales de muchas otras jurisdicciones de todo el mundo, los tribunales españoles han utilizado los Principios UNIDROIT para *interpretar y complementar su legislación nacional*. Otros tribunales han utilizado los Principios UNIDROIT para *interpretar y completar instrumentos internacionales*, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM, siglas en español, o CISG, siglas en inglés). En la misma línea, *cientos de laudos arbitrales* han hecho referencia a los Principios de UNIDROIT, a menudo refiriéndose explícitamente a ellos como principios generales del Derecho (*vid.*, *ad ex.*, www.unilex.info). *Legisladores* de varios continentes se han inspirado en los Principios de UNIDROIT. Los contratantes de diversos Estados han utilizado los Principios UNIDROIT como *régimen contractual neutral*, normalmente en

combinación con una cláusula de arbitraje (el autor denomina a esto “*simplified global contracting*” o “contratación global simplificada” [Introduction/Introducción, número marginal 2, en p. 2 edición inglesa y p. 172 edición española]). La *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* ha respaldado los Principios UNIDROIT en varias ocasiones, la última en 2021 (el texto de la resolución se reproduce en las p. 66-67 de la edición inglesa y en la p. 245 de la edición española). La *Union Internationale des Avocats* ha aprobado una recomendación oficial de los Principios UNIDROIT en 2020 (p. 67 de la edición inglesa, p. 246 de la edición española).

2. En su comentario artículo por artículo, ECKART J. BRÖDERMANN, “uno de los observadores más influyentes del Grupo de Trabajo internacional” para los Principios UNIDROIT 2010 y un “gran conocedor de los Principios UNIDROIT” (como señaló el Presidente del Grupo de Trabajo en su prefacio a la 1ª edición, reimpresso en la p. XIII de la edición inglesa), ha abordado todas estas cuestiones, junto con ejemplos detallados, sugerencias prácticas y comentarios sobre cada una de las 211 normas. El autor es Catedrático de la Universidad de Hamburgo y abogado con formación académica internacional en EE.UU. (*Harvard Law School*, admitido en el *New York Bar*) y en Francia (París V, Licenciatura y *Maîtrise en droit*). Redacta sus comentarios, basándose en 20 años de experiencia práctica en la

contratación internacional bajo los Principios UNIDROIT y en su utilización en arbitrajes desde 2001. Este bagaje práctico se percibe a lo largo de todo el libro. A menudo, sus comentarios incluyen observaciones desde la perspectiva de un abogado internacionalista especializado en el arbitraje o de un árbitro; 112 epígrafes incluyen la palabra “opción” u “opciones” en referencia a las elecciones que las partes pueden hacer, cuando actúan bajo los Principios UNIDROIT, que se basan esencialmente en la *autonomía de la voluntad* de las partes (art. 1.5) y en el principio general de *buena fe y lealtad negocial* (art. 1.7). Otros epígrafes están igualmente orientados a la práctica, como “impacto en la gestión de riesgos en la etapa de redacción del contrato” en los comentarios sobre la “previsibilidad del daño” (art. 7.4.4) en la sección de resarcimiento. En la misma línea, y a modo de ejemplo adicional, los comentarios sobre “excesiva onerosidad” (art. 6.2.2 y 6.2.3) incluyen un análisis de las cláusulas BREXIT y CORONA (COVID 19), redactadas utilizando los Principios de UNIDROIT como una *plantilla*, es decir, una posibilidad más de utilizar los Principios de UNIDROIT.

3. La primera edición inglesa del libro de 2018 fue bien recibida y reseñada en 19 Estados y traducida al chino (véase la reseña en p. VIII-IX de la edición inglesa; para una revisión de la 1ª edición en español, *vid.* F. DESSEMONTET, “Eckart J. Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary, Kluwer Law”, *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2019, 34, pp. 179-183). Gracias a la excelente traducción al español realizada por dos equipos en México y Guatemala coordinados por CHRISTIAN F. ZINSER CIESLIK (México) y PEDRO MENDOZA MONTANO (Guatemala), la 2ª edición está ahora disponible, en septiembre/octubre de 2024, para el mundo jurídico español e hispanoamericano. El proyecto de traducción contó con el apoyo oficial de la asociación mexicana del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

El proyecto de traducción del comentario BRÖDERMANN se basó en la traducción oficial de las “*black letter rules*” de los Principios UNIDROIT realizada por ALEJANDRO M. GARRO (Facultad de Derecho de Columbia), JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS (Universidad Externado de Colombia) y MARÍA PILAR PERALES VISCASILLAS (Universidad Carlos III de Madrid), así como

por PEDRO MENDOZA MONTANO (Universidad Francisco Marroquín, Guatemala), que también formó parte del proyecto de traducción del comentario BRÖDERMANN, asegurando así un vínculo de coherencia con la traducción oficial de los Principios UNIDROIT.

4. Más de 20 años después de la publicación de la 2ª edición de D. MORÁN BOVIO, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2003, el mundo hispanohablante vuelve a tener acceso a una amplia literatura (secundaria) en español sobre los Principios de UNIDROIT, en su integridad, con observaciones desde una perspectiva práctica. Los Comentarios Oficiales del propio UNIDROIT, que están disponibles en español como una de las lenguas oficiales de UNIDROIT, también incluyen ilustraciones prácticas de las “*black letter rules*”. Sin embargo, forman parte de la plasmación oficial de las normas jurídicas contenidas en los Principios de UNIDROIT y se mantienen en un lenguaje neutro; mientras que el profesor E. BRÖDERMANN añade antecedentes comparativos e históricos, así como observaciones anecdóticas de la práctica. Al leer en paralelo los Comentarios Oficiales y las observaciones de E. BRÖDERMANN sobre cualquiera de las normas, el lector recibe una imagen fidedigna del contenido de los Principios UNIDROIT.

5. Además de una introducción general a los Principios UNIDROIT (pp. 1-21 de la edición inglesa, pp. 165-193 de la edición española) y de los comentarios detallados, orientados a la práctica, artículo por artículo, la 2ª edición inglesa y la traducción española contienen dos anexos dignos de consideración:

- 1º) En un *anexo al Preámbulo* titulado “*Los Principios UNIDROIT como Principios Generales del Derecho de los Contratos Comerciales Internacionales*” (pp. 41-73 de la edición inglesa y pp. 211-247 de la edición española), el autor expone las razones por las que los Principios UNIDROIT pueden calificarse de principios generales del Derecho de los contratos comerciales internacionales, basándose en: a) una *amplia práctica* (incluida la práctica de los tribunales españoles citada en p. 62 nota 125 y p. 64 nota 139 de la edición inglesa, p. 233 nota 390 y p. 235 nota 404 de la edición española; e incluyendo

un Laudo Preliminar de 2020 en el famoso arbitraje *ad hoc Nurhirma Kiram Fornan et al. v Malaysia*, *ibidem*, p. 41 de la edición inglesa, p. 211 de la edición española), y b) *una emergente opinio iuris* (Anexo Preámbulo, números marginales 35-40, pp. 65-68 de la edición inglesa, pp. 244-249 de la edición española). Este anexo será particularmente útil en el arbitraje internacional cuando un tribunal arbitral sea invitado por elección de las partes a basarse en los principios generales de los contratos o, si desea hacerlo así, para reforzar su decisión.

- 2º) En un *anexo a la Sección 5.1* titulado “Principios de UNIDROIT para Tipos Específicos de Contratos (Compraventa, Servicios, Obra)” (pp. 247-259 de la edición inglesa, pp. 440-453 de la edición española), el libro proporciona una *checklist* de utilidad práctica con una visión general sobre las cuestiones específicas más importantes de los tipos de contratos abordados, estableciendo qué normas de los Principios UNIDROIT se aplican, si el contrato no dispone otra cosa. De hecho, como ya se ha señalado, de conformidad con el artículo 1.5 de los Principios UNIDROIT, la autonomía de la voluntad de las partes siempre permitirá -dentro de los límites del principio general subyacente de buena fe y lealtad negocial- adaptar o especificar las normas establecidas en los Principios UNIDROIT mediante un compromiso internacional, desarrollado a lo largo de décadas desde las primeras partes del inicio del Estudio L de UNIDROIT en 1970 (citado al principio de una lista exhaustiva de material preparatorio en p. LXV de la edición inglesa, p. 60 de la edición española).

6. En cuanto a la elección de los Principios UNIDROIT, el autor aboga por una *cláusula detallada y autoexplicativa de elección de los Principios UNIDROIT* (Introducción, número marginal 9d, p. 12 de la edición inglesa, p. 179 de la edición española), incluyendo una *plantilla*. Además, aborda la difícil y aún poco explorada re-

lación entre la CISG y los Principios UNIDROIT, según la cual las partes son libres de apartarse de la CISG en virtud de su art. 6 (Introducción número marginal 9e-f, pp. 13-14 de la edición inglesa, pp. 180-181 de la edición española).

7. Desde una perspectiva académica, y para profundizar en la práctica, resulta útil que el comentario enumere para cada capítulo o sección, si procede, los *trabajos preparatorios* de esa parte de los Principios de UNIDROIT. En la misma línea, a lo largo de los comentarios, el libro incluye *referencias bibliográficas de mayor calado*, como, *ad ex.*, sobre desarrollos jurídicos e históricos comparados, especialmente en los exhaustivos N. JANSEN/R. ZIMMERMANN (EDS.), *Commentaries on European contract laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, o el libro de A. GARRO/J.A. MORENO RODRIGUÉZ (EDS.), *Use of the UNIDROIT principles to interpret and supplement domestic contract law*, Cham, Switzerland, Springer, 2021. La traducción española contiene, además de un prefacio de los traductores, un “Prólogo” del profesor ALEJANDRO GARRO (Columbia Law School, Nueva York, pp. 47-49), que pone el comentario de E. BRÖDERMANN en perspectiva de las recientes investigaciones sobre Derecho mercantil internacional en Colombia, Chile, México y Perú.

8. El comentario del profesor E. BRÖDERMANN puede servir así como una herramienta práctica y académica dispuesta para trabajar con los Principios UNIDROIT que ningún abogado o árbitro que actúe internacionalmente debería ignorar 30 años después de su primera publicación. Gracias a los esfuerzos de traducción de los equipos mexicano y guatemalteco, este comentario puede utilizarse ahora también en español como obra de referencia para la contratación internacional y el arbitraje internacional. En la misma línea, el comentario también puede utilizarse como material didáctico de Derecho contractual en las universidades para ofrecer una perspectiva global y comparada cuando se enseña Derecho contractual nacional. Se use con una u otra finalidad, el lector inteligente apreciará que tiene una *obra maestra* entre sus manos.

Madrid, 5 de octubre de 2024.

ELSA DIAS OLIVEIRA. *Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o estudo da Parte Geral.*, Coimbra, Almedina, 2024.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro del Consejo de Dirección de Unidroit
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2025.9386

1. Se acaba de publicar, en octubre de 2024, una espléndida monografía, cuya autora es ELSA DIAS OLIVEIRA, Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. En ella, trata del estudio de la denominada *parte general* del DIPr. de la UE. Se trata, pues, de una obra que afronta un tema que no es baladí; puesto que incide sobre dos cuestiones que vienen ocupando en la actualidad a la mejor doctrina internacionalista: por un lado, la relevancia del DIPr. para la construcción europea, considerado la “Constitución civil” de la UE (*vid., ad ex.*, el excelente análisis de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “European private international law as the civil constitution of the European Union”, en C. VON BAR/O.L. KNÖFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI [EDS.], *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 3-16); por otro, la discusión sobre el carácter incompleto del DIPr. europeo y su naturaleza estructural o coyuntural o, dicho con otros términos, si una codificación del DIPr. de la UE es *posible, conveniente* y, por tanto, *debiera realizarse* (*vid., ad ex.*, la sugerente contribución de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 16, 2, 2024, pp. 814-822).

2. Con 456 páginas en total, el libro tiene una primera parte, en la que se expone el *marco general* del tema y una indicación de los *principios* del Derecho de la UE y del DIPr. que lo fundamentan (para una aproximación, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, “Private International Law of the European Union: Values and Regulatory Principles”, en *Liber amicorum Angelo Davì*:

La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 33-55; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 2018, vol. 2, pp. 17-47; M. WÜRDINGER, “Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO”, *RebelsZ*, 75, 2011, pp. 102-126). En la segunda parte, se abordan específicamente las *cuestiones seleccionadas* por la autora en relación con la parte general del DIPr. de la UE, comenzando por la calificación y pasando por otros temas centrales, como, *ad ex.*, la cuestión previa, la interpretación y concreción de los puntos de conexión, el reenvío y las normas de aplicación inmediata.

3. Esta obra parte del contexto actual del DIPr. en los Estados miembros de la UE, que ha experimentado un especial desarrollo en los últimos años. Para elaborar normas de DIPr., la UE utiliza, de manera abrumadora, los *Reglamentos*. Esta *opción de técnica jurídica* es también una *opción de política jurídica* y presenta *ventajas* muy claras: (a) El Reglamento unifica plenamente las normas de DIPr. de los Estados miembros: no hay riesgo de diversidad de regulaciones entre los Estados miembros provocados por legislaciones nacionales de desarrollo del Derecho europeo; (b) El Reglamento evita los típicos y engorrosos problemas de “Derecho de los Tratados”, tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc.; (c) El Reglamento potencia la “seguridad jurídica internacional”,

pues permite a los particulares invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y las autoridades estatales están obligadas a aplicarlo de oficio; (d) El Reglamento ahorra costes de información jurídica, ya que los particulares y los operadores jurídicos no deben consultar una regulación europea y una regulación nacional de desarrollo de la anterior, sino sólo y exclusivamente una regulación europea; (e) El Reglamento puede ser interpretado directamente por el TJUE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (art. 267 TFUE), lo que potencia su aplicación uniforme (sobre el “protagonismo del Reglamento en la elaboración del DIPr., *vid., ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 1 [*Derecho internacional privado. Introducción y parte general*], Madrid, Edisofer, 2024, pp. 183-184).

4. Ahora bien, para la aplicación de estos Reglamentos y el cumplimiento de sus objetivos –caso, *ad ex.*, de la *armonía internacional de soluciones* y la *previsibilidad del Derecho aplicable*– no basta con observar las normas de conflicto específicas establecidas en cada uno de ellos. También es necesario abordar cuestiones que, tradicionalmente, se incluyen en la *parte general* del DIPr. y que son transversales a la normativa europea. Algunas de estas cuestiones están expresamente recogidas en los distintos Reglamentos, como es el caso del *orden público internacional*. Otras, como la relativa a los *ordenamientos jurídicos plurilegislativos de base personal*, sólo están consagradas en algunos Reglamentos. Otras aún no encuentran regulación expresa en ningún Reglamento, como la *calificación*.

También es evidente que algunas de estas cuestiones, de las que el *reenvío* constituye un caso paradigmático, no encuentran una regulación uniforme en los distintos Reglamentos. En DIPr. europeo no existe una norma general que resuelva de modo específico la cuestión del reenvío. Cada Reglamento europeo aborda la cuestión de manera independiente. En esta línea es posible diferenciar dos situaciones:

1^a) *Regla general de Derecho internacional privado europeo: el rechazo global del reenvío*. La gran mayoría de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado impiden en reenvío con una “fórmula *standard*”, que suele expresar-

se de este modo: “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país” (art. 24 RR-II, art. 20 RR-I, art. 11 RR-III, art. 7.1 R. 2015/848 [el reenvío está implícitamente prohibido], art. 12 Prot LH alimentos). Dos razones explican esta exclusión general: (a) El legislador europeo entiende que las normas de conflicto europeas conducen en todo caso a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. Por ello, permitir el reenvío produciría el indeseable resultado de provocar la aplicación de una Ley imprevisible para las partes, de una Ley que no es la más vinculada con la situación, de una Ley que comportaría a las partes altos costes de información; (b) El reenvío provoca inseguridad jurídica, de modo que su exclusión permite que la Ley reguladora de la situación jurídica sea la Ley material designada de modo directo por la norma de conflicto europea. De ese modo, la norma de conflicto europea es previsible, certera y estable para las partes.

2^a) *Regla especial. Admisión limitada del reenvío*. Sólo dos reglamentos europeos permiten el reenvío y lo hacen en situaciones muy concretas y por motivos distintos relacionados con la materia en cuestión: (a) El art. 34 R. 650/2012 (Reglamento sucesorio europeo) permite el reenvío de primer y segundo grado para lograr una armonía internacional de soluciones, de modo que la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea la misma ya se litigue ante un tribunal de un Estado miembro o ante un tribunal de un tercer Estado; (b) El art. 20 RR-I indica que, con arreglo al art. 7.3.II RR-I, pueden aplicarse ciertas normas de conflicto de los Estados miembros en materia de seguros si dichas normas “conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro” (P. LAGARDE). El objetivo es permitir una más amplia libertad para elegir la Ley aplicable en relación con estos contratos de seguro.

5. La repetición de la regulación de algunos de estos temas y la omisión de preceptos sobre

otros ha suscitado el debate sobre la posible adopción de un Reglamento Roma 0 donde se abordarían globalmente. Como es sabido, ciertos juristas han estimado que esta situación no es deseable y han defendido la elaboración de un “Reglamento general” o “Roma Cero” que debería contener esa parte general del DIPr. europeo (C. HEINZE, S. LEIBLE, K. SIEHR). Frente a ello, otros especialistas sostienen que la realidad normativa de la UE demuestra que el legislador europeo no cree en la parte general del DIPr. El *gigantismo* de una *teoría general del DIPr.* no es apropiado para los tiempos líquidos actuales, propios de la post-modernidad. El reenvío, *ad ex.*, puede tener sentido en el DIPr. sucesorio, pero carece de toda razón en el DIPr. de daños o de contratos. Por eso, la parte general del DIPr. europeo, que responde a la idea propia de la modernidad de una teoría válida de modo general, una *cosmovisión del DIPr.*, es una idea superada en los tiempos post-modernos actuales que no debería nunca ver la luz.

La profesora E. DIAS OLIVEIRA, que analiza este problema con meticulosidad, indica las ventajas que resultarían de la adopción de dicho Reglamento Roma 0, pero también las dificultades subyacentes.

6. En cualquier caso, y teniendo en cuenta que actualmente no existe tal Reglamento Roma 0 ni se ha aprobado propuesta alguna al respecto, la autora avanza en el análisis de las diversas cuestiones que, tradicionalmente, se incluyen en la *parte general* del DIPr. desde la perspectiva del Derecho de la UE y con base en los Reglamentos sobre conflictos de leyes. En este marco, se analizan temas como la calificación, las cuestiones previas, la adaptación, sustitución y transposición, la interpretación y concreción de los puntos de conexión, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos, el reenvío, las cláusulas de excepción, el fraude a la ley, las normas de aplicación inmediata, las normas materiales de DIPr., la excepción del orden público internacional, la aplicación de oficio de las normas de DIPr. de los Reglamentos y la aplicación del Derecho extranjero, la integración de las lagunas y el ámbito de aplicación temporal de los Reglamentos.

7. Para este análisis, fueron seleccionados los preceptos expresamente consagrados en los Reglamentos y, tras evaluar las similitudes y divergencias que revelan entre sí (*ad ex.*, en lo

que respecta a las *cláusulas de excepción* o a las normas de conflicto que prevén la posibilidad de elegir la ley [*autonomía de la voluntad conflictual*]), se buscaron las razones que podrían justificarlas, las razones que subyacen al hecho de que determinadas cuestiones se regulen únicamente en algunos Reglamentos (como es el caso de la referencia a *ordenamientos jurídicos plurilegislativos de carácter personal*), todo ello teniendo en cuenta los fines que persigue el Reglamento y los principios del DIPr. en diálogo con los principios que son el Derecho subyacente de la UE también en este ámbito. De hecho, la consideración de estos *propósitos y principios* es un elemento transversal en el trabajo. En materias no previstas expresamente en el Reglamento, como la calificación, la presente monografía refleja, en particular, consideraciones de teoría general del DIPr. articuladas, como ya se ha dicho, con los principios que sustentan el Derecho de la UE, los fines perseguidos por el Reglamento y las diferencias de redacción con significado para el tema. Se busca coherencia dentro del Reglamento, entre Reglamentos y en su relación con el Derecho de la UE *lato sensu*.

8. Debe destacarse además la consideración por la autora de la doctrina de diversos países europeos: Portugal, España, Francia, Italia, Alemania, etc. Estas referencias son relevantes en el contexto de instrumentos, cuya interpretación debe ser común a los distintos Estados miembros de la UE, por lo que la doctrina de unos beneficiará a otros. También son especialmente pertinentes, ya que el DIPr. carece de articulación con el Derecho interno, algo que también se analiza en este libro.

9. En una obra como la recensionada, cabe formular *dos preguntas de carácter metodológico*. Primera: *Cuál es el valor de la jurisprudencia del TJUE como fuente del DIPr. europeo*. Se trata ésta de una cuestión de relieve primordial, tanto teórico como práctico. Varios aspectos deben tenerse presentes, como algunos ya hemos señalado (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 1 [*Derecho internacional privado. Introducción y parte general*], Madrid, Edisofer, 2024, pp. 185-186):

1º) *Sentencias de caso y no sentencias normativas*. Es evidente que el art. 288

TFUE no incluye a la jurisprudencia del TJUE como fuente del Derecho de la UE. El art. 267 TFU, además, bien claro deja que el TJUE “será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial” sobre “la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. Ahora bien, la sentencia dictada por el TJUE sólo vincula al tribunal u órgano que le consulta. No tiene validez general ni se puede pronunciar sobre cuestiones generales o hipotéticas (= es un “*arrêt de espèce*” y no un “*arrêt de règlement*”) (T. AZZI). Así lo señala el mismo TJUE en sus sentencias.

- 2º) *La fuerza práctica de la “cosa interpretada”*. A pesar de lo antes expuesto, en la práctica, las sentencias interpretativas del TJUE adquieren una indudable validez o autoridad de “cosa (europea) interpretada”. Lo que el TJUE indica en sus sentencias se impone no sólo al tribunal nacional que le ha consultado, sino a todos los tribunales y autoridades de los Estados miembros. Estas sentencias se siguen por todos los operadores jurídicos que aplican el DIPr. de la UE porque el TJUE respeta su propia jurisprudencia. De ese modo, los litigantes y los tribunales nacionales se preparan ante un posible recurso ante el TJUE. Por tanto, en realidad, puede afirmarse la normatividad de la jurisprudencia del TJUE (L. COUTRON).
- 3º) *Las aparentes contradicciones de la jurisprudencia del TJUE y la teoría de los “bloques de jurisprudencia”*. Algunos autores han subrayado las contradicciones en las que incurren ciertas sentencias del TJUE entre sí. Sin embargo, se trata de una impresión engañosa. La jurisprudencia del TJUE no se construye a través de sentencias aisladas sino a través de bloques de jurisprudencia (= “*séries d’arrêts*”) (B. BERTRAND). Dentro de cada bloque existe una “sentencia dominante” que marca la pauta a seguir a través de objetivos y principios, ambiciosos pero generales y poco precisos. Posteriormente, otras “sentencias menores” confirman, precisan, concretan, matizan o incluso corrigen ciertos aspectos de la doctrina sentada por la

sentencia dominante. No se trata, pues de contradicciones, sino de una especie de “ajuste fino” (*fine tuning*) que llevan a cabo varias sentencias de un mismo bloque de jurisprudencia en relación con ideas matrices sentadas por una sentencia dominante.

- 4º) *La jurisprudencia normativa y creativa del TJUE*. Por un lado, visto el carácter incompleto del Derecho internacional privado europeo, la jurisprudencia del TJUE se ve llamada con frecuencia a integrar tales lagunas mediante la creación de normas (*jurisprudencia normativa*). Por otro lado, visto que el Derecho de la UE carece de una *Lex Materialis Fori*, el TJUE se ve obligado a crear Derecho de la nada mediante grandes sentencias que innovan y abren tendencias (*jurisprudencia creativa*) (T. VIGNAL).
- 5º) *Los autos del TJUE*. Debe recordarse que con arreglo al art. del Reglamento de Procedimiento del TJUE de 25 septiembre 2012, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el TJUE podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Un ejemplo puede verse en el Auto TJUE 3 septiembre 2020, C-98/20, *mBank*, ECLI:EU:C:2020:672.

Segunda: *Cuál es el peso real que la jurisprudencia del TJUE tiene en la obra recensio-*nada escrita por la profesora E. DIAS OLIVEIRA. Quienes se asomen a ella podrán apreciar que la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de los Reglamentos relativos a conflictos de leyes tiene una influencia indiscutible. Dependiendo de cada tema tratado, la autora indica cuáles son las sentencias de este Tribunal que ilustran las posiciones que allí se han tomado; sin embargo, esta indicación no es meramente descriptiva: nunca falta el análisis crítico respectivo -como, *ad ex.*, en el caso *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, muy discutido por la doctrina (*vid.*, *ad ex.*, I. BARRIÈRE BROUSSE, “*Conflit de lois*”, *Journal du droit international*, 2018, nº4, pp.1218-1227; L. IDOT, “*Règlement*

‘successions’ - Champ d’application”, *Europe*, 2018, Mai n° 5, Comm. 215; M. SONNENTAG, “Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertelsdurch den EuGH und ihre Konsequenzen”, *Juristenzeitung*, 2019, pp. 657-666; R. SÜSS, “Folgen der Mahnkopf-Entscheidung des EuGH: Rs. C-558/16”, en C. BUDZIKIEWICZ ET AL. [Hrsg.], *Neue Impulse im europäischen Familienkollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 183-201). De esta manera, las diversas referencias a la jurisprudencia del TJUE, así como la indicación de ejemplos de situaciones

concretas, contribuyen a la comprensión del tema analizado no sólo desde una perspectiva teórica, sino también práctica.

10- Esta obra no debiera faltar en ninguna biblioteca especializada en DIPr. Su autora es una jurista meticulosa, que, gracias al análisis jurisprudencial, tiene los pies en la tierra. Su realismo no le impide mirar al futuro. Su racionalidad no le impide escribir con pasión. Le deseo muchos éxitos y que siga estudiando donde quiera que el corazón le lleve.

SILVIA VILAR GONZÁLEZ. *Madre legal, abuela biológica. Sobre la filiación, la fecundación post mortem y otras cuestiones jurídicas*. Tirant, Valencia, 2023, 324 pp. ISBN 9788410560208

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
Miembro del Consejo de Dirección de Unidroit
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: 10.20318/cdt.2025.9388

1. Sabido es que, en mecánica cuántica, algo puede ser una cosa y su contraria al mismo tiempo, como el gato de ERWIN SCHRÖDINGER, que está vivo y muerto a la vez. Eso no es imposible, porque también la llamada „gestación por sustitución“ está permitida y prohibida el mismo tiempo. Produce efectos legales y carece de los mismos al mismo tiempo. Todo depende del punto de vista del operador jurídico. La „gestación por sustitución“, en efecto, está permitida en ciertos Estados y prohibida en otros. Produce efectos jurídicos plenos en algunos ordenamientos jurídicos y carece de los mismos en otros Derechos. Todo esto está muy bien pero cuando esos sistemas jurídicos se entrecruzan, todo se vuelve confuso, difuso y controvertido y surge la impresión de que es posible que una situación jurídica concreta exista y no exista al mismo tiempo. Que un bebé sea hijo de A y B para el Derecho de un Estado 1 y no sea hijo de tales padres en otro Estado 2 llama la atención de las clásicas mentes jurídicas cartesianas. Y naturalmente también es posible pensar que una mujer pueda ser la abuela biológica de una niña que, desde el punto de vista legal, es su hija. El rizo se ha rizado. Pues bien, para eso existe el Derecho internacional privado, un hermoso arte que opera como conector entre ordenamientos jurídicos, sociedades y personas y cuya finalidad radica en proporcionar soluciones para que los particulares puedan desarrollar una vida internacional segura y estable que aumente su bienestar.

2. Más que oportuna resulta, pues, una monografía tan versátil, aguda y perspicaz como la que brinda SILVIA VILAR GONZÁLEZ a la comunidad jurídica con el título de „*Madre legal, abuela*

biológica. Sobre la filiación, la fecundación post mortem y otras cuestiones jurídicas“. El trabajo es valiente: a partir de un famoso caso real que todo el mundo tiene *in mente*, la obra se adentra con audacia en un *cocktail* de sensaciones legales producto de la mezcla entre fecundación *post mortem*, adopción, testamento ológrafo, posesión de estado, gestación por sustitución en los Estados Unidos de América, efectos de la filiación norteamericana en España, orden público internacional y aspectos registrales de la filiación

3. La obra principia por donde debe principiar: por la Ley. En la santísima trinidad de la hermenéutica y la exégesis del Derecho, siempre debe comenzarse por la más alta de las fuentes jurídicas: las disposiciones emanadas por el legislador. A partir de la página 29, la autora desgrana los vericuetos no siempre bien entendidos de la legislación española sobre la llamada „gestación por sustitución“, con oportunas referencias de Derecho comparado. Especial atención se dedica al tema de la fecundación *post mortem*, vistas las características del caso examinado como prototipo de análisis en la monografía. También las reglas sobre la determinación de la filiación son objeto de un escrutinio exacto y cuidado y ello produce en el lector la sensación de que el establecimiento de la filiación es considerada, por el legislador, como un beneficio para el menor. El *favor filii* y el *favor minoris* están siempre presentes como principios inspiradores de toda la normativa española que aborda la cuestión. Frente al sistema español, se erige el sistema norteamericano de filiación y su muy diferente tratamiento de la gestación

por sustitución y de la fecundación *post mortem*. La autora examina, en particular, los regímenes vigentes en el Estado de Nueva York y de Florida, con especial atención a los llamados „Acuerdos de gestación por sustitución gestacional“ y „acuerdos de adopción preplanificada“

4. Muy significativo y adecuado resulta el examen de los aspectos registrales de la gestación por sustitución en el caso prototipo. En efecto, es sabido que, en temas relativos al estado civil, la ley reina pero el Registro Civil gobierna el día a día de millones de personas, pues así lo dispone el precepto clave de la Ley 20/2011 del Registro civil, el art. 16.2: „*Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley*“. La obra analiza también, con rigor y solvencia, el procedimiento de inscripción de resoluciones judiciales extranjeras previsto en el art. 96 de la citada Ley del Registro Civil, la inscripción registral de las adopciones internacionales y las modalidades de asiento en el Registro Civil.

5. Llegados a este punto, la monografía penetra con decisión en el fascinante mundo del diálogo y del enfrentamiento entre orden público internacional español e interés superior del menor como extremos que marcan la posibilidad de que la filiación establecida en otro país tras una gestación por sustitución pueda ser considerada válida y efectiva en el Derecho español. Es aquí donde, al modesto juicio del que esto escribe, brilla con mayor intensidad esta excelente contribución. La autora defiende, con pasión y decisión, que unos principios jurídicos pesan y valen más que otros. En dicho contexto, el interés del menor, -traducido en el derecho a tener una familia, unos padres, una filiación, un nombre, una nacionalidad y en definitiva, una identidad-, es el principio fundamental, el más alto principio. Así, en página 280 se puede leer que „*el interés superior de la menor ... tal como se desprende de la legislación española, deberá prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo*“. La autora pone de relieve, con decisión y pragmatismo, que el derecho del menor al respeto de su identidad personal deriva del art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950. A partir de ahí, las autoridades españolas disponen de un margen de

acción suficiente para determinar el „cómo“ van a implementar tal derecho en España, pero no pueden cuestionar el derecho mismo. El derecho del menor a „seguir siendo la misma persona“ en un país y en otro se erige como la piedra angular de todo el edificio legal que se proyecta sobre la gestación por sustitución en casos con elementos extranjeros. Dicho vector valorativo debe operar en supuestos como en analizado en el que no se trata de fijar la Ley aplicable a la filiación del nacido tras una gestación por sustitución, sino de reconocer en el orden jurídico español, la filiación ya determinada en otro país.

6. La parte final del estudio lo dedica la autora a escudriñar el futuro y lo hace con una singular elegancia. Se ofrece, así, un análisis de escenarios legales españoles en los que puede encontrarse la menor nacida en Florida por lo que respecta a su filiación

7. Con un elenco notable de casos prácticos y ejemplos para ilustrar conceptos generales en el pantanoso paisaje de la filiación en Derecho, con una utilización bien ponderada de la jurisprudencia y con un aparato bibliográfico realmente cuidado, esta monografía se presenta como una Luna llena en una noche de verano. Una Luna que ilumina el camino del operador jurídico que desea comprender las respuestas del Derecho internacional privado al controvertido tema de la gestación por sustitución.

8. Dicen los exégetas más acreditados que el texto no pertenece al autor sino al lector o intérprete. Tampoco los textos legales no son propiedad del legislador ni tampoco las sentencias judiciales son propiedad del tribunal que las dicta. Ni el legislador ni los jueces pueden dictar la manera correcta en la que debe leerse el texto que han producido. El operador jurídico no puede ni debe „seguir al líder“, no puede ni debe preguntarse sobre „*qué quiso decir el autor*“. Más bien al contrario, como afirma STANLEY FISH, el operador jurídico debe interrogarse sobre „*el significado del texto*“ en la realidad social del tiempo en el que las normas deben ser aplicadas y en el que la jurisprudencia debe completar el ordenamiento jurídico (STANLEY FISH, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, NC: Duke UP, 1989, pp. 33-34). En esta

perspectiva, la normativa europea y española que regula los supuestos de gestación por sustitución debe interpretarse, leerse y aplicarse con los correctos instrumentos valorativos de navegación: el interés del menor, su derecho a ser una persona concreta. En esta dirección apunta

esta excelente, audaz y sugestiva aportación de SILVIA VILAR GONZÁLEZ, cuya lectura es más que recomendable para todos los que deseen saber cuáles son las tendencias que marcan el horizonte del Derecho internacional privado en la tercera década del siglo XXI.

A.RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (directores), D. CARRIZO AGUADO (coordinador). *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*. Aranzadi, Pamplona 2023, 364 pp.

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Cádiz

DOI: 10.20318/cdt.2025.9389

1. Aunque la visión panorámica de los conflictos que propicia su estudio desde una perspectiva internacional y comparada no es, en modo alguno, novedosa; cierto es, también, que en el mundo global en el que vivimos cobra una especial relevancia. Hasta tal punto que no es posible ajustar fórmulas adecuadas para solventar los conflictos del tráfico jurídico, si estas no se contextualizan en un espacio más amplio que el del propio Estado. Ello obliga al jurista a trascender las normas nacionales buscando encajes con otras de otros Estados en el que el conflicto también se implementa

2. En este escenario de movilidad que podríamos calificar como “líquido”, en el que las personas y los bienes se deslizan traspasando fronteras por canales físicos o virtuales, las relaciones matrimoniales, creadoras de lazos entre cónyuges con consecuencias patrimoniales, se erigen como una fuente de tensiones y disputas que demandan una reflexión seria y profunda sobre las reglas que deben aplicarse para identificar el interés, de los que están en conflicto, que debe prevalecer.

Las normas que definen y organizan el régimen económico del matrimonio asumen el papel de protagonista en estas lides en las que confrontan sujetos con intereses diversos; su correcta aplicación e interpretación constituyen la garantía de la seguridad jurídica y la paz social a la que aspiran los ciudadanos concernidos.

3. El reto que han asumido los directores de la obra, Dres. Rodríguez Benot y Hornero Méndez, verdaderos artífices de su composición y estructura, se enmarca en el proyecto de investigación “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del

matrimonio y otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” del Plan Estatal de Investigación Científica de la Agencia Estatal de Investigación, actualmente en vigor. Ello avala la calidad científica de las aportaciones que componen la monografía, en la medida que se han elaborado en el seno de un proyecto financiado y conforme al plan de trabajo en él conformado.

4. La lectura de la obra *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional* me ha invitado a reflexionar sobre unas normas por mi conocidas y estudiadas (las que estructuran los regímenes económicos matrimoniales en el Código civil) desde una triple dimensión: interna, comparada e internacional, a fin de dotarlas de una perspectiva que permita su aplicación en escenarios plurinacionales. El triángulo propuesto no está exento de peligros y dificultades (los propios de cualquier relación triangular) que, a mi juicio, se solventan de forma airosa y con jugosas aportaciones a la ciencia del Derecho.

5. La monografía colectiva, a cuya recensión dedico estas líneas, puede calificarse como un trabajo serio y bien estructurado, y en ella se abordan, de manera exhaustiva y multidisciplinar, a través de ocho estudios perfectamente enlazados e hilvanados cuestiones relacionadas con las normas que regulan los regímenes económicos matrimoniales.

6. Comenzar por el principio es, sin duda, la mejor forma de hacerlo de manera correcta. Y el principio, identificado como lo básico (y no como

el inicio temporal) se ubica en el Derecho común (telón jurídico de fondo de nuestro ordenamiento jurídico), función que asume el Derecho civil. Y, dentro de las reglas que el Derecho civil dedica a los regímenes económicos matrimoniales, las que las preceden, de aplicación imperativa y general para cualquier matrimonio, aquellas denominadas “régimen común” se consideran el andamiaje sobre el que, posteriormente, edifica el concreto régimen económico matrimonial. Por todo ello, principia la obra con el capítulo dedicado al régimen matrimonial primario en el Código civil español cuyo autor, Dr. Santana Navarro, nos acerca a grandes pinceladas a las normas que lo componen, expuestas de forma ordenada y sistemática.

7. La segunda aportación, probablemente con el objetivo de actuar como elemento de contrapunto de la primera ofreciendo al lector una mirada completa y holística, versa sobre el “no régimen” económico matrimonial que caracteriza al Derecho inglés, sustentado en principios diferentes a los que fundamentan las normas de los Códigos continentales. El Dr. Ybarra Bores con precisión y soltura nos diserta sobre las particulares reglas que establecen los efectos patrimoniales derivados de las relaciones matrimoniales. Para finalizar su trabajo con una interesante reflexión sobre cómo conjugar ambas realidades con un análisis del sentido y alcance del criterio del Derecho inglés que permite, en caso de conflicto, identificar la norma aplicable: el domicilio.

8. Merecen una especial consideración los capítulos tercero, cuarto y quinto, crisol de una visión multidisciplinar y práctica que enriquecen la investigación al proporcionar una información relevante y de gran magnitud. De un lado, la notaria Sra. Espiñeira Soto nos ilustra con detalle y precisión de las cuestiones prácticas que se generan como consecuencia de la especificación de la ley aplicable para regular el régimen económico matrimonial cuando concurre un elemento extranjero. Pero no se limita, únicamente, a plantearlas, sino que sugiere como se solventan por medio de la interpretación que propone de la normativa aplicable y de los conceptos en los que esta se vertebra.

9. De otro lado, se incluyen dos capítulos (cuarto y quinto) en los que se abordan las consecuencias tributarias que se derivan de diversas cuestiones relacionadas con los regímenes económicos matrimoniales: a saber, la individualización de rentas en el IRPF en el régimen de gananciales, por el Dr. Ramos Prieto, y las consecuencias tributarias de la extinción de los dos regímenes más comunes en España: gananciales y separación de bienes, por el Dr. Macarro Osuna. Ciertamente, cualquier práctico del Derecho sabe que el Derecho privado discurre por los cauces del Derecho tributario, por lo que acompañar el estudio de ambas ramas del Derecho es la mejor forma de ofrecer al ciudadano una respuesta y una información completa que le permita amoldar sus actuaciones jurídicas al coste impositivo que le ocasionen.

10. Los tres capítulos finales de la obra presentan un marcado carácter internacional privado, pues esa es la especialidad de sus autores: Dres. Rueda Valdivia, García Álvarez y Carrizo Aguado. En este sentido los Dres. Rueda Valdivia, García Álvarez analizan con profundidad, minucia y rigor el Reglamento UE 2016/2013, el primero en relación a la delimitación competencial por medio de la fijación de la ley aplicable y el segundo sobre la nacionalidad como punto de conexión.

11. La última aportación, obra del Dr. Carrizo Aguado ha sido de especial atención para la que escribe. Y no por su calidad superior al resto de los capítulos sino, simple y llanamente, por versar sobre cuestiones relacionadas con la libertad en el ámbito de las relaciones familiares de contenido patrimonial, contextualizadas en el conflicto que pudiera suscitarse como consecuencia de la presencia de un elemento internacional.

12. Para finalizar, espero haber despertado la curiosidad del lector al que recomiendo la obra colectiva *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, y le invito a adentrarse entre sus páginas en las que le garantizo encontrará, fundamentada en el mejor Derecho, una visión completa y poliédrica de un tema tan interesante y útil para el jurista y los aplicadores del Derecho, tal cual es el régimen jurídico patrimonial del matrimonio.

I. ANTÓN JUÁREZ. *La distribución de productos de lujo en la Unión Europea. Estudio en torno al Reglamento (UE) n° 2022/720, aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia (2024), pp. 545 pp. ISBN: 978-84-1071-211-9.

FERNANDO DIEZ ESTELLA
Profesor Titular (ac.) de Derecho Mercantil
Universidad Nebrija
ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

DOI: 10.20318/cdt.2025.9390

1. La industria de la moda y el lujo ocupa un lugar destacado en la economía global, caracterizándose por su exclusividad y un modelo de distribución altamente controlado. La regulación de los acuerdos de distribución en este ámbito es clave para garantizar un equilibrio entre la protección de la competencia y la preservación de la imagen de marca. En este contexto, el libro de Isabel Antón Juárez analiza de manera exhaustiva el *Reglamento UE 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, que regula -entre otras muchas cuestiones- determinados acuerdos verticales y prácticas concertadas en la distribución de bienes de lujo.

Como señala la propia autora, en la introducción: “*La distribución comercial es un aspecto clave en cualquier industria, y como no podía ser de otro modo, también en la de la moda, la del lujo y la de la belleza. La distribución es la vía por la cual los productos pueden llegar al cliente final. Así, cómo se organice la misma será un aspecto crucial para el desarrollo y expansión nacional e internacional de la empresa que opera en el sector textil*”.

2. La autora, reconocida experta en Derecho de la competencia y distribución comercial, aborda en esta monografía un análisis detallado de la normativa europea aplicable, combinando rigor teórico con un enfoque eminentemente práctico. Su obra se inscribe dentro de una línea de investigación, que ella misma ha plasmado desde hace

tiempo en numerosas publicaciones (*Vid.*, entre otras muchas, ANTÓN JUÁREZ, I.: “La configuración de la venta on-line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, N° 2, págs. 402-413), y que ha adquirido creciente relevancia en los últimos años, dada la constante evolución del marco regulatorio y su impacto en las estrategias empresariales del sector.

3. Como es bien sabido, en la distribución de productos de lujo, las cláusulas contractuales adquieren una relevancia especial debido a la particularidad de este mercado. En primer lugar, la exclusividad y la preservación del prestigio de la marca exigen una selección rigurosa de los distribuidores y unas condiciones estrictas en la comercialización de los productos. Las marcas de lujo buscan garantizar que sus productos se vendan en espacios que mantengan su imagen y estándares de calidad, lo que da lugar a contratos con cláusulas que regulan detalladamente el entorno de venta, la publicidad y el servicio postventa.

4. Esto se ha puesto de manifiesto en fechas relativamente recientes en el trascendental pronunciamiento de 6 de diciembre de 2017, en el asunto *Coty*, del Tribunal de Justicia de la UE, que ha sido acertadamente tratado por la autora en anteriores publicaciones (ANTÓN JUÁREZ, I.: “Los productos de lujo y su venta en Internet a través de plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución* (RCD), n° 22, 2018, pp. 1-13). En efecto, a partir de una delimitación entre las diferentes condicio-

nes de distribución selectiva que supone la venta de una marca de lujo a través de la página web del propio local autorizado a hacerlo a través de plataformas de terceros reconocibles claramente por los adquirentes (*marketplaces*) se lleva a cabo todo un análisis de la protección de ese aura de prestigio que necesariamente ha de distinguir no sólo a producto, sino también al *retailer*.

5. Otro aspecto crucial es el control de los precios. Aunque la fijación de precios de reventa está prohibida por la normativa de competencia, las empresas de lujo pueden emplear estrategias indirectas para influir en la política de precios de sus distribuidores, como la fijación de precios de referencia o la limitación de descuentos excesivos. Estas prácticas deben alinearse cuidadosamente con el Reglamento (UE) 2022/720 para evitar sanciones por restricciones verticales anticompetitivas.

6. Asimismo, en la distribución de productos de lujo es habitual el uso de cláusulas de territorialidad y restricciones a la venta online. Un ejemplo significativo, que se analiza en detalle en esta obra, es el caso de Rolex, sancionado en 2023 por la Autoridad de Competencia francesa por impedir que sus distribuidores oficiales vendieran relojes a través de Internet. Este tipo de restricciones se justifican en ocasiones por la necesidad de garantizar una experiencia de compra acorde con la exclusividad del producto, pero pueden entrar en conflicto con el principio de libre competencia dentro del mercado interior europeo.

7. Finalmente, las cláusulas de exclusividad en la distribución selectiva permiten a las marcas de lujo proteger su red de distribución frente a terceros no autorizados. Estas cláusulas son esenciales para evitar la comercialización de productos en canales inadecuados que puedan perjudicar la reputación de la marca y, en ciertos casos, se han considerado exentas bajo la normativa de competencia cuando contribuyen a mejorar la eficiencia del mercado y la protección del consumidor.

8. El libro se organiza en diez capítulos que permiten al lector adentrarse progresivamente en la materia. El Capítulo 1 introduce la industria del lujo, su estructura global y los retos que enfrenta en el ámbito de la distribución. El Capítulo 2 examina las distintas formas de distribución empleadas por las marcas de lujo, diferenciando

entre modelos integrados y no integrados. El Capítulo 3 analiza el marco normativo del Derecho de la competencia europeo aplicable a la distribución de productos de lujo, con especial atención al artículo 101.1 TFUE. Los Capítulos 4 y 5 desarrollan el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2022/720 y los criterios de exención por categorías. En este apartado se hace especialmente patente el profundo conocimiento de la autora de esta normativa, cuyo estudio ya había abordado en anteriores publicaciones (ANTÓN JUÁREZ, I.: “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 24-62). El Capítulo 6 aborda la definición del mercado de referencia y su relevancia para la evaluación de acuerdos de distribución. El Capítulo 7 -de especial importancia- estudia las restricciones graves previstas en el artículo 4 del Reglamento y su impacto en los contratos de distribución; como la propia autora señala en la introducción del libro, este precepto es clave dentro del Reglamento (UE) 2022/70, ya que “*recoge las cláusulas especialmente graves que un acuerdo de distribución no debería incluir, ya que, si lo hiciera, con independencia del poder de mercado de las partes y aunque no se superara el 30% de mercado, el acuerdo sería nulo por completo*”. El Capítulo 8 examina las cláusulas excluidas de exención en el artículo 5, con especial atención a las obligaciones de no competencia y las restricciones en la venta online. El Capítulo 9 explica los mecanismos de retirada de exención y no aplicación del Reglamento. Finalmente, el Capítulo 10 concluye con un análisis de contratos específicos utilizados en la distribución de productos de lujo, incluyendo ejemplos prácticos.

9. Uno de los aspectos que destacan de esta publicación es precisamente lo que señala la autora en la descripción de este último capítulo, y que sintetiza en gran medida el enfoque de todo el libro: “*El capítulo décimo es un capítulo que persigue poner de manifiesto de forma práctica cuatro escenarios de distribución habituales para comercialización de productos de lujo. Así, en este último capítulo se estudian desde una perspectiva contractual, pero sin obviar la visión internacional privatista ni tampoco las normas de competencia, los contratos de distribución exclusiva, selectiva, de agencia y fran-*

quicia. *El análisis de los aspectos más relevantes de estos contratos se acompaña con un ejemplo de contrato con el objetivo de dar una visión práctica al estudio que realizamos*".

La estructura del libro facilita la comprensión de un tema de gran complejidad, combinando análisis normativo, doctrina y casos reales. La autora consigue equilibrar el rigor técnico con un enfoque didáctico que lo convierte en una obra accesible tanto para académicos como para profesionales del sector.

10. Uno de los principales méritos de este trabajo radica en su capacidad para vincular la normativa europea con la realidad comercial de las grandes firmas del lujo. Como ya se ha señalado, la autora ilustra su estudio con casos recientes, como las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea en 2023 sobre presuntas prácticas anticompetitivas en empresas como *Gucci* y *Rolex*. Estos ejemplos confieren una perspectiva práctica que enriquece el análisis teórico.

Especialmente destacable es el tratamiento de la distribución selectiva y sus límites en relación con la normativa de competencia. El citado caso de *Rolex*, sancionado en 2023 por la Autoridad de Competencia francesa por restringir la venta online de sus productos, es un ejemplo paradigmático

de los conflictos entre la protección de la marca y la libre competencia.

Además, el estudio detalla cómo el Reglamento (UE) 2022/720 proporciona mayor claridad sobre las prácticas permitidas y prohibidas en la distribución, ofreciendo una herramienta indispensable para abogados y asesores jurídicos que trabajan en la redacción de contratos en este ámbito.

11. La monografía de Isabel Antón Juárez representa una contribución fundamental al estudio de la distribución de productos de lujo desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Su enfoque riguroso y su actualidad la convierten en una obra de referencia para todos aquellos interesados en comprender la regulación de este sector estratégico. Como acertadamente señala el profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca en la presentación del libro, estamos ante una obra "*bien estructurada, bien documentada, es meticulosa, ha sido redactada en un estilo sencillo y directo y arroja conclusiones interesantes*".

Estamos, en definitiva, ante un trabajo imprescindible para operadores jurídicos, académicos y profesionales del sector del lujo, que encontrarán en sus páginas un análisis exhaustivo y una guía práctica para la aplicación del Reglamento (UE) 2022/720 en la distribución comercial.

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.). *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones*. (IV Foro Europeo de Derecho internacional privado). Aranzadi, Madrid, 2024, 307 pp.

NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO

Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá

DOI: 10.20318/cdt.2025.9391

1. *Derecho internacional privado en acción: algunas cuestiones*, recoge las contribuciones resultantes de parte de las ponencias y comunicaciones presentadas en el *IV Foro Europeo de Derecho internacional privado: Derecho internacional privado en acción*, que tuvo lugar los días 19 y 20 de octubre de 2023. El libro contiene once contribuciones y concluye con una crónica de la profesora Ana Fernández, organizadora del Foro y coordinadora de la obra, en la que se resumen las principales conclusiones. El resto de las contribuciones resultantes del Foro pueden consultarse en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* [Tomo XXIII, J.C. Fernández Rozas (dir.) Iprolex, Madrid, 2024]. Las contribuciones pueden sistematizarse en tres bloques temáticos, destacando la diversidad de cuestiones abordadas que refleja el alcance global y multidisciplinar del DIPr, desde temas patrimoniales y mercantiles hasta asuntos de estatuto personal y familiar, incluyendo una perspectiva histórica del desarrollo en América.

2. Comenzando por el bloque de DIPr patrimonial y mercantil, la obra se inicia con la contribución de Raúl Lafuente Sánchez, profesor de la Universidad de Alicante, en la que se aborda la intersección entre contratos de criptoactivos y NFTS (tokens no fungibles), arbitraje y consumo. Tras una aproximación al mercado de criptoactivos y, en particular, a los NFTS, sus ventajas y su prácticamente inexistente régimen jurídico, se aborda el arbitraje como medio de resolución de disputas en este contexto. Este presenta las ventajas habituales y algunas específicas, pero también plantea problemáticas generales y especiales, en

particular, en relación con la localización de los activos o la posible denegación del reconocimiento del laudo. Los acuerdos de arbitraje incluidos en cláusulas generales requieren un análisis crítico, como evidencian dos asuntos analizados extensamente, en los que los tribunales ingleses tuvieron que pronunciarse sobre la validez de cláusulas de arbitraje insertas en contratos con consumidores/inversores (*Soleymani v. Nifty Gateway LLC* y *Chechetkin v. Payward LTD.* y otros). El profesor Alfonso Ortega Giménez, de la Universidad Miguel Hernández de Elche, analiza en su contribución la protección de los perjudicados en las reclamaciones por daños derivados del tratamiento de datos personales, incidiendo en la vinculación de la materia con los derechos fundamentales y en las dificultades que presenta la localización del daño y, en consecuencia, la aplicación de las normas de DIPr. En cuanto a la determinación de la competencia, en opinión del autor, debería potenciarse el *forum actoris* con una interpretación del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis que permita a las víctimas demandar en el Estado donde se producen los daños principales, que tenderá a ser el de su residencia habitual. Respecto a la determinación de la ley aplicable, ante la inaplicación del Reglamento Roma II, se propone una interpretación materialmente orientada del art. 10.9 CC. La profesora de la Universidad Complutense Briseida Sofía Jiménez Gómez ofrece una aproximación breve a los principios UNIDROIT sobre activos digitales, en cuya elaboración la propia autora participó como observadora, y cuyo objetivo es dotar tanto a las relaciones nacionales como a las internacionales de unas normas de *soft law* que puedan facilitar las transacciones sobre estos

activos. Los Principios contienen una norma de conflicto que, si bien para la autora presenta limitaciones, también se considera que contribuirá a aportar mayor seguridad jurídica y eficiencia en las operaciones internacionales relativas a activos digitales. Una versión extensa de este trabajo puede consultarse en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. La contribución de Antonio Merchán Murillo, de la Universidad Pablo de Olavide, se dedica a la determinación de la ley aplicable en las reclamaciones derivadas de la utilización de la Inteligencia Artificial (IA) en la contratación. En este contexto pueden darse distintos tipos de reclamaciones entre las diferentes partes implicadas en la contratación y, asimismo, puede tratarse de reclamaciones contractuales o extracontractuales. En cuanto a las reclamaciones contractuales, se plantean dificultades de calificación del contrato a la hora de identificar la norma de conflicto aplicable, mientras que, respecto a las reclamaciones extracontractuales, se delimitan los casos en los que resultaría aplicable el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos. La profesora Laura García Gutiérrez, de la Universidad Autónoma de Madrid, dedica su contribución a los arrendamientos de inmuebles de corta duración, habitualmente celebrados desde otros países a través de plataformas digitales. Para la autora pueden darse problemas de calificación, pero deberían resolverse a favor de la aplicación del foro exclusivo, pues predomina la cesión del uso del inmueble frente a las prestaciones accesorias. En ley aplicable, la autonomía de la voluntad solo se limita por los arts. 3.3 y 3.4 RRI y si no se elige ley generalmente el contrato quedará sometido a la ley del Estado en el que se localiza el inmueble. La aplicación de las alternativas de la competencia exclusiva de los tribunales del domicilio del demandado y de la ley de la residencia habitual del propietario se encontrarán en la mayor parte de las ocasiones excluidas por requerir domicilio/residencia habitual común de propietario y arrendatario. Se considera que gran parte de la normativa española que regula los arrendamientos de corta duración es susceptible de aplicarse con carácter internacionalmente imperativo, limitando los efectos de eventuales elecciones de ley. El objeto de la contribución de la profesora de la universidad de Málaga Eva Jiménez Palma son los contratos mixtos que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles y la prestación de determinados servicios, centrando

el análisis en el contrato de fiducia inmobiliaria de construcción. Para la autora se trata de “contratos complejos” del Reglamento Roma I, que quedarán sometidos a la ley del Estado de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica. Tras un análisis del concepto de “prestación característica” se concluye que la finalidad socioeconómica de estos contratos es garantizar el buen desarrollo del proyecto de edificación y, en consecuencia, la ley aplicable debe ser la del Estado de la residencia habitual del fiduciario. En cuanto a la cláusula de excepción del art. 4.3 RRI, se señala que no debería aplicarse automáticamente por el hecho de que el inmueble se edifique en un Estado distinto al de la residencia habitual del prestador característico. Estos trabajos subrayan la necesidad de adaptar el DIPr a los retos tecnológicos y económicos del siglo XXI, destacando las lagunas normativas existentes y las propuestas para solventarlas.

3. Ya en el bloque de estatuto personal y familiar transfronterizo nos encontramos, en primer lugar, con dos contribuciones dedicadas a la Propuesta de *Reglamento relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo* [COM(2022) 695 final, de 7.12.2022]. La primera corresponde a la profesora Antonia Durán Ayago, de la Universidad de Salamanca, en la que defiende su tesis a favor de un método basado en el principio de reconocimiento mutuo, que desarrolla en profundidad en su reciente obra *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones: hacia la libre circulación de personas y familias (perspectiva internacional y europea)* (Aranzadi, Navarra, 2023). Para la profesora Durán Ayago, los problemas de fondo, relativos a las familias LGTBIQ y a la gestación por sustitución, hubiesen requerido un enfoque diferente. Para que la filiación reconocida en un Estado miembro pueda circular no es suficiente “un texto de DIPr clásico” de unificación de normas de competencia, derecho aplicable y reconocimiento. En esta clave se analizan el contexto de la Propuesta, el ámbito de aplicación del Reglamento, las normas de competencia -destacando la posible aplicación del *forum necessitatis* como medida de protección de los hijos de parejas LGTBIQ de terceros Estados-, las normas de Derecho aplicable y el certificado europeo de

filiación. La segunda de las contribuciones dedicadas a la Propuesta del Reglamento de filiación, de la profesora Montserrat Guzmán Peces (Universidad de Alcalá), se centra en las soluciones que aportaría el Reglamento para las cuestiones incidentales y conexas de filiación en los litigios sucesorios, aportando ejemplos vistos en la jurisprudencia española. La Propuesta excluye la materia sucesoria de su ámbito de aplicación, pero sí se ha previsto que en un proceso en materia sucesoria se pueda plantear como cuestión incidental la determinación de la filiación, que tendría eficacia solo en el marco de dicho proceso. Ello puede dar lugar a que la filiación quede determinada en un Estado miembro pero no tenga eficacia en procesos iniciados en otros Estados miembros, lo cual se considera contradictorio con el espíritu de la Propuesta. Se destacan los problemas derivados de la inexistencia de un foro por conexidad para que el órgano competente para resolver la determinación de la filiación lo sea también para la responsabilidad parental y las obligaciones alimenticias, con el consiguiente incremento de los costes procesales y de las posibilidades de resoluciones contradictorias, y en detrimento de los derechos inherentes al establecimiento de la filiación. Laura Álvarez Agoués aborda la caracterización, naturaleza y efectos del registro de la pareja en la aplicación del Reglamento 2016/1104 desde la perspectiva del sistema español, caracterizado por la falta de una regulación estatal común y la existencia de distintas legislaciones autonómicas. El Reglamento se aplica a parejas cuyo registro es obligatorio conforme a la ley, pero los Estados miembros son los que establecen quiénes y cómo pueden registrar la pareja y los requisitos para acceder al registro. Para la autora, solo pueden quedar incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento las parejas en las que el registro tiene carácter constitutivo y es obligatorio, es decir, produce efectos jurídicos obligatorios según la ley. Con el fin de anticipar la solución a los problemas de aplicación del Reglamento, se propone la introducción de unas normas mínimas sobre coordinación de los registros autonómicos, con la creación de un registro unitario de las uniones inscritas en las distintas CCAA. La profesora de la Universidad de Almería Esperanza Gómez Valenzuela dedica su contribución a las novedades introducidas por la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de

su capacidad jurídica, y a los problemas derivados de la modificación “estética” operada sobre el art. 9.6 CC. A partir de un análisis de las principales modificaciones operadas por esta Ley, se abordan las cuestiones de Derecho aplicable a la capacidad de obrar y a las medidas de protección que suscita, ilustrando los problemas que pueden darse con múltiples ejemplos. Mientras que en las normas de competencia las cuestiones relativas a la capacidad sí se han unificado, en ley aplicable la capacidad se rige por la ley nacional (art. 9.1 CC) y las medidas de protección por la ley de la residencia habitual (art. 9.6 CC), dualidad que puede resultar problemática y generar problemas de delimitación. El art. 9.6 CC puede dar lugar a conflictos de calificaciones y, en opinión de la autora, hubiese resultado conveniente introducir una conexión de vínculos más estrechos que permitiese aplicar la ley más favorable a la protección de la persona.

4. En el tercer bloque se ubica la última de las contribuciones, en la que Ana Elizabeth Villalta Vizcarra hace un recorrido histórico del desarrollo del DIPr en América. En una primera fase, desde finales del s. XIX, el protagonismo fue de las Conferencias Internacionales Americanas, uno de cuyos máximos exponentes fue la aprobación del “Código Bustamante”. Posteriormente, el desarrollo de las normas de DIPr ha correspondido a las Conferencias Especializadas Interamericanas en el marco de la OEA. La autora reclama que los Estados Miembros de la organización se involucren de manera más activa, así como la promoción tanto del enfoque tradicional (convenciones), como del enfoque moderno (armonización de la ley sustantiva o ley modelo *soft law*). La obra se cierra con una crónica de la profesora Ana Fernández en la que se recogen las principales conclusiones alcanzadas en cada una de las mesas del Foro y también las cuestiones que fueron objeto de debate. Quedan incluidas todas las ponencias y comunicaciones presentadas en el Foro que, a juicio de la profesora Ana Fernández, reflejaron la continua evolución experimentada por el Derecho internacional privado.

5. Los trabajos recogidos en la presente obra resaltan los desafíos prácticos del DIPr, como la determinación de la ley aplicable, la competencia judicial, y los conflictos derivados de normas autonómicas o internacionales. Las contribuciones en el ámbito mercantil destacan la creciente importancia del *soft law*, como los Prin-

cipios UNIDROIT, para facilitar la resolución de disputas y dotar de mayor seguridad jurídica a las transacciones internacionales subrayando la necesidad de combinar normas tradicionales con enfoques más flexibles y adaptativos. En igual sentido los trabajos relativos al estatuto personal y familiar reflejan un enfoque humanista del DIPr, especialmente en materia de filiación y derechos de las personas con discapacidad destacando la necesidad de proteger a las personas más vulnerables mediante interpretaciones favorables y conexiones más estrechas entre las normativas nacionales e internacionales. La obra permite mantener la

importancia del debate académico y la colaboración internacional para avanzar en la construcción de un DIPr que responda a los desafíos contemporáneos resaltando en la crónica final los puntos de consenso alcanzados y las áreas que requieren mayor desarrollo y armonización. El libro es una contribución esencial al DIPr, evidenciando su evolución hacia una disciplina más inclusiva, adaptativa y orientada a resolver problemas complejos en un contexto globalizado reforzando la importancia del diálogo entre académicos, legisladores y operadores jurídicos para garantizar un marco jurídico eficaz y equitativo

M. ZERNIKOW. *Es règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur. Étude en droit international privé européen de travail*. Paris, L'Harmattan, 2024. ISBN: 978-2-336-42872-7.

MIGUEL GARDEÑES SANTIAGO
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID-ID: 0000-0002-3949-8745

DOI: 10.20318/CDT.2025.9392

1. Vaya por delante mi juicio favorable de la obra del Dr. Marcel Zernikow resultante de la tesis doctoral que presentó en 2019. Su estudio se centra en la determinación de la ley aplicable a la relación de trabajo, fundamentalmente mediante la norma de conflicto del artículo 8 del Reglamento Roma I, aunque también mediante algunas disposiciones especiales, como por ejemplo la Directiva de desplazamientos temporales de trabajadores. Pero lo que destacaría por encima de todo es que la imponente obra del Dr. Zernikow es un concienzudo ejercicio de contextualización: a lo largo de sus 651 páginas, analiza minuciosamente cómo el contexto de la Unión Europea, y más concretamente el de su mercado interior, influye decisivamente en la construcción, interpretación y aplicación de las reglas de conflicto de leyes europeas relativas al contrato de trabajo. Este propósito se refleja con claridad en el propio título de la obra: se trata de un estudio sobre el Derecho internacional privado del trabajo, desde la perspectiva del contraste de las normas de conflicto de leyes con los objetivos del mercado interior. Si algo deja claro el libro objeto de esta reseña es que la aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I no puede conformarse con una interpretación literal del precepto, ni siquiera con una interpretación sistemática que se limitara al Reglamento europeo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el que se incluye, sino que debe tener en cuenta los objetivos y finalidades generales de la Unión Europea, y muy especialmente los que derivan del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y del mercado interior. Por lo que se refiere a este último, justifica de manera muy convincente el vínculo entre dicho espacio económico integrado y la regulación de las

relaciones laborales que afectan al buen funcionamiento de dicho espacio. De este modo, el autor llega a una conclusión que, a primera vista, pudiera parecer paradójica, aunque la justifica exhaustivamente: aun cuando en apariencia el artículo 8 del Reglamento Roma I sería una norma de conflicto general, aplicable por los jueces europeos en todo tipo de situaciones, estén o no vinculadas con el mercado interior y tanto si resultara aplicable la ley de un Estado miembro de la Unión como la ley de un tercer país, en realidad el citado artículo sería una norma que atendería principalmente a los objetivos del mercado interior, estando pues al servicio de los mismos. Si el tema objeto de estudio es del máximo interés, también debe señalarse el rigor metodológico con que se aborda: el análisis es minucioso y el autor justifica su posición con extensos razonamientos, perfectamente documentados. La lista de referencias bibliográficas es sencillamente impresionante, nutriéndose no solo de doctrina francófona, sino también de abundantes referencias en inglés, alemán y español. También es completísima la lista de referencias jurisprudenciales, y de notas doctrinales a las mismas, así como de otras fuentes documentales. Las ideas se van desarrollando de manera ordenada y progresiva, apreciándose la preocupación por justificar adecuadamente, a cada paso, todas y cada una de sus afirmaciones. Las dos mil setecientas treinta y una notas a pie de página son una buena prueba de ello.

2. El planteamiento fundamental de la obra es que las normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea no pueden desvincularse de los objetivos generales de la misma, y en particular de los relativos al mercado interior. Es más,

las normas de competencia judicial aplicables, y muy particularmente el Reglamento 1215/2012, conducirían a que, en la mayor parte de casos en que los jueces de los Estados miembros estuvieran llamados a pronunciarse sobre la ley aplicable al contrato de trabajo, los intereses del mercado interior estuvieran en juego. A juicio del autor, ello impondría la necesidad de reinterpretar y revisar las normas conflictuales en una nueva clave, para ponerlas al servicio de las finalidades de dicho mercado. Es decir, la norma de conflicto europea no tendría una función únicamente “repartidora”, sino también “reguladora” del mercado interior, lo que le lleva a hablar de un “funcionalismo europeo” de la regla de conflicto. En un contexto de transición desde los mercados laborales nacionales hacia un mercado laboral de la Unión, el legislador europeo disciplinaría dicho mercado integrado mediante dos tipos de instrumentos reguladores: por un lado, la armonización del Derecho laboral material (por ahora limitada) y, por otro, mediante la coordinación de la aplicación de las normas materiales de los Estados miembros a través de la norma de conflicto. Desde esta perspectiva, considera el autor que las reglas conflictuales europeas adolecen de algunas insuficiencias en un contexto de diversidad de legislaciones laborales entre los Estados miembros. A su juicio, la principal sería la aproximación individualista del artículo 8 del Reglamento Roma I, puesto que se refiere únicamente a la ley aplicable al contrato “individual” de trabajo, lo que ha obligado a regular otros aspectos importantes de la relación de trabajo mediante disposiciones conflictuales distintas, resultando entonces un “fraccionamiento” ante el que se muestra escéptico, y un olvido de la importante dimensión de los derechos colectivos. Ante estas insuficiencias, el autor propone una reconsideración y reconstrucción interpretativa de los criterios empleados para determinar la ley aplicable. Dicha reconstrucción exigiría, en primer lugar, una identificación de los principios relevantes en los que debiera basarse: de la regulación y jurisprudencia europeas se deduciría un principio de protección del trabajador, que adquiriría un perfil específico en el contexto de las libertades de circulación. Dicho principio de protección tendría como resultado una materialización de la regla de conflicto, aunque dicha materialización también encerraría un importante elemento de proximidad, puesto que, por imperativo de los objetivos de libre circulación, tendería a la equiparación entre el

trabajador móvil y el trabajador local, favoreciendo así la integración del primero en la comunidad de trabajo con la que realmente estuviera vinculado. Para alcanzar plenamente este resultado, el autor propone reemplazar la aproximación limitada al contrato “individual” de trabajo hoy presente en el texto del artículo 8 del Reglamento Roma I por una noción amplia basada en la “relación de trabajo”; en definitiva, un alejamiento de la visión “individualista” de las relaciones de trabajo en favor de una aproximación “institucional” a la figura del trabajador asalariado, basada en criterios de inserción del trabajador en un determinado marco social y organizativo, que permitiera una aproximación tan unitaria como fuera posible por parte de la norma de conflicto. Desde esta perspectiva, la interpretación amplia de la *lex loci laboris* que deriva de la jurisprudencia resultaría apropiada, en el terreno del Derecho aplicable, para los objetivos de integración social y protección propios del mercado interior. Además, la designación del ordenamiento aplicable debiera entenderse referida, no únicamente a los textos legales y reglamentarios, sino también a los instrumentos derivados de la autonomía y negociación colectivas. La cuestión no es de importancia menor, dadas las importantes diferencias en las prácticas y tradiciones al respecto de los Estados miembros, como puso de manifiesto el conocido asunto *Laval*. Otro aspecto importante sería, a juicio del autor, que la relectura o reinterpretación de la norma de conflicto en clave de mercado interior evitaría en buena medida tener que recurrir a expedientes correctores de la misma como el orden público o las leyes de policía.

3. El desarrollo del planteamiento expuesto en el párrafo precedente le conduce a examinar múltiples aspectos de interés para el tema objeto de estudio, desde la función reguladora de la regla de conflicto, las “imperatividades” que inciden en determinados aspectos de la relación laboral, la problemática específica de los desplazamientos temporales de trabajadores, y un largo etcétera. A pesar de ello, en ningún momento pierde el hilo conductor, y los planteamientos y razonamientos que ofrece el trabajo se justifican y entrelazan adecuadamente para fundamentar sus propuestas y conclusiones. El breve espacio de una reseña no permite hacer justicia a la riqueza y variedad de planteamientos que contiene una obra de esta envergadura, por lo que me limitaré ahora a comentar

dos aspectos concretos: el primero de ellos es su defensa de la necesidad de una calificación autónoma del supuesto de hecho de la norma de conflicto para permitir una aplicación uniforme de la regla en los distintos Estados miembros. Aunque examina las tesis de los proponentes de una calificación *ex lege fori* o bien *ex lege causae*, las desestima por considerarlas no suficientemente adecuadas para que la norma conflictual europea pueda cumplir sus objetivos reguladores. Bien es cierto que el método de la calificación autónoma favorece una aplicación uniforme de la regla, y que no puede negarse que goza del favor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, en el ámbito concreto del contrato de trabajo, tampoco creo que fuera una panacea. Para empezar, y como reconoce el propio autor, no puede excluirse el riesgo de “deformación involuntaria” de las nociones autónomas por parte de los jueces estatales, que de este modo las redujeran a los moldes de su legislación nacional. Por otra parte, aunque pueda construirse con relativa facilidad una noción autónoma basada en el concepto genérico de trabajador asalariado, ampliamente compartido, no parece que ello permita resolver sin dificultades de interpretación las situaciones “fronterizas” o casos límite que suelen dar lugar a problemas de calificación. Por ello, creo que en este punto vale la pena tener en cuenta el cuestionamiento del método de la calificación autónoma que, en el ámbito del contrato de trabajo, ha preconizado recientemente el profesor Ángel Espiniella (*La relación laboral internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021), en cuya opinión sería preferible que la noción de contrato de trabajo fuera suministrada por la ley nacional hipotéticamente aplicable al contrato, por ser la que tendría un mayor interés, en términos económicos, sociales y políticos, en ser aplicada para determinar lo que sea o no una actividad de trabajo por cuenta ajena. Al fin y al cabo, según el citado autor, la caracterización de una actividad de prestación de servicios como actividad de carácter laboral es un aspecto básico o esencial del mecanismo de protección querido por el legislador y, por ello, difícilmente podría entenderse que una actividad considerada de carácter laboral por la ley del Estado en el que se llevara a cabo pudiera considerarse que no tuviera carácter laboral en virtud de una supuesta interpretación autónoma de la noción de laboralidad.

4. Sea como fuere, el Dr. Zernikow insiste en la conveniencia y necesidad de una calificación autó-

noma, y ello en buena parte se debe a que no solo pretende una uniformidad en la interpretación del concepto jurídico de base, sino una ampliación del mismo, mediante su alineamiento con el concepto amplio de relación de trabajo que se desprende de las normas sobre libre circulación de trabajadores. Y aquí es menester tener en cuenta otro de los aspectos básicos de su propuesta: a su parecer, resulta criticable la evolución jurisprudencial que ha conducido a una escisión entre el ámbito de la libre circulación de trabajadores y el de la libre prestación de servicios, a partir de las bien conocidas jurisprudencia y normativa que han encuadrado la problemática laboral de los trabajadores temporalmente desplazados a otros Estados miembros en la libertad de prestación de servicios por parte de las empresas, lo que conduciría a una fraccionamiento del régimen jurídico de los trabajadores móviles en el mercado interior. El argumento de que en el caso de los temporalmente desplazados no se produciría una verdadera integración en el mercado laboral del Estado de acogida puede ponerse en tela de juicio, al menos en el caso de los desplazamientos de larga duración, a pesar de su carácter formalmente temporal, por no hablar de las numerosas situaciones de fraude. La modificación de 2018 de la Directiva 96/71 en buena medida supondría un reconocimiento de dicho desajuste, porque, por lo que se refiere a los desplazamientos superiores a doce meses, habría equiparado el régimen jurídico aplicable al desplazado de larga duración con el del trabajador local, salvo algunas excepciones. A pesar de ello, Zernikow critica que la regulación de los desplazados de larga duración se siga manteniendo en el marco de las disposiciones sobre libre prestación de servicios. En definitiva, la solución que propone, a modo de clave de bóveda de su planteamiento, es la de unificar el régimen de la movilidad laboral intraeuropea sobre la base de las normas relativas a la libre circulación de trabajadores, terminando así con la escisión actualmente existente, por lo que se refiere a la regulación de la movilidad laboral en el mercado interior, entre dicha libertad y la de prestación de servicios. Para poder dar plenamente este paso, habría que superar la lógica de integración en un determinado mercado laboral nacional y transitar hacia una lógica de integración del trabajador en un mercado laboral europeo unificado. Una vez asentado dicho fundamento, entonces resultaría del todo natural reajustar el ámbito de aplicación de la norma de conflicto del Reglamento Roma I, moldeándolo a

partir de la noción amplia de trabajador asalariado o dependiente que se desprende de las normas sobre libertad de circulación de trabajadores.

5. Termino como empezaba, expresando un juicio positivo de la obra aquí reseñada. Contiene numerosas e interesantes reflexiones, que muchas veces cuestionan el *statu quo*. Las propuestas que plantea son valientes, y en algún punto arriesgadas. Se estará o no de acuerdo con ellas, pero lo que resulta indudable es que están exhaustivamente argumentadas. *Food for thought* y, por ello, no puedo más que recomendar la lectura del trabajo del Dr. Zernikow. Ahora bien, el reto que plantea no es fácil: la experiencia ha demostrado que el ajuste entre las normas conflictuales en el

ámbito del Derecho privado y los principios del mercado interior no siempre ha sido sencillo (recuérdense, por ejemplo, las dificultades suscitadas por la introducción del principio del Estado de origen en la Directiva de comercio electrónico). Probablemente en el ámbito del contrato de trabajo sea más factible acometer esta empresa, por las especiales características de dicho contrato, tan afectado por elementos de carácter público e intervencionista, que habrían tendido a alejarlo de sus orígenes iusprivatistas para insertarlo en un marco regulatorio más complejo e institucionalizado. En cualquier caso, hay que agradecerle al Dr. Zernikow la valentía de haberse enfrentado a este reto, que se sitúa en una encrucijada de distintas lógicas regulatorias.

I. ANTÓN JUÁREZ (Dir). *20 cuestiones clave sobre el derecho de la moda*. Aranzadi La Ley, 2024, 760, pp.

PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ
Profesor Ayudante Doctor en la Universidad de Córdoba

DOI: 10.20318/cdt.2025.9393

1. La obra que tengo el gusto de reseñar, intitulada “20 Cuestiones Clave sobre el Derecho de la Moda” y dirigida por la profesora Antón Juárez, se trata de un *compendio fascinante e inspirador* para quienes encuentran interesante la conexión entre el sector de la moda y el Derecho. Ofrece un análisis prácticamente *omnicomprensivo, exhaustivo y riguroso*, sobre las cuestiones jurídicas en la industria de la moda. En efecto, la estructura de la obra, dividida en cuatro secciones principales, abarca desde la protección de la moda mediante derechos de propiedad industrial e intelectual hasta la internacionalización y regulación en Europa de la moda sostenible, pasando por dos ámbitos que, por deformación profesional, no pueden sino despertarme una gran curiosidad. Me refiero, por un lado, al Derecho de la distribución y de la competencia y, por otro lado, al uso de la tecnología, las redes sociales y el comercio electrónico. Y es que cada capítulo, formulado a través de una pregunta clave, no solo profundiza en la legislación actual, sino que también plantea reflexiones críticas sobre las tendencias y desafíos futuros.

2. La *primera sección* de la obra colectiva es aquella dedicada a *la protección de la moda mediante los derechos de propiedad industrial e intelectual*. Ésta se compone de un total de trece capítulos, de modo que es, por diferencia, la sección más extensa de toda la obra. El primero de ellos, cuya autora es la propia directora de la obra, aborda las acciones (administrativas y/o judiciales) que se pueden llevar a cabo para proteger un derecho de marca. Se trata de un capítulo que destaca por su relevancia práctica y la profundidad del análisis, lo que no sorprende dada la am-

plia experiencia y conocimiento de la autora en la materia. Resultan ilustrativos los ejemplos de diferentes marcas (patrón, figurativa, de posición, etc) de reconocidas empresas del sector, así como el desarrollo de las distintas acciones judiciales frente a la violación de un derecho de marca (de cesación, de remoción, de difusión y de indemnización de daños y perjuicios). En el segundo de los capítulos, por su parte, la autora se pregunta a qué obstáculos se enfrenta el registro de marcas no tradicionales en el sector de la moda. En él, la profesora Maroño Gargallo, mediante diversos ejemplos muy pertinentes y sin perjuicio del estudio de muchas otras cuestiones, explora magistralmente cómo puede afectar la prohibición absoluta de carecer de carácter distintivo al registro de marcas no tradicionales. Acto seguido, en el tercer capítulo, la responsable del Departamento Jurídico de Agatha Ruiz de la Prada, Azcárate Manchado, se dedica a analizar cómo impactan las licencias de marca y de tecnología en el negocio de la moda. Este estudio, que también destaca por su relevancia práctica, es buena muestra de la amplia experiencia profesional de la autora y aborda diversas cuestiones, entre las que destacan las ventajas y riesgos de los contratos de licencia, los distintos tipos que existen en el mundo de la moda o los aspectos clave en la negociación y redacción de estos contratos. Todo ello acompañado de una reflexión final en la cual la autora nos advierte de lo importante que es anticiparse a cualquier contratiempo o situación indeseable, de cara a minimizar los daños económicos y/o reputaciones que puedan producirse para la marca.

A continuación, la primera sección de la obra colectiva, dedicada a derechos de propiedad indus-

trial y de autor, prosigue con un capítulo de varios autores que se cuestiona cómo opera la protección del *trade dress* en la industria de la moda, a través de un rico análisis de derecho comparado que toma en consideración distintos ordenamientos, a saber, el español, el portugués, el italiano o el norteamericano. El quinto capítulo, cuya autora es la profesora Cebrián Salvat, nos ofrece un completo y absorbente estudio, de lectura muy amena, acerca de la parodia de marcas de moda en el derecho comparado. A mi juicio, termina con una reflexión que es difícil no compartir, esto es, que la parodia de marcas de moda plantea un desafío significativo en el equilibrio entre derechos de propiedad intelectual y libertad de expresión que ha sido resuelto de distinta forma por cada ordenamiento jurídico. En particular, señala que mientras que en los Estados Unidos los tribunales a menudo interpretan la parodia como un uso justo que exime de la infracción, algunos países europeos son mucho más cautelosos al aceptar esta defensa, especialmente en casos de uso comercial no autorizado de marcas renombradas. El sexto capítulo, por su parte, aborda el ineludible tema de la protección de las marcas frente a las falsificaciones. Con este propósito, los diversos autores, todos ellos abogados del departamento jurídico de *Andema*, exploran la diferencia entre falsificación e imitación desde el punto de vista legal, empleando para ello ejemplos destacados de casos judiciales relevantes en la industria de la moda. Asimismo, en el séptimo capítulo, la directora de la obra colectiva nos trae un tema original y poco estudiado por la doctrina, cual es el fenómeno del *upcycling* y su relación con el derecho de marcas. Concretamente, la profesora Antón Juárez concluye (con gran solvencia) que a la hora de realizar el análisis en sede de propiedad industrial es clave determinar si se trata de una creación novedosa donde la marca que se utiliza es algo auxiliar, complementario, un elemento decorativo más donde verdaderamente el sentido de ese producto es reutilizar un producto usado, o si verdaderamente el objeto de ese *upcycling* es usar la marca de un tercero en productos de inferior calidad con el objetivo de vender productos que de otra forma no atraerían la atención del consumidor.

Por otro lado, la sección primera de la obra colectiva también examina cómo se protege una marca y el nombre de dominio. En particular, la abogada Velasco Vega se propone tres objetivos fundamentales que, a mi juicio, logra de manera bastante satisfactoria. Nos referimos a diferenciar

los conceptos de marca y nombre de dominio, presentar los tipos de marcas y clases relevantes para proteger una marca en internet y, sobre todo, en lo que a mí me resultó más interesante, exponer algunos procedimientos extrajudiciales para combatir usos fraudulentos de una marca en la red. Seguidamente, la abogada Palomino López trata la cuestión del impacto de las marcas de garantía y certificación en la industria de la moda, concluyendo que las marcas de garantía y certificación fortalecen la confianza del consumidor en los productos que las llevan, sin embargo, pocas de estas marcas logran registrarse para ropa o accesorios debido a ciertos requisitos, como el de publicación de Reglamento de uso. Ya en el noveno capítulo, el profesor García Vidal nos cautiva con un brillante estudio sobre la figura del diseño industrial en las creaciones de la moda. Este trabajo, aunque no sorprenderá a aquellos que, como quien escribe, han tenido la suerte de escuchar alguna ponencia suya en este ámbito, es acreedor de la misma solvencia y maestría que sus intervenciones orales. Por ello, creo no equivocarme al afirmar que su lectura es obligada para aquellos que quieran acercarse al uso del diseño industrial (tanto registrado como no registrado) en las creaciones de la moda.

Después, la profesora Martínez Pérez aborda un tema de rabiosa actualidad, ciertamente complejo, como son los derechos de propiedad industrial e intelectual en la moda inteligente y la tecnología ponaible. En este sentido, la autora determina que son innumerables los interrogantes jurídicos que la introducción de la tecnología, la digitalización o la aplicación de la IA suponen para la industria de la moda; muchos de ellos relacionados con problemas clásicos relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial, pero que, actualmente, se presentan de forma distinta. En el siguiente capítulo, el profesor Ortega Burgo, un auténtico referente en el tratamiento de cuestiones jurídicas en el sector de la moda, se pregunta si los derechos de autor pueden ser una vía útil para proteger las creaciones de la moda. A este respecto, destaca el autor que son realmente escasos los casos que han llegado

a los tribunales nacionales en los que se discuta la protección por derecho de autor de un producto del sector de la moda, si bien eso no es un obstáculo para calificar la relación entre la moda y la propiedad intelectual como difícil, pero posible. La primera sección relativa al sector de la moda y

los derechos de propiedad industrial e intelectual cierra con un tema muy original, cual es la relevancia de los derechos de autor en las fotografías de moda. La profesora y abogada Lorente Martínez es tajante al afirmar que las fotografías de moda, utilizadas para promover y comercializar diseños, también están protegidas por derechos de autor. No en vano, en su opinión, que comparto, la intersección de estos derechos asegura que los diseñadores y fotógrafos puedan salvaguardar su trabajo creativo, fomentando así la innovación y la autenticidad en la industria de la moda.

3. La *segunda sección* se dedica al *Derecho de la distribución y de la competencia*. Está compuesta por dos capítulos, a cuál más interesante, cuyos autores son los profesores Antón Juárez y Díez Estella. El primero de los capítulos, suscrito por Isabel Antón, versa sobre la distribución de productos en el sector de la moda y el lujo. Se trata de otra prueba más de que nos encontramos ante un auténtico referente en la materia, pues no se trata, desde luego, de un estudio aislado. Antes bien, puedo afirmar sin miedo a equivocarme que la bibliografía de la autora en este ámbito es realmente prolifera, como demuestra la pulcritud y claridad con la que examina y resuelve una cuestión tan enrevesada como la que aborda, esto es, el contrato de distribución internacional de productos de lujo. El segundo capítulo de los referidos, suscrito por el profesor Fernando Díez, trata sobre el impacto del derecho de la competencia en la industria del lujo y la moda, especialmente sobre el Reglamento 2022/720, de acuerdos verticales y la labor de las autoridades de competencia comunitaria y nacional en la configuración de un régimen jurídico apropiado para la industria de la moda. El autor, que se maneja con enviable soltura en materia antitrust, como demuestra su reciente monografía “Las prácticas anticompetitivas en el derecho español: arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia”, realiza una magistral aproximación a la citada norma que no debería pasar desapercibida a aquellos que, por motivos académicos o profesionales, tengan que acudir a la misma.

4. La *sección tercera* de la obra colectiva, por su parte, trata sobre *tecnología, redes sociales y plataformas de comercio electrónico*. Cuenta con tres interesantes capítulos que abordan cuestiones muy dispares. El primero de ellos, que se corresponde con el capítulo decimosexto de la obra, trata

de responder a la siguiente pregunta: ¿en qué casos se considera que una plataforma de comercio electrónico usa una marca? En su respuesta, las abogadas Alonso Murga y Conde Castro consideran que la entrada en vigor de la *Digital Services Act* ha supuesto un antes y un después en la lucha contra los contenidos ilícitos en línea, incluyendo productos o servicios que infringen derechos marcarios de terceros. Y ello porque, sin perjuicio de mantener (con matices) el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores previsto en la DCE, introduce novedades importantes respecto a obligaciones aplicables a los prestadores con el fin de detectar y eliminar contenidos ilícitos en sus servicios, así como para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios. Tras este análisis, nos encontramos con un trabajo de la profesora Jiménez Serranía sobre el impacto de las tecnologías disruptivas en la moda, especialmente los mundos virtuales y la tokenización. En esta dirección, la autora pone de relieve que estas nuevas realidades conllevan importantes retos desde el punto de vista jurídico y práctico y trata de ofrecer una visión de conjunto de la situación actual sobre estos temas, apuntando las cuestiones clave y, desde luego, incentivando la reflexión. Para terminar la sección tercera, la profesora Rodríguez Rodrigo, que también cuenta con amplísima experiencia en esta temática, aborda la publicidad que realizan los creadores de contenido en el sector de la moda. Lo hace, además, de una manera clara, amena y didáctica, lo cual es siempre de agradecer por parte del lector.

5. Finalmente, en la *sección cuarta* de la obra reseñada, esto es, aquella dedicada a la *sostenibilidad y la internacionalización*, encontramos los dos últimos capítulos que completarían las veinte cuestiones clave que nos promete su título. En el penúltimo capítulo, el abogado Quintana Cortés analiza cuáles son los retos regulatorios del sector de la moda en materia de sostenibilidad ambiental, concluyendo que en los próximos años vamos a asistir a un aluvión de reglamentos y directivas que afectarán a la sostenibilidad del sector textil con el claro objetivo de conseguir que en 2030 todos los productos textiles comercializados en la UE sean duraderos y reciclables. Por finalizar la obra reseñada, el último capítulo, suscrito por el profesor Ortega Giménez, aborda los aspectos jurídicos que debemos tener en cuenta para la internacionalización de una empresa de moda. En particular,

resalta la importancia crítica de las cuestiones internas y externas a la empresa para obtener éxito en la internacionalización, como también promueve ejemplos prácticos e *insights* valiosos para emprendedores del ámbito de la moda que desean expandir su empresa a otros países.

6. En definitiva, la obra reseñada, intitulada “20 Cuestiones clave sobre el Derecho de la moda”, es un *compendio indispensable* para aquellos académicos, profesionales jurídicos y asesores del sector de la moda que busquen una comprensión profunda de los desafíos legales actuales y futuros de la industria. Tanto la directora, la profesora Isa-

bel Antón Juárez, como los diversos autores que en ella participan, contribuyen con perspectivas valiosas que enriquecen el apasionante diálogo entre el derecho y la moda. Quien firma esta breve reseña comparte las palabras de *Michael Kors*, al afirmar que cuanto más crece, más se da cuenta de que el verdadero lujo es el tiempo. Pues bien, ha de saber el lector que no perderá este recurso finito y tan valioso leyendo esta obra, sino todo lo contrario. Se enriquecerá con amplios conocimientos jurídicos en uno de los sectores económicos más competitivos, desafiantes y creativos de la economía. Es, sin duda, *un legado intelectual destinado a convertirse en un clásico que no pasa de moda.*

J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, R.ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO. Derecho de los negocios internacionales. 7.^a edición, Iustel, Madrid, 2024, 808 páginas.

CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ

Profesor titular de Derecho mercantil

DOI: 10.20318/CDT.2025.9394

1. Vivimos en una época de transición, marcada por el vertiginoso desarrollo tecnológico, la imperativa lucha contra el cambio climático, el aterrador aumento de los populismos y un recrudecimiento de conflictos bélicos que creíamos superados. Es una época en que las certezas parecen pocas, más allá de la muerte y los impuestos, como dijo Benjamin Franklin -y antes que él Daniel Defoe-. No obstante, el comercio internacional sigue su curso. Es verdad que hay factores que amenazan su existencia o al menos su desarrollo, como la contienda comercial entre Estados Unidos y China o las guerras entre Rusia y Ucrania o Israel y Hamas. Pero los empresarios parecen encontrar siempre medios para sortear los obstáculos que aparecen y seguir con los intercambios transfronterizos. Por suerte, pues el desarrollo de los negocios internacionales fomenta la circulación de la riqueza y posibilita el desarrollo de las zonas deprimidas. No obstante, también tiene un lado oscuro, en el que destaca el incremento de las diferencias económicas y sociales. De ahí la necesidad de normas que permitan los intercambios empresariales y controlar los abusos de los operadores con mayor poder económico. El conocimiento de esas normas y de los rudimentos jurídicos del comercio internacional presenta, así, mucho interés y para ello nos es de gran ayuda la obra objeto de esta reseña. Pero no sólo los rudimentos; el *Derecho de los negocios internacionales* va más allá: nos ofrece una exposición completa, rigurosa y actualizada de los principales aspectos jurídicos de las relaciones transfronterizas de la comunidad empresarial.

Sus autores no precisan mayor presentación. Son tres catedráticos de Derecho Internacional

Privado con una trayectoria académica envidiable, un gran número de publicaciones de alto nivel y que no son ajenos a la realidad de la práctica. Quizás vale la pena comentar que José Carlos Fernández Rozas es árbitro internacional en diversos organismos internacionales, que Pedro Alberto de Miguel Asensio es consultor académico de A&O Shearman y que Rafael Arenas García se distingue por vincular la enseñanza con la realidad práctica del Derecho. Considero un deber señalar que el último es un compañero de Facultad al que profeso una gran admiración.

2. La obra empieza con el capítulo titulado “Derecho de los negocios internacionales” (páginas 27 a 90) en el que el profesor Fernández Rozas expone el marco normativo de la materia. En las primeras páginas centra el objeto de estudio -las actividades de los operadores económicos privados (*business law*), quedando excluidas las relaciones económicas interestatales (*trade law*)- para pasar a continuación, y en tono crítico, a la evolución de la legislación existente y las formas de producción normativa. Presta una atención especial a la autorregulación, señalando tanto qué entidades son sus principales promotoras como las principales manifestaciones. Dedicando la tercera parte de la lección a la unificación del Derecho de los negocios internacionales, en la que explica la dialéctica con el Derecho nacional, reseña tres entidades que lideran este ámbito, expone los métodos y técnicas de armonización, así como sus principales manifestaciones. Termina con las conclusiones que obtiene de su análisis.

Pedro Alberto de Miguel Asensio es el responsable del segundo capítulo que gira alrededor de

los bienes inmateriales y la competencia. Es muy extenso -más de cien páginas (91 a 209)- y empieza con el régimen de la propiedad industrial, donde explica los principales derechos existentes, la normativa aplicable, el modo de protección, los criterios de competencia judicial internacional, la determinación de la ley aplicable y el agotamiento. A continuación expone el régimen internacional de la propiedad intelectual, explicando el alcance y límites de los derechos patrimoniales que la conforman además de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado. La competencia desleal es la protagonista de la tercera parte, donde presenta la normativa uniforme, la determinación de la ley aplicable y la competencia judicial, subrayando asimismo la importancia que ha tenido y sigue teniendo la Directiva 2005/29/CE. Luego le toca al turno a la defensa de la competencia. Centra su atención sobre todo en los acuerdos restrictivos y el abuso de posición de dominio; pero también comenta el Reglamento de los Mercados Digitales y, en menor medida, el control de las concentraciones. Acertadamente explica igualmente el régimen de la indemnización de los daños derivados de la infracción de las normas de la competencia. La quinta parte del capítulo sorprende pues aparece dedicada a la responsabilidad extracontractual, con lo que parece romperse el hilo conductor de la lección; aunque quizás sea aquí el mejor lugar para tratar ese tema. Tras comentar el régimen general de la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial en los litigios transnacionales, aborda la responsabilidad por productos defectuosos, por los daños al medio ambiente, así como el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos. Merece subrayarse la gran atención dispensada, a lo largo de toda la lección, a los cambios, dudas y problemas que genera la evolución tecnológica y a los conflictos que provoca la voluntad de crear un mercado único en la Unión Europea.

El tercer capítulo versa sobre las sociedades (págs. 211 a 291) y Rafael Arenas García lo estructura en cuatro partes. La primera trata sobre la constitución de sociedades y en él explica la *lex societatis*, los tipos societarios europeos y el proceso de constitución -donde analiza los problemas que genera la participación de extranjeros, la aportación de acciones o bienes situados en otros países o la intervención de notarios y registradores foráneos. La segunda parte se dedica al establecimiento de compañías fuera del Esta-

do de constitución, lo que le lleva a examinar la sucursal, los grupos de sociedades y la sociedad conjunta (*joint venture*). La tercera tiene por objeto la movilidad y transformación corporativas. El autor explica la transferencia de sede, en todas sus posibles variantes, la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global del activo y pasivo internacionales. Dedicó el último apartado a comentar los aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en materia de sociedades. Cabe destacar que a lo largo de toda la lección encontramos valiosos datos sobre aspectos fiscales del Derecho societario.

Pedro Alberto de Miguel Asensio se ocupa del capítulo cuarto, titulado “Contratación Comercial Internacional” (págs. 293 a 403). Empieza explicando cuál es el significado de la ley que rige los contratos internacionales y acto seguido presenta la normativa europea sobre la materia. La segunda parte tiene por objeto la formación y el contenido del contrato y en ella explica la responsabilidad precontractual, los problemas que comportan las condiciones generales de la contratación y cómo se combaten, la contratación por medios electrónicos, y analiza también determinadas cláusulas relevantes y problemáticas que suelen aparecer en los contratos internacionales. Continúa la exposición con la solución de controversias ante los tribunales estatales, donde disecciona los acuerdos de sumisión y explica cuáles son las soluciones en defecto de pacto. Por último, esclarece cómo determinar la ley aplicable al contrato, tanto si las partes han ejercido su autonomía de la voluntad como si no. A lo largo de todo el capítulo hay referencias a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) y a los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que utiliza como paradigmas.

El capítulo quinto tiene por objeto la compraventa y el transporte (págs. 405 a 493), y su autor es el profesor Arenas. Respecto del primer contrato, analiza el papel que tiene la autonomía de la voluntad, tanto material como conflictual, y después se refiere a la normativa aplicable, explicando la relación de la Convención de Viena de 1980 con las Reglas Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional. En cuanto al transporte, ciñe su exposición al internacional de mercancías, diseccionando el régimen de cada uno de los modos existentes: marítimo, aéreo, carretera y ferrocarril. Merece destacarse que, respecto del prime-

ro, examina tanto el transporte bajo conocimiento de embarque como el fletamento y presta gran atención al problema de la validez de las cláusulas de arbitraje y jurisdicción. Respecto del aéreo, glosa la normativa existente, la carta de porte aéreo y el régimen de responsabilidad del porteador. El Convenio CMR de 1956 es el protagonista del transporte por carretera y las Reglas Uniformes CIM del ferroviario. Termina explicando el transporte multimodal de mercancías, respecto del que distingue la versión subjetiva (pluralidad de porteadores) de la objetiva (diversidad de medios de transporte).

Rafael Arenas se encarga también del capítulo sexto (págs. 495 a 554) que aúna tres temas estrechamente relacionados: los medios de pago, las garantías y la financiación. En cuanto a los primeros, se refiere a los que considera más habituales en el comercio internacional: el cheque, las transferencias bancarias, las órdenes de pago y los créditos documentarios. Respecto de las segundas, tras explicar su razón de ser, analiza la fianza, las garantías a primera demanda, las cartas de crédito contingente, las cartas de patrocinio y, más brevemente, las garantías reales. Acto seguido expone el régimen de tres contratos de financiación: el leasing, el factoring y los swaps. Cierra el capítulo diseccionando el contrato de seguro. Interesa comentar que, aunque la competencia judicial y la determinación del Derecho aplicable tienen un peso considerable en toda la lección, ni mucho menos agotan su contenido. El autor acostumbra a introducir cada contrato con una definición o caracterización, explicando su funcionamiento, clases y partes, así como las normas específicas existentes, dedicando una especial atención a las que tienen carácter uniforme. Sólo después centra su atención en los aspectos más propios del Derecho Internacional Privado.

El capítulo siguiente tiene por objeto los contratos de colaboración y se estructura en tres partes (págs. 554 a 618). En la primera, el profesor de Miguel comenta tres contratos: agencia, distribución exclusiva y franquicia. Sigue un esquema similar: empieza con una parte general en la que relata en qué consiste el contrato, cuáles son sus características o contenido usual y, en su caso, cómo influye el Derecho de la Unión Europea. A continuación se adentra en los vericuetos de la legislación aplicable y la competencia judicial. La segunda parte se titula “Transferencia de tecnología y propiedad industrial” y se organiza for-

malmente en tres epígrafes, pero esencialmente se puede dividir en dos. De un lado, el catedrático de la Universidad Complutense diserta sobre los contratos de cesión y licencia de patentes, secretos industriales y marcas. No sólo explica en qué consisten, sino que también destaca los aspectos clave para comprender los conflictos que generan y el contenido de las normas aplicables. De otro lado, explica los contratos de ingeniería; o sea, su definición y modalidades, la importancia de los contratos modelo, guías de redacción y formularios existentes, así como brevemente su contenido y la identificación de la ley aplicable. En la tercera parte de la lección expone el régimen básico -más que suficiente para una obra de este tipo- del comercio electrónico y de los servicios de la sociedad de la información. Buen conocedor del tema, Pedro Alberto de Miguel empieza advirtiendo acerca de su complejidad y exponiendo los tres niveles de la legislación existente. Acertadamente presta una atención especial al Reglamento de Servicios Digitales, al régimen del tratamiento de datos y a la comercialización en línea de bienes y servicios.

Rafael Arenas explica la dimensión internacional del concurso de acreedores en el capítulo 8 (págs. 619 a 687). Se compone de 4 grandes apartados, el primero de los cuales trata de los presupuestos. Tras presentar los principios básicos de universalidad y territorialidad, así como el Reglamento 2015/848, explica los presupuestos, tanto objetivos como subjetivos. A continuación, estructura el régimen de la apertura del concurso alrededor de los dos elementos esenciales: la determinación de la competencia judicial y el criterio del centro de intereses principales del deudor. En el tercer apartado expone el desarrollo del concurso, poniendo el foco de atención en la determinación de las normas aplicables a la delimitación de las masas activa y pasiva, así como a la administración concursal. Presenta tanto las reglas generales como la multitud de excepciones existentes. Por último, analiza la eficacia territorial de la institución: de un lado, el reconocimiento de los concursos internacionales; de otro, la coordinación de procedimientos, que tanta trascendencia tiene en la práctica. También se refiere brevemente a la adopción de medidas provisionales y a la incidencia de procedimientos no concursales en el concurso.

Cierra el libro un extenso, mas imprescindible, capítulo dedicado al arbitraje comercial interna-

cional (págs. 689 a 808) cuyo autor es un experto en la materia. En el epígrafe inicial, José Carlos Fernández Rozas explica las ventajas de esta institución, el criterio para determinar su internacionalidad, la tendencia a favor de unificar las normas internacionales con las internas, la ausencia de foro, la importancia y la determinación de la sede arbitral, así como qué es un arbitraje administrado. A continuación, disecciona el convenio arbitral, ofreciendo su concepto, finalidad, naturaleza, ausencia de requisitos de forma, normas aplicables y los principios de separabilidad y de competencia-competencia. El epígrafe siguiente está dedicado al procedimiento y en él tiene un papel destacado la normativa aplicable, así como sus principios rectores y el idioma. Acertadamente el autor dedica también varias páginas al acta de misión. En cuanto al fondo del litigio, distingue los tres ámbitos en los que es necesario hallar la ley aplicable, cómo se fija la norma que rige la sustancia del conflicto, la libertad que tienen los árbitros para determinarla, complementar la elegida por las partes o interpretarla, así como el papel que pueden desempeñar la llamada nueva *lex mercatoria* y los usos del comercio internacional. Acto seguido centra su atención en la interferencia de la judicatura en el procedimiento arbitral. Destacan tres temas: las medidas anti-proceso (*antisuit injunction*), la asistencia de los jueces a los árbitros y el control jurisdiccional del laudo. El último epígrafe tiene por objeto el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros. El autor comenta cuáles son sus principios rectores y cómo establecer el tribunal competente, la documentación necesaria, las causas de denegación y cómo incide la nulidad del laudo dictaminada en el país de origen.

3. El *Derecho de los negocios internacionales* es una obra completa, rigurosa y de consulta obligatoria. En cuanto al primer calificativo, su contenido lo evidencia: comprende los principales temas que conforman las relaciones negociales internacionales. Además, están ordenados lógicamente, empezando con un capítulo inicial donde se fija el objeto de la obra y los métodos de producción normativa de los negocios internacionales, tanto los tradicionales como los más actuales. A continuación, los elementos básicos del mercado: propiedad industrial (e intelectual) y competencia. Luego analiza los principales protagonistas: las sociedades, pues es la forma básica que adoptan las empresas. Le sigue el análisis de las princi-

pales relaciones entre empresarios: los contratos. Se aborda la crisis de los empresarios (el concurso de acreedores internacional) en el penúltimo capítulo, y el arbitraje remata el libro, al tratarse del principal medio de resolución de conflictos en el comercio internacional.

Los autores no se limitan a tratar los aspectos propios de su especialidad, sino que analizan tanto cuestiones sustantivas como adjetivas. En efecto, podría pensarse que, al ser catedráticos de Derecho Internacional Privado, restringen la exposición a los problemas de competencia judicial y de ley aplicable. No es así; también explican los conflictos de intereses que subyacen a las instituciones que analizan, la *ratio* de las disposiciones vigentes, las soluciones que aportan y otras alternativas que pudieran existir. Y toda esta información es de gran utilidad para interpretar y aplicar correctamente las normas existentes. Ahora bien, no siempre proporcionan todos estos datos, sino que la profundidad del análisis depende de cada institución, existiendo temas en los que ahondan más en el contenido sustancial y otros en los que dedican mayor atención a las cuestiones propias de su especialidad.

Como era de esperar, el rigor es otra de las características del libro comentado. Los profesores Fernández Rozas, Arenas García y de Miguel Asensio analizan críticamente las instituciones existentes, así como las soluciones legislativas y jurisprudenciales, fundamentan sus afirmaciones y dan cuenta de las sentencias clave. Y, evidentemente, han actualizado el contenido. En la séptima edición encontramos referencias, por ejemplo, al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, que ha renovado el régimen español de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, así como a los Reglamentos europeos de Mercados Digitales y de Servicios Digitales. Y, por si fuera poco, los tres catedráticos de Derecho Internacional Privado no ciñen su discurso al ámbito teórico, sino que también bajan a la arena para abordar los principales extremos de la praxis, cuando lo consideran pertinente.

Dos aspectos más merecen comentario. El primero es el carácter eurocéntrico de la obra: buena parte de su contenido consiste en el análisis y exposición de la legislación y de la jurisprudencia de la Unión Europea. Y cuando no existen previsiones europeas, los autores explican el régi-

men español, sin que falten alusiones al Derecho comparado, lo que es de agradecer. Y segundo, al final de cada capítulo aparece un listado amplio de bibliografía, que es agradecer dada su utilidad cuando uno se adentra en nuevas investigaciones.

Si hubiera que señalar algún defecto, más propio de las manías del recensor que del demérito de los autores, serían las abreviaturas y la estructura interna de los epígrafes. En cuanto a las primeras, aparece un listado al principio del libro; pero no siempre se utilizan. En unas ocasiones los profesores Fernández Rozas, Arenas García y de Miguel Asensio utilizan una versión breve al citar leyes, sentencias u otros elementos, mientras que otras veces recurren a las abreviaturas, lo que

puede despistar al lector no avezado en la materia. Respecto de la estructura de los diversos apartados, no siempre es la misma. Por ejemplo, algunas veces el análisis de la determinación de la competencia judicial precede a la del Derecho aplicable y en ocasiones es al revés.

La conclusión es clara: el *Derecho de los negocios internacionales* constituye una obra de consulta imprescindible para los juristas interesados en las relaciones comerciales internacionales, sean estudiantes, académicos o profesionales del Derecho. El hecho de que se hayan publicado ya siete ediciones de un “manual” que no se corresponde a la típica asignatura troncal de un Grado en Derecho así lo confirma

LORENA SALES PALLARÉS y MARÍA ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA (COORDINADORAS).
Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género.
Tirant Lo Blanch, 2024, págs. 517.

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesora Titular Universidad Nacional de Educación a Distancia

DOI: 10.20318/cdt2025.9395

1. La obra colectiva objeto de la presente reseña aborda aspectos de gran actualidad en la práctica, de un lado la atención a la infancia y los derechos de los menores, de otro lado la violencia, así como el género, proyectando sobre toda la temática la perspectiva género, tal y como se indica en el Capítulo Introductorio.

Delineados los ejes de la obra su tratamiento o abordaje se hace desde la multidisciplinariedad al participar especialistas de distintas áreas de conocimiento; así, además de internacional privatistas, colaboran expertos en Derecho civil, penal y en Derecho eclesiástico del Estado. Ahora bien, se evita que los trabajos ofrezcan enfoques compartimentados buscando dar unidad a la obra alrededor de un objetivo común: estudiar los desafíos que se producen en las relaciones familiares surgidas y desarrolladas en contextos transfronterizos.

2. El libro no está dividido en Capítulos que agrupen los distintos trabajos, aunque sí hay una estructura dada por el orden en el que se disponen las diez colaboraciones más la Introducción que integran el contenido de la obra.

3. Comenzando por los dos primeros trabajos estos se ocupan de la protección de los menores en dos frentes: de un lado, la participación del profesor Enrique Fernández Masía analiza el interés del menor frente a la autonomía de la voluntad recogido en el artículo 10 del Reglamento 2019/1111

en contextos transfronterizos en los que está en liza la responsabilidad parental sobre los menores, haciendo un recorrido legislativo y, en torno al precedente del mencionado precepto -artículo 12 del Reglamento 2201/2003-, un recorrido jurisprudencial, que emplea el autor para sentar una posible interpretación a futuro de su homólogo en el actual Reglamento. De otro lado, el menor como víctima de violencia y el análisis de los instrumentos jurídicos de distinta fuente que sirven para adoptar y dar eficacia más allá de donde se decidan las medidas provisionales y cautelares dirigidas a su protección. En este trabajo, su autora, la profesora Lucía Serrano-Sánchez, se adentra en analizar, entre otros aspectos, la complejidad que supone la delimitación de los instrumentos jurídicos aplicables desde distintos ángulos tanto desde la perspectiva de las autoridades competentes para la adopción, como la elección de las propias medidas aplicables.

4. Junto a las dos colaboraciones anteriores, con un enfoque también centrado en la infancia, pero situados en perspectivas distintas se aborda: en primer lugar, el estudio del interés del menor en la Ley 4/2023 para la igualdad efectiva y real de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI; en segundo lugar, el desarrollo y la defensa de la identidad de los menores y su derecho vida privada y familiar, en relación a los menores nacidos por gestación por sustitución.

El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020- 114611RB-I00. *Proteccion del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del derecho internacional privado español y de la Unión Europea)* concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Ambos temas son de gran actualidad y plantean retos importantes como muestra, en primer lugar, la profesora Carmen González en su trabajo centrado en la Ley 4/2023, tratando las dificultades que se plantean con la disociación jurídica entre sexo y género plasmado en las normativas actuales. La autora enfoca su colaboración en el desarrollo en las deficiencias que presenta la legislación en situaciones que afectan a los menores, por ejemplo y entre otros: en relación a la rectificación de la mención registral del sexo en el caso de los menores de edad, o la adecuación del nombre de la persona menor de edad conforme a su identidad sexual y los resultados no deseados que provocan la norma y las correcciones que ha tenido por Instrucciones de la DGSJFP (pp. 138-139). Finaliza con reflexiones y propuestas que giran sobre un tema en mi opinión muy interesante e inquietante como es el papel de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad en relación al derecho de las personas menores de edad a conseguir todas las condiciones legales, registrales y biológicas necesarias para expresar un género que no se corresponde con su sexo biológico, cuestionando, a través del estudio, si este derecho, tal y como ha quedado conformado en las normas analizadas, se identifica con su superior interés, que en definitiva es el criterio que tiene que presidir cualquier decisión que se adopte en torno a las personas menores de edad (pp. 149-158).

En segundo lugar la profesora Ángeles Lara Aguado se ocupa del análisis en torno al derecho a la identidad y a la vida privada de los menores nacidos por gestación por sustitución poniendo el foco en la realidad actual en torno a dos ideas: el derecho a la vida privada del menor que viene a identificarse con el reconocimiento a su identidad personal en todos los países donde resida o por los que circule, criterio que va ganando posiciones frente a la idea del reconocimiento de la filiación en los citados Estados (pp. 181-182). En este marco la autora hace un exhaustivo estudio de la abundante jurisprudencia tanto del TEDH, así como del TJUE. Junto a lo anterior profundiza en las propuestas legislativas que vienen desde la UE, así como desde la Conferencia de La Haya confrontando sus diferencias y resaltando ventajas y desventajas de las propuestas, pero suponiendo ambas, en palabras de la autora, un fomento del turismo procreativo

5. El profesor José Manuel Velasco se adentra en el estudio de la igualdad de género en las

relaciones familiares internacionales y en cómo podría intervenir el DIPR adoptando una perspectiva de género. El autor se centra en los problemas que pueden suscitarse y soluciones que respeten el principio de igualdad el marco del derecho aplicable a través del análisis de la norma de conflicto, así como en el sector del reconocimiento de decisiones. Para ello expone ejemplos muy ilustrativos de la práctica.

6. Otro aspecto tratado en la obra colectiva es la denominada “violencia económica” hacia un menor, como víctima directa, o hacia la progenitora, como víctima directa o indirecta en función de los supuestos, cuando no se cumple con la pensión de alimentos impuesta a un progenitor generalmente varón (p. 308). La profesora María Teresa Martín analiza las diferentes manifestaciones de esta violencia económica como resultado del impago de la deuda alimenticia, reflexionando tanto en torno al reconocimiento en un texto penal sustantivo de la violencia económica (p. 312), como en torno a otros aspectos vinculados con este delito, como la privación de la patria potestad. Plantea interrogantes de calado y actualidad sobre los que, como indica la autora, hay que pensar de forma sosegada.

7. La colaboración de la profesora M.^a Ángeles Zurilla se centra en un estudio extenso y profundo en torno a los menores y la violencia de género y, en concreto, en relación a las medidas civiles que sirven para su protección en estas situaciones. Para ello la autora comienza refiriéndose al conglomerado de normas dictadas para luchar contra la violencia de género si bien, como indicamos, el propósito es centrarse en las medidas civiles contenidas en tales normas y en la deriva jurisprudencial que existe en relación a esta situación. Así, por ejemplo, en referencia a las medidas que pueden adoptarse en relación a la patria potestad van desde su suspensión, privación o especial inhabilitación para su ejercicio detallando las causas más habituales de las que resultan tales medidas de protección, así como poniendo de relieve el tratamiento jurisprudencial al respecto: por ejemplo, la discrepancia que existe en torno a la inhabilitación de la patria potestad en caso de abusos sexuales (pp. 341-345); la privación o inhabilitación de la patria potestad por atentar contra la vida de la madre (pp. 345-348) etc. Se detiene la autora también en las medidas relativas al régimen de visitas, así como las referentes a la prestación de alimentos.

En relación a las primeras destaca, entre otras, la previsión del artículo 94 del Cc., tras la LO 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal de las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica, así como el recorrido jurisprudencial que la autora hace en torno a la suspensión de este derecho (pp. 355 ss.). Finaliza la contribución con el desarrollo de la violencia de género y su repercusión para decretar custodia compartida, así como deteniéndose en otras medidas civiles previstas en la legislación y que pueden adoptarse en estos supuestos.

8. Continúa la obra con un tema de máxima actualidad en el plano internacional, la violencia de género y la sustracción internacional de menores, desarrollado por la profesora M.^a Victoria Cuartero Rubio, situando la colaboración en un acertadísimo análisis de la Guía de Buenas Prácticas, elaborada por la Conferencia de La Haya de DIPr, en su parte referida al artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. Como punto de partida la autora sitúa dos elementos claves para analizar el fenómeno: el cambio de prototipo o modelo de supuestos de sustracción, y el recurso continuo a la alegación de la violencia de género en el marco de la excepción al retorno recogida en el artículo 13.1 b) del texto convencional. La autora es crítica con el enfoque que la Guía ha dado a la violencia de género como una manifestación más de la violencia doméstica, sin conferir un trato específico o dotar su tratamiento desde una perspectiva de género lo que ha derivado, en palabras de la autora, en “recomendaciones inadaptadas de utilidad relativa” (p. 405). Muestra de la necesidad de seguir trabajando en este aspecto ha sido la convocatoria, por la Conferencia de La Haya de DIPr, tras la celebración de la 8^a Comisión de seguimiento de los Convenios de 1980 y 1996, de un Foro especializado, en junio del 2024, sobre violencia doméstica y la aplicación del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980.

9. La colaboración de la profesora Isabel Lázaro aborda un tema muy sensible como es el matrimonio infantil como una forma de violencia contra las niñas adoptando un enfoque desde el DIPr y centrándolo en la realidad del territorio es-

pañol. Pues bien, tras hacer un análisis breve, pero desde mi opinión certero e inquietante en cuanto a las cifras y realidades del matrimonio infantil, sobre todo en los que principalmente están afectadas las niñas, se adentra la colaboración en los aspectos relativos al DIPr; en concreto, abordando el consentimiento y capacidad matrimonial como elementos que quedan regulados por la ley nacional de la persona en cuestión adentrándose en la valoración, y la aplicación práctica, en función de los supuestos, de un expediente como el orden público. Finaliza la autora con un enfoque realista de las soluciones, apostando por medidas que van más allá de lo jurídico, que aunque es necesario no se revela como suficiente. Son precisos, como afirma la autora, enfoques amplios y coordinados aportando en su trabajo un listado de medidas que abarcan a diferentes y grandes áreas.

10. El último trabajo desarrollado por el profesor David García Pardo se detiene en un tema nada pacífico como es la discriminación de la mujer musulmana por razón de la vestimenta. Muestra de la dificultad y diversidad en torno a las respuestas es la abundante jurisprudencia tanto del TEDH en lo múltiples casos planteados como de distintos tribunales nacionales, véase la respuesta de nuestro Tribunal Supremo sobre el que el autor profundiza. Junto a lo anterior han sido importantes las distintas normas dictadas al respecto en diferentes Estados llegando a penalizar el uso, y las consecuencias no buscadas que en algunos supuestos pueden producirse. Sin duda, es un tema de gran interés sobre el que se tendrá que seguir profundizando y reflexionando.

11. En definitiva, la obra objeto de esta reseña aborda un tema complejo y actual cuyo tratamiento es delicado, pero en igual medida necesario. Como es bien sabido cualquier reseña supone un reto, y cuando se trata de una obra colectiva éste es aún mayor; ahora bien, esperamos no haber simplificado en exceso el contenido de una obra rica en matices en cada una de las colaboraciones, cuya lectura es más que aconsejable para quien quiera adentrarse en el complejo mundo de la protección de la infancia y la violencia desde una perspectiva de género.

ANNA ORIOLO, ANDREA R. CASTALDO, ANGELA DI STASI, MICHELE NINO (a cura di).
Criminalità transnazionale e Unione europea, Napoli, Editoriale Scientifica,
2024, pp. 868.

IVAN INGRAVALLO
Ordinario di Diritto internazionale
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

DOI: 10.20318/cdt.2025.9396

1. Il volume qui recensito è davvero un bell'esempio di approfondimento di un tema di per sé trasversale, quale è il contrasto alla criminalità transnazionale. Esso viene declinato nella prospettiva dell'Unione europea, ma senza trascurare i profili internazionali, considerato che l'Unione è competente ad occuparsene nella sua dimensione interna, ma ne è coinvolta anche nella sua azione esterna. Il volume è il dodicesimo della produttiva Collana Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, diretta da Angela Di Stasi e radicata nella dinamica comunità scientifica dei giuristi dell'Università degli Studi di Salerno, cui appartengono anche gli altri curatori dell'opera: in primo luogo Anna Oriolo (associata di Diritto internazionale e Coordinatrice scientifica del Modulo Jean Monnet EU-GLOBACT, da cui il volume prende le mosse), Andrea R. Castaldo (ordinario di Diritto penale) e Michele Nino (ordinario di Diritto internazionale). Come spiega la stessa Oriolo nella sua Presentazione, questa colletanea raccoglie gli atti del primo anno di attività del Corso Jean Monnet EU-GLOBACT (acronimo di Transnational Crime and EU Law: Towards Global Action against Cross-border Threats to common security, rule of law and human rights).

2. Lo spazio di una recensione non consente di rendere con sufficiente efficacia la ricchezza di un volume che, dopo la pagina introduttiva di Valsamis Mitsilegas – pioniere degli studi di Diritto penale dell'UE e attualmente professore di European and Global Law e Preside della School of Law and Social Justice all'Università di Liverpool –, annovera trentanove contributi scritti da quarantatré autori (gli unici a più firme sono

opera di un gruppo di quattro informatici, guidati dal Rettore dell'Università di Salerno, Vincenzo Loia, intitolato Information Disorder, cognitive weapons e crimini transnazionali: scenari, sfide e possibili soluzioni, e di Mehdi Zakerian e Talieh Sakhamanesh, studiosi di diritti umani e relazioni internazionali nella Islamic Azad University di Teheran, che si occupano di Cyber Security & Human Rights in Transnational Crime of EU Law GDPR in Era of AI). Di seguito, quindi, cercherò di ricostruire la struttura complessiva dell'opera, al fine di dar conto della molteplicità di prospettive dalle quali il tema del contrasto alla criminalità transnazionale è stato affrontato, e proverò a svolgere alcuni approfondimenti di profili che, per quelle che sono le mie competenze, risultano di maggiore interesse.

L'opera è suddivisa in quattro parti, dedicate rispettivamente a "L'Unione europea come attore globale nel contrasto ai crimini di interesse generale", "Gli strumenti di prevenzione e repressione dei cross-border crimes: la cooperazione giudiziaria per la tutela dei valori comuni dell'Unione europea", "Ambiente, sostenibilità e patrimonio culturale nelle priorità dell'Unione europea per il contrasto ai crimini transnazionali" e "Unione europea e criminalità transnazionale nell'era digitale: bilanciare sicurezza e diritti nel cyberspace", contenenti un numero diverso di contributi, ma sostanzialmente equivalenti nella struttura complessiva del volume. Uno dei suoi pregi risiede nell'annoverare studiosi di diverse discipline (oltre al diritto internazionale e al diritto UE, si tratta di: diritto pubblico comparato, procedura penale, diritto finanziario, diritto penale, diritto civile, diritto privato, diritto della navigazione, ma anche

filosofi ed etica, ingegneria sanitaria-ambientale e le già richiamate relazioni internazionali e informatica) e pratici, impegnati in numerosi ambiti correlati al contrasto alla criminalità organizzata transnazionale (magistrati, avvocati, rappresentanti delle forze di pubblica sicurezza e diplomatici). Un altro pregio è il coinvolgimento, accanto a studiosi italiani, di alcuni accademici stranieri, accomunati da affini interessi scientifici e con i quali vi è una propizia occasione di dialogo e confronto; lo stesso può dirsi per la partecipazione, accanto a studiosi di consolidata esperienza, di ricercatori più giovani, salernitani, ma non solo, che trovano in questo volume una utile occasione per misurarsi con temi e questioni di non facile approfondimento.

La parte I raccoglie sette contributi e, coerentemente con l'idea che guida il progetto EU-GLOBACT, inserisce il ruolo dell'UE nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale nell'ambito della già richiamata azione esterna dell'Unione, che è uno dei maggiori soggetti coinvolti nella cooperazione internazionale a tale riguardo. Gli autori che contribuiscono a questa parte – Franco Roberti, Paolo Bargiacchi, Lorenzo Bernardini, Anja Matwijkwi, Mauro Menicucci, Giovanna Naddeo e Anna Oriolo – affrontano temi diversificati, dalla ricostruzione del quadro storico relativo al progressivo coinvolgimento dell'UE nel contrasto alla criminalità transnazionale, all'importanza che a tal fine svolgono le sanzioni UE (sia quelle economiche, sia quelle PESC), all'impegno della stessa Unione nel contrastare il traffico illecito di esseri umani, uno dei crimini più gravi e offensivi della dignità degli individui. A tale riguardo, si segnala per profondità di analisi il contributo di Anna Oriolo, che chiude questa parte, dedicato all'approccio *human-rights based* dell'Unione nell'azione globale per la sicurezza comune, che per l'A. consiste in una evoluzione rispetto al tradizionale *criminal justice approach* (p. 181 ss.), attraverso la valorizzazione del ruolo della Corte di giustizia UE al fine di «bilanciare le misure di contrasto ai crimini transnazionali con le garanzie individuali» (p. 210).

La parte II del volume racchiude dieci contributi, affidati ad altrettanti autori (Angela Di Stasi, Domenico Albanese, Rocco Alfano, Stefano Busillo, Vittorio Cama, Girolamo Daraio, Francesco Di Paola, Angela Festa, Alessandro Rosanò, Antonino Sessa) e, come accennato, si focalizza sugli strumenti di prevenzione e repressione dei crimini transnazionali, utilizzando al meglio a tal fine

la cooperazione giudiziaria penale e processuale penale che si realizza nell'ambito dell'Unione europea. I contributi affrontano argomenti più "classici", come il mandato di arresto europeo e l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati UE, talora rivisitandoli alla luce dell'attualità (si pensi al capitolo su Eurojust e i crimini russi in Ucraina, a quello che evoca il "codice rosso" internazionale per i maltrattamenti nei confronti delle donne migranti e a quelli sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca e sull'esecuzione della pena all'estero in regime alternativo alla detenzione carceraria); ovvero, come nel caso di Stefano Busillo, sono dedicati a tematiche di prospettiva, come la proposta di regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali (divenuta il regolamento 2024/3011 del 27 novembre 2024, che sarà operativo nel 2027). Filo conduttore di questa parte del volume è l'attenzione per il rispetto dei valori comuni dell'Unione europea, cui è specificamente dedicato il saggio introduttivo di Angela Di Stasi, che ricostruisce i caratteri fondanti della cooperazione giudiziaria in materia penale e la sua inclusione nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, elemento saliente dell'Unione europea emersa con il Trattato di Lisbona; l'A. riflette su questi temi anche alla luce del recente conflitto armato russo-ucraino, sottolineando come i suoi effetti «rischiano di riverberarsi sul conseguimento dell'obiettivo generale dell'Unione europea di promozione della pace» (p. 232).

3. La parte III contiene anch'essa dieci contributi, dedicati a profili ambientali, di sostenibilità e di tutela del patrimonio culturale nel più ampio contesto del contrasto alla criminalità organizzata transnazionale; si pensi al "turismo" dei rifiuti, agli illeciti alimentari, al traffico di beni culturali. Gli autori dei dieci capitoli (Cosimo Risi, Cristiano Aliberti, Grazia Bruzzese, Morgane Cano Dominguez, Giovanni De Feo, Virginie Mercier, Carmine Renzulli, Emanuele Vannata, Antonio Vecchione e Patrizia Vigni) affrontano da differenti prospettive questioni di grande attualità, mostrando nitidamente sia l'importanza dell'azione dell'UE nel contrasto al crimine transnazionale, sia alcuni limiti che ancora ne ostacolano la piena efficacia, dovuti sia al permanere di regole e sensibilità diverse negli Stati UE, sia a comportamenti talora "disinvolti" degli attori privati, in particolare di alcune imprese, il cui comportamento mostra uno iato rilevante tra

gli impegni assunti e quelli mantenuti. Al riguardo, oltre ai contributi di Grazie Bruzzese e di Virginie Mercier, è meritevole di menzione il capitolo scritto da Emanuele Vannata, che non si limita a considerare il cambiamento climatico, ma si sofferma su un reato che sta attirando sempre maggiore attenzione in dottrina e in alcune legislazioni statali, quello di ecocidio (p. 582 ss.), avanzando anche una interessante proposta di inserire i crimini ambientali tra quelli di competenza della recentemente istituita Procura europea (p. 593).

4. La parte IV, che chiude il volume, è dedicata ai numerosi profili che mettono in relazione criminalità transnazionale e cyberspazio. In questa ultima parte sono concentrati tredici contributi (oltre ai già richiamati capitoli scritti dagli informatici e dagli studiosi di relazioni internazionali, esso include quelli di Andrea R. Castaldo, Maria Elena Castaldo, Fabio Coppola, Giovanni De Bernardo, Anna Iermano, Daniela Marrani, Roxana Matefi, Michele Nino, Gianpaolo Nuzzo e Bianca Rinaldi), che spaziano dall'Intelligenza artificiale - le alle comunicazioni elettroniche, dai discorsi di odio *online* al processo penale telematico e alla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria. Gli autori mostrano allo sguardo del lettore un panorama ampio in merito alla profonda incidenza che l'era digitale sta avendo su ampi e numerosi settori del diritto e, più in generale, della società, a fronte della quale l'ordinamento giuridico (nazionale, europeo e internazionale) costituisce una sovrastruttura. Si tratta di un'analisi in chiaroscuro, poiché mette in evidenza potenzialità e rischi di questo cambiamento, come efficacemente reso da Andrea R. Castaldo nel suo contributo, laddove la diffidenza per l'Intelligenza artificiale, cui può accompagnarsi l'intelligenza criminale, non deve produrre una reazione improntata alla paura, ma una soluzione da raggiungere con «il ragiona-

mento lucido» (p. 644). Lo stesso approccio guida le riflessioni di Roxana Matefi, che ragiona criticamente sul possibile impatto dell'Intelligenza artificiale sul godimento di alcuni diritti umani fondamentali (p. 765) e, in termini diversi, quelle di Michele Nino, che nel suo contributo focalizza l'analisi sul bilanciamento tra libertà di espressione e limiti alla stessa in caso di discorsi di incitamento all'odio, sempre più veicolati attraverso il cyberspazio (770 ss.), questione che chiama in causa non solo le pubbliche autorità, ma le imprese private, che lo gestiscono e lo condizionano. A tale riguardo, pienamente condivisibile risulta la conclusione cui perviene l'A., secondo cui «la sinergia tra Stati e imprese operanti nel settore tecnologico potrebbe rappresentare uno strumento fondamentale per prevenire e reprimere i discorsi d'odio, garantendo in definitiva il necessario equilibrio tra il diritto individuale ad esercitare la libertà di espressione [...] e il diritto di ogni individuo a non essere sottoposto a discorsi d'odio o incitamento alla violenza» (p. 788 s.). Si conferma quindi l'esigenza, anche in tale contesto, di un bilanciamento tra esigenze diverse e talora contrapposte, con il legislatore, a ogni livello (nazionale, europeo, internazionale), che è chiamato a effettuare scelte non agevoli. Esse tanto più saranno efficaci quanto maggiore sarà la cooperazione tra un ampio e qualificato numero di soggetti, statali e privati.

Da quanto precede e alla luce della quantità, qualità e varietà dei contributi contenuti in quest'opera collettanea, non si può che plaudere alla grande capacità dei curatori, *in primis* di Anna Oriolo, di valorizzare il progetto EU-GLOBACT al fine di fornire agli studenti, in primo luogo, ma di riflesso anche agli studiosi e ai pratici, un prezioso strumento di approfondimento e riflessione su un ventaglio ampio e complesso di questioni giuridiche attuali.

JÉSSICA MARQUES FERREIRA. *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas – Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu*. Coimbra, Almedina, 2024, 202 pp.

DULCE LOPES

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

DOI: 10.20318/cdt.2025.9397

1. A presente recensão à publicação de Jéssica Marques Ferreira, feita por quem arguiu a Dissertação de Mestrado que vê agora a estampa, enche de regozijo a ora autora, que teve a oportunidade de debater com a então candidata questões de extrema importância para a evolução do Direito Internacional Privado no plano europeu e global.

2. A publicação encontra-se dividida em três capítulos (ao que acresce uma introdução e reflexões conclusivas), bem organizados e com uma cadência adequada ao tratamento da questão colocada: a de saber em que medida a nacionalidade é a conexão idónea a reger as relações jurídicas plurilocalizadas.

3. O primeiro capítulo debruça-se sobre o estatuto pessoal, sua origem e significado. A polissemia do conceito de estatuto pessoal é abordada bem como a sua extensão, dando conta que em causa estão as questões mais intimamente ligadas à pessoa e à sua identidade. Entre a nacionalidade e o domicílio (e, bem assim, a residência habitual), a Autora explora as vantagens e desvantagem de cada uma destas opções em particular na sociedade “líquida” contemporânea, cada vez mais multicultural e diversa. Na impossibilidade de uma opção inequívoca e generalizada por uma destas vias de regulação do estatuto pessoal, a Autora explora a possibilidade de autonomia conflitual e, sobretudo do reconhecimento de direitos adquiridos, que deverá ter em consideração as soluções apontadas pela aplicação da lei da nacionalidade e pela lei da residência habitual.

4. Apesar de já ter adentrado nas soluções previstas no Direito da União Europeia e ter explo-

rado algumas opções de direito comparado, no segundo capítulo a Autora centra-se, ainda que de forma sucinta, na análise dos regulamentos europeus em matéria de direito internacional privado atinentes ao estatuto pessoal.

5. O terceiro capítulo que é, afinal, a “joia” da publicação objeto desta recensão e que ocupa a maioria das suas páginas, começa com uma análise dos conflitos positivos de nacionalidades no direito português, criticando a solução prevista no artigo 27.º da Lei da Nacionalidade – que, contudo, não é uma opção isolada no plano internacional –, essencialmente por esta poder não conduzir à aplicação da lei mais efetiva e que melhor corresponde à identidade pessoal do plurinacional. Faz igualmente a análise dos conflitos positivos de nacionalidades no âmbito do divórcio e separação judicial internacionais, em que é a própria autonomia conflitual – se exercida, bem compreendida e aplicada – que permite resolver as questões colocadas por situações de plurinacionalidade. Seguidamente, o Regulamento das Sucessões é o objeto de estudo da Autora. Apesar de neste instrumento comunitário a opção primária passar pela aplicação da lei da residência habitual do *de cuius*, a nacionalidade não perde a sua relevância pois poderá ter sido a escolhida pelo próprio para reger a sua sucessão. Também aqui, em casos de plurinacionalidade, a escolha da nacionalidade “querida” (que não tem de ser necessariamente a nacionalidade efetiva) pelo *de cuius* resolve o problema da aplicação da lei da nacionalidade (tratando-se de situações de falso ou aparente conflito de nacionalidade). Não sem que a Autora se debruce sobre temas que ainda continuam a ser contenciosos, como a escolha tácita da lei da na-

cionalidade, com a qual discorda. Neste périplo por dimensões relevantes do estatuto pessoal reguladas, ainda que parcialmente, ao nível europeu, debruça-se posteriormente a Autora sobre os conflitos positivos de nacionalidades no âmbito dos regimes matrimoniais e das parcerias registadas, essencialmente colocando as mesmas questões neste âmbito e respondendo-lhes igualmente de forma bem alicerçada.

6. Um das últimas considerações são devidas à nacionalidade como critério de competência internacional e aos princípios gerais da União Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. O diálogo que enceta com o Direito da União Europeia e, em especial com a jurisprudência do seu Tribunal de Justiça (entre outros com os Acórdãos *Micheletti*, *Mesbach*, *Garcia Avello*, *Grunkin Paul*, *Hadadi* e *Devred*) é virtuoso, assinalando a necessidade de uma interpretação autónoma do direito da União, mas também criticando a circunstância de este direito não ter, na base, um entendimento harmonioso (havendo, ao invés incoerências sistemáticas) sobre as questões de referência à nacionalidade e, em especial, às situações de plurinacionalidade. Ressalta, com particular interesse, a proposta de que a solução – pelo menos por ora – poderá passar por os Estados reconhecerem situações jurídicas constituídas à

luz da lei da nacionalidade ou da lei da residência habitual, assegurando-se, assim, uma conjugação com os princípios da identidade e mobilidade relevantes ao nível da União Europeia e da liberdade de escolha da pessoa.

7. Extremamente esclarecedora é, ademais, a exposição que a Autora faz das soluções diferenciadas em situações comunitárias e extracomunitárias e a sua proposta de que nem sempre, naquelas primeiras, tenha de prevalecer a nacionalidade de um dos Estados europeus, mas sim a nacionalidade efetiva. Por último, uma menção é devida à forma como a Autora integra no seu texto a explanação de situações concretas que podem suscitar perplexidades, o que demonstra um apurado sentido prático aliado a um sólido conhecimento jurídico, que fazem da Autora e desta sua publicação uma referência nacional, mas também internacional, em matéria de nacionalidade e plurinacionalidade.

8. Comprova-se com esta publicação, como resulta das reflexões conclusivas da Autora, que a nacionalidade é um elemento de conexão que está bem vivo e que deve ser valorizado e estudado e, além do mais, que o Direito Internacional Privado em Portugal, com publicações como estas, está bem e recomenda-se.

V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO. *Subjetividad de la Santa sede en la sociedad internacional. Estudio de sus fundamentos históricos y jurídicos*. Aranzadi, Madrid, 2024, 215 pp.

ANA MANERO SALVADOR
Universidad Carlos III de Madrid

DOI: 10.20318/cdt.2025.9398

1. La obra *La subjetividad de la Santa Sede en la Sociedad Internacional* constituye una valiosa contribución al campo del derecho internacional, al abordar de manera sistemática un tema tan clásico como estructural en este ámbito: la subjetividad internacional de la Santa Sede. Este concepto, que amalgama historia, derecho y diplomacia, sigue siendo un eje clave para comprender las relaciones internacionales y el posicionamiento único de la Santa Sede en el escenario global. Dividida en dos partes principales, la monografía combina el análisis histórico y jurídico con una exploración de la efectividad práctica de la subjetividad internacional de la Santa Sede.

2. El interés de esta obra radica en su capacidad para vincular pasado y presente, teoría y práctica, y en su enfoque interdisciplinar que atraerá tanto a especialistas en derecho internacional como a historiadores, diplomáticos y estudiosos de las relaciones internacionales. La obra objeto de reseña ofrece en este sentido un análisis, desde el punto de vista del derecho internacional público, de una de las cuestiones que mayor controversia suscitó en las postrimerías de la sociedad internacional clásica, en concreto desde 1870 hasta 1929. Y es que, la preexistencia de la Santa Sede tras la reunificación italiana y la desaparición de los Estados Pontificios representó una anomalía en los parámetros tradicionales de la lógica westfaliana, dando lugar a una larga controversia entre el Reino de Italia y el papado. En este sentido la obra ofrece un estudio monográfico plenamente justificado en la medida en que trata de explicar los fundamentos jurídicos que dieron lugar al mantenimiento de la personalidad jurídica de la Santa Sede en el plano internacional a pesar de la

desaparición de su territorio. Si el Estado era el modelo clásico de sujeto internacional, fue precisamente la desaparición de la base territorial de la Santa Sede y la efectividad de sus prerrogativas como sujeto (*ius legationis, ius ad tractatum...*), lo que han justificado la redefinición de los límites de su subjetividad. Y es que, la condición de sujeto en el plano internacional lleva aparejada una serie de consecuencias, en la medida en que quien está en posesión de su estatuto se convierte en destinatario de sus normas y obligaciones derivadas del orden internacional. La Santa Sede constituye, en este sentido, una interesante excepción a la regla general de la subjetividad internacional, en la medida en que *de facto* ha proyectado las prerrogativas propias de los sujetos primarios del derecho internacional (los Estados) sin tener los tres elementos que, tradicionalmente, se han exigido para ello: pueblo, gobierno y territorio.

3. La primera parte, titulada *Fundamentos Jurídicos e Históricos de la Subjetividad Internacional de la Santa Sede*, establece el marco conceptual y evolutivo de esta figura en la sociedad internacional. En el capítulo primero, se profundiza en la relación entre la Santa Sede y el Estado de la Ciudad del Vaticano, subrayando cómo ambos interactúan en su calidad de sujetos internacionales. A continuación, el capítulo segundo rastrea la evolución histórica de esta subjetividad, destacando hitos fundamentales que han consolidado su posición única en el derecho internacional. En este sentido, en un esfuerzo de clarificar y evitar confusión en la obra se defiende con argumentos jurídicos la compatibilidad de la subjetividad internacional de la Santa Sede con la del Estado de la Ciudad del Vaticano (ECV), calificada doc-

trinalmente (al menos en derecho internacional) como *funcional*. Precisamente para fundamentar esta idea en el capítulo segundo se analiza en la obra la historia de los Estados Pontificios, los cuales son, como advierte el autor, el antecedente histórico (y no jurídico) del nuevo Estado Vaticano, en la medida en que es el primer Estado en el que la Santa Sede ejerce su poder terrenal. Y es que, como se expone en la obra, el Estado de la Ciudad del Vaticano tiene su origen en un acuerdo de voluntades de dos sujetos de derecho internacional (el Reino de Italia y la Santa Sede) que se plasma en un acuerdo convencional, los tratados de Letrán. Este hecho confirma, por una parte, la preexistencia misma de la subjetividad internacional de la Santa Sede y la excepcionalidad del nuevo sujeto. Estamos pues ante dos sujetos independientes de derecho internacional, que cuentan con diferentes ordenamientos jurídicos, pero que, sin embargo, comparten un mismo soberano (el Papa), el cual posee la plenitud del poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional del nuevo Estado, así como un mismo órgano para la representación en el contexto internacional, la Secretaría de Estado de la Santa Sede. En la obra se subraya que el nacimiento del Estado de la Ciudad del Vaticano y su consiguiente subjetividad lejos de ser simbólico, es muy importante desde el punto de vista del derecho internacional, ya que su existencia permite a la Santa Sede participar en foros y organizaciones internacionales en los que la membresía exige el carácter territorial propio de la estatalidad.

4. La segunda parte de la obra (*La efectividad de la subjetividad de la Santa Sede en la Sociedad Internacional*) se centra en las manifestaciones de la subjetividad de la Santa Sede en el contexto internacional (capítulo tercero) así como su comportamiento en la sociedad internacional contemporánea (capítulo cuarto). De este modo, el autor hace

un extenso análisis de las manifestaciones de efectividad a lo largo de la historia y, especialmente, desde 1870 a 1929, periodo en el que a causa de la *Cuestión Romana* la Santa Sede se vio cuestionada por el Reino de Italia en foros internacionales. Asimismo, en el capítulo cuarto (*La Santa Sede y el Estado Ciudad del Vaticano en la Sociedad Internacional Contemporánea*) se estudia cual es el origen de la neutralidad internacional de la Santa Sede y del Estado del Vaticano (cuestión tradicional abordada por la doctrina internacionalista) y también se reflexiona sobre la acción política decidida de los papas durante la guerra fría en el proceso de construcción del nuevo orden europeo. Finaliza este capítulo con un interesante análisis de la política exterior del actual papa (Francisco), quien, como se afirma en el último capítulo, ha iniciado un línea de reformas (interna y externa) marcadas por la “búsqueda de las periferias” y el “abandono de la centralidad europea”.

5. Las conclusiones sintetizan con acierto los aportes de la obra, subrayando la relevancia del estudio de la Santa Sede como sujeto internacional. Una de las fortalezas de la obra es el hecho de que, tratándose de una investigación realizada desde el derecho internacional, no se ignorado ni o silenciado cuestiones que afectan a otras disciplinas indispensables para la comprensión holística del tema objeto de análisis. Es significativo, en este sentido, el hecho de que la doctrina internacionalista en España no le ha dedicado especial atención a un tema tan nuclear como es el de la subjetividad de la Santa Sede. En definitiva, esta monografía no solo se erige como una obligada referencia académica, sino que también invita a reflexionar sobre cómo las estructuras tradicionales del derecho internacional se adaptan y evolucionan en el contexto global contemporáneo de cada vez mayor complejidad.

D. CARRIZO AGUADO. *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico externo*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2024. ISBN: 9788410295353

MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Vigo
ORCID ID: 0000-0001-8116-4549

DOI: 10.20318/CDT.2025.9399

1. Genera doble agrado escribir esta breve reseña acerca del reciente trabajo del profesor de la Universidad de León, DAVID CARRIZO AGUADO. Por un lado, porque, con su publicación, cubre la laguna pendiente en torno a un tema tan interesante como complejo, sobre el que apenas constan obras específicas, no solo a nivel nacional, sino incluso internacional. Y, por otro lado, por su valentía al abordar -y su contundencia al resolver- el objeto de una investigación cuyo éxito venía fuertemente condicionado *ab initio* por el condicionante ya expuesto, aunque, por fortuna, la ha rematado de forma brillante. Vaya entonces por delante que un comentario de la naturaleza del presente -dadas las lógicas limitaciones de espacio- no puede hacer tanta justicia a esta obra como ella merece. Queda, eso sí, el consejo de recomendar vivamente su lectura.

2. Lo primero que llama la atención del trabajo son las casi cincuenta páginas de bibliografía manejada, considerando, en particular, la ya referida escasez de materiales específicos sobre el objeto concreto del estudio; hecho que da idea del esfuerzo invertido y que ha quedado reflejado en la profusión de citas, por lo que el número real de páginas no acredita bien la amplitud e intensidad del estudio, dividido en seis capítulos, aunque los dos primeros, de corte más bien introductorio, quizás pudieran haberse fundido en uno solo. En todo caso, los capítulos cuarto a sexto, ambos inclusive, son los que presentan primordial interés para el Derecho internacional privado; por lo cual, las siguientes líneas se centrarán sumariamente en ellos.

3. El capítulo cuarto se refiere a las relaciones económicas entre los cónyuges, con un intenso

tratamiento del Reglamento (UE) 2016/1103, tanto desde la perspectiva de la competencia judicial internacional como del Derecho aplicable; pero que, al contemplarlo desde el particular prisma que refleja el objeto específico o (los protocolos familiares), permite observar este Reglamento bajo una luz diferente y novedosa. Aunque, quizás, la parte más interesante del capítulo es la final, dedicada a las capitulaciones matrimoniales; asunto que, pese a revestir gran interés, no ha sido tratado con excesiva frecuencia por la doctrina internacional privatista nacional (y menos desde la perspectiva aquí adoptada por el autor).

4. El capítulo quinto puede considerarse, a juicio de quien suscribe, el corazón de la obra. Aquí se aborda la compleja cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los protocolos familiares, en el marco de los pactos parasociales; con las consecuencias que se derivan de ello, dada su peculiar calificación (que incluye la doble perspectiva, por un lado, del negocio societario y, por otro lado, del contrato en que se encarna), para el análisis de los problemas propios y clásicos de Derecho internacional privado abordados en la segunda parte del capítulo; esto es, de nuevo, la competencia judicial internacional, tratada con gran detalle, así como la ley aplicable, expuesta desde la perspectiva tanto europea como interna.

5. El último capítulo se dedica a una de las cuestiones de mayor relevancia práctica en relación con el objeto de estudio: la transmisión mortis causa de la empresa familiar. Discurre, en su mayoría, acerca de la aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones. Así, tras abordar el problema que plantea la exclusión del Derecho societario del ám-

bito de aplicación de dicho instrumento, se tratan las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, prestando especial atención a los distintos foros presentes, y concluyendo con el régimen de ley aplicable, donde exhibe particular valor el análisis de los pactos sucesorios y su incidencia en la transmisión mortis causa de la empresa familiar desde el punto de vista transfronterizo.

6. En suma, nos encontramos ante una obra cuya complejidad y atractivo corren paralelos al esfuerzo empleado en su elaboración, primorosa-

mente escrita y con un grado de documentación que la convierte en un trabajo de referencia a nivel nacional e internacional; cubriendo así un clamoroso vacío doctrinal que el autor ha sabido cubrir a la vez que reclamar como espacio propio. En un momento como el actual, donde todo parece ya estudiado -o sólo se estudia lo que está de moda-, que se publiquen obras como ésta es motivo, por todo lo expuesto, de regocijo y de celebración; junto con el presagio de un brillante futuro académico para su artífice, a quien se anima desde aquí a continuar por tan fructífero camino.

MARÍA CHIARA MARULLO

Profesora Permanente Laboral UJI de Derecho Internacional Privado

DOI: 10.20318/CDT.2025.9400

1. La Revista Española de Empresas y Derechos Humanos, primera especializada en España sobre esta materia, nace con la finalidad de contribuir en la protección de los derechos humanos, medio ambiente y recursos naturales mediante la investigación transdisciplinar en estas materias, que incluye estudios de las diferentes ramas jurídicas y de campo. En este marco, el Derecho tiene un papel central para garantizar respuestas más justas y equitativas, ofreciendo respuestas más adecuadas y solidarias para los colectivos más afectados por los impactos negativos derivados de las actividades empresariales. En un contexto donde las empresas multinacionales tienen impactos considerables en las comunidades y el medio ambiente, una revista especializada puede proporcionar un espacio para la difusión de propuestas innovadoras en términos de regulación y buenas prácticas. Esto puede ser clave para influir en el desarrollo de nuevas normas que aseguren un mayor cumplimiento de los estándares de derechos humanos en el ámbito corporativo.

2. Esta revista, que tiene un comité editorial de primer orden, ofrece, sin duda, un espacio novedoso para profesionales, investigadores, estudiantes, personas y organizaciones no gubernamentales interesadas en profundizar en esta temática y posee el potencial para posicionar, en el debate español, algunos aspectos concretos surgidos de la interacción entre los negocios y la sostenibilidad ambiental, social y económica. Pese a ser una publicación muy reciente, el primer número salió en julio 2023, tiene el objetivo de llegar a ser una revista destacada, como lo demuestra su reciente incorporación en el Sistema de revistas OJP que establece una recepción de los artículos totalmente anónima y una revisión por pares previamente seleccionados y aprobados.

3. En los primeros tres números encontramos 19 artículos que los autores y las autoras han dedicado al análisis de las recientes necesidades e inquietudes sobre esta materia y en los que confluye diversos componentes que conforman un panorama de especial complejidad. Estos componentes, a mi entender, se analizan desde una perspectiva transversal y transdisciplinaria, promoviendo un diálogo constante entre diversas disciplinas de las ciencias sociales, especialmente en áreas del derecho como el derecho público, el derecho privado y el derecho comparado.

4. A modo de ejemplo, destaco los artículos del último número, cuyas contribuciones son fundamentales en el contexto actual y plantean interrogantes que, sin duda, impulsarán el debate entre los especialistas en la materia. En la introducción, a cargo de la Profesora, Márquez Carrasco, el prestigioso jurista D. Schönfelder y yo misma, sobre la reciente adopción de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, se abordan los aspectos más destacados de la norma, centrando la atención sobre su futura transposición en el ordenamiento español y su relevancia, en particular, aunque no exclusivamente, para las empresas españolas. Esta Directiva se enmarca en un esfuerzo global liderado por quienes promueven la integración de los derechos humanos y el medio ambiente en las prácticas empresariales, buscando imponer obligaciones de diligencia debida con carácter vinculante. Una vez transpuesta a las legislaciones nacionales en los próximos dos años, tanto las empresas de la UE como las de fuera de ella que queden bajo el ámbito de aplicación de la norma, deberán cumplir con un conjunto de obligaciones en materia de derechos humanos y medioambientales y desarrollar planes de acción climática. Las autoridades administrativas super-

visarán el cumplimiento de estas obligaciones y sancionarán su incumplimiento, sin perjuicio de otros mecanismos aplicables cuando este último cause un daño.

5. Por su parte, la Profesora Pretelli aborda el tema de conducta empresarial responsable, los derechos fundamentales y el desarrollo sostenible, ofreciendo una panorámica general y ahondando en las principales tendencias legislativas en esta materia desde una perspectiva de derecho comparado. Cuando hablamos de la conducta empresarial responsable, nos referimos a las estrategias para alinear la actividad empresarial con los valores sociales, económicos y ambientales, lo cual es fundamental para la sostenibilidad a largo plazo y para generar confianza entre los stakeholders. Luego de ello, el tercer trabajo corresponde al Profesor Garro y es relativo a la importancia del *Alien Tort Statute* de los Estados Unidos en la responsabilidad social corporativa por las violaciones del derecho de gentes. Este Acta de 1789, ha sido clave en la discusión sobre la responsabilidad legal de las corporaciones por abusos a derechos humanos, siendo la base de numerosas demandas contra corporaciones estadounidenses y extranjeras, por su participación o complicidad en violaciones de derechos humanos cometidas fuera de los Estados Unidos.

6. El siguiente estudio a cargo del profesor Carrillo Pozo, nos ofrece un acercamiento a la propuesta europea de norma para luchar contra la práctica de trabajo forzoso. Con ella, la Unión Europea ha dado un paso significativo en la lucha contra tal trabajo, prohibiendo la comercialización de productos fabricados bajo esta práctica. Esta norma faculta a las autoridades de la Unión Europea y de sus Estados Miembros a investigar las cadenas de suministro y a identificar a los productores involucrados. Si se confirma la implicación de alguna empresa o producto, estos deberán ser retirados del mercado europeo. En otro orden, la Profesora Camarero Suárez nos presenta un detallado estudio relativo a la defensa de las creencias de grupos vulnerables en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. La defensa de las creencias de grupos vulnerables es un área crucial para garantizar la igualdad, la diversidad y la inclusión. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos establecen que las empresas deben respetar los derechos hu-

manos, prevenir daños y remediar cualquier impacto negativo en las comunidades vulnerables. Las empresas deben realizar debida diligencia para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos, asegurando también que las creencias y prácticas de los grupos vulnerables sean respetadas en todo momento y fomentando el diálogo con los grupos afectados.

7. Por su parte, la Profesora Ortiz-Arce Vizcarro, analiza el marco regulatorio del comercio internacional ante la necesidad de salvaguardar unos estándares adecuados de comportamiento empresarial que garanticen la protección de los derechos humanos y del medio ambiente. El reto de la nueva regulación, la Directiva (UE) 2024/1760, comporta una firme voluntad hacia una protección más amplia, efectiva y justa, coherente con los objetivos de la Unión Europea. Finalmente, la Profesora Lannier aborda las medidas que las empresas deben seguir para identificar, prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos que sus actividades puedan tener sobre los derechos humanos y en particular la trata de seres humanos.

8. En definitiva, y con todo lo dicho, la nueva revista jurídica en materia de empresas y derechos humanos pensamos que puede contribuir de forma destacada al debate académico. Esta revista tiene, además, el potencial de convertirse en un punto de encuentro para diversos actores clave, como juristas, académicos, instancias de poder político y legislativo, empresas y organizaciones civiles. Al proporcionar un espacio accesible para el intercambio de ideas, podrá facilitar una comprensión más profunda de las responsabilidades empresariales. Al abordar las implicaciones jurídicas de las decisiones empresariales, también constituye una herramienta clave para fomentar prácticas empresariales más sostenibles pudiendo motivar a las empresas, y especialmente a las multinacionales, a adoptar buenas prácticas más respetuosas y a ser más transparentes en su gestión. Y doy término ya a estas páginas mencionando el potencial que conlleva respecto de la formación de estudiantes, investigadores, abogados y profesionales, con la aspiración de formar una nueva generación de juristas más sensibilizados ante estos importantes problemas, actualmente uno de los centros principales de atención para la comunidad internacional.

CARRUTHERS, JANEEN M./ LINDSAY, BOBBY W.M. (Eds.). *Research Handbook on International Family Law*, Edward Elgar, Cheltenham (United Kingdom), 2024. ISBN: 978-1-80220-741-5.

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: 10.20318/cdt.2025.9403

La obra *Research Handbook on International Family Law* es un estudio detallado y pormenorizado de las relaciones de familia que afectan a menores y a adultos. Se trata de un análisis, desde una perspectiva global, realizado por profesores y profesionales del Derecho de procedencias muy variadas.

El libro se divide en tres partes. En la primera de ellas se pone el foco en los menores de edad en un contexto transnacional. En la segunda, el objeto de estudio son los adultos en este escenario, también, global. Por último, en la tercera parte se analiza la perspectiva más práctica, de la aplicación y el tratamiento que hacen los tribunales de justicia de la normativa existente. En todas ellas, el común denominador es el elemento de extranjería que debe aparecer en la relación jurídica en cuestión para que se sitúe en un contexto transnacional y sea objeto, por tanto, del Derecho Internacional Privado. Como dicen los editores del libro en el primer trabajo del mismo, en el que los autores introducen la parte primera dedicada a los menores, el enfoque de la obra es el contexto transnacional y la perspectiva de Derecho Internacional Privado y, por ello, el objetivo es analizar los tribunales competentes, la ley aplicable y el reconocimiento de las resoluciones dictadas. En este sentido, si bien todos los autores han seguido esta vertiente global, también, han podido analizar las situaciones desde su propia regulación nacional y jurisprudencial. En todos los casos, no obstante, además se ha buscado tener en cuenta la derivada del respeto a los Derechos Humanos.

Comenzando por la primera parte, en un total de ocho contribuciones se analizan las distintas situaciones por las que pueden pasar los menores en

un contexto internacional. Así, *Laura Carpaneto*, profesora de la Universidad de Génova (Italia), estudia la filiación, su relación con los Derechos Humanos y dos propuestas legislativas relativas a la materia, la de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución y la Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. De la adopción se ocupa *Onyója Momoh*, barrister y profesor en la Universidad de Aberdeen (Reino Unido). En su contribución analiza la adopción internacional y las prácticas ilícitas que en muchas ocasiones se observan en este procedimiento. También, dedica buena parte de su aportación a la prevención de las mismas. La profesora *Magdalena Pfeiffer*, de la Universidad Carlos de Praga (República Checa), centra su estudio en las dos conexiones más importantes en el ámbito del estatuto personal, la residencia habitual y la nacionalidad, poniendo de manifiesto el triunfo de la primera sobre la segunda. Del género y la identidad se encarga *Susanne Lilian Gössl*, profesora de la Universidad de Bonn (Alemania). En su contribución expone los avances que se han observado en los últimos años en esta materia y la relación del género con el Derecho Internacional Privado, especialmente, con el Derecho europeo y con los Derechos humanos. La responsabilidad parental es objeto de estudio por parte de *Kirsty J. Hood KC*, abogado en Escocia y barrister en Inglaterra y Gales. El autor se centra, fundamentalmente, en el reconocimiento y ejecución de las decisiones en esta materia y, también, expone el papel de los Derechos Humanos en estas situaciones. La profesora *Ruth Lamont*, de la Universidad de Manchester (Reino Unido), trata la protección de menores, en el Derecho europeo

y en un contexto global, y pone de manifiesto la necesaria, y escasa muchas veces, cooperación entre autoridades. Además, subraya el papel del Derecho público y los procesos en esta materia en los que una de las partes es el Estado. *Rhona Schuz*, profesora en Sha'arei Mishpat Law School (Israel), se ocupa de la relocalización de los menores tras la disolución de la relación que une a los progenitores y su impacto en las relaciones de familia. Por último, la sustracción internacional de los menores, relacionada con la migración y el asilo, es objeto de estudio por parte de *María Caterina Baruffi*, profesora de la Universidad de Bérgamo (Italia). Analiza, entre otros, el Convenio de 1980 y el Reglamento Bruselas II ter y el impacto del asilo y la protección de menores en relación con la orden de retorno.

En la segunda parte, la relativa a los adultos, a través de cinco trabajos se abordan diferentes escenarios conflictivos en los que se encuentran implicados los adultos. En concreto, *Lauren Clayton-Helm*, profesora de Northumbria Law School (Reino Unido), estudia el matrimonio, civil y religioso, y la convivencia de facto, destacando las conexiones a utilizar para conocer la validez de los primeros y el tratamiento que se realiza, en distintas jurisdicciones, de la segunda. A continuación, *Janeen M. Carruthers* y *Felicity A. Belton*, de la Universidad de Glasgow (Reino Unido), analizan los matrimonios forzados de menores desde la perspectiva de los Derechos Humanos y exponiendo, al final, la experiencia británica en relación con la criminalización de estos matrimonios. De los alimentos internacionales se ocupa *Lara Walker*, profesora en la Universidad de Warwick (Reino Unido). Lo hace, teniendo en cuenta los tres sectores del Derecho Internacional Privado, la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, en el entorno, sobre todo, europeo. En relación con la validez extraterritorial de decisiones, pone el acento en la importancia de la cooperación entre autoridades para conseguir la ejecución de las sentencias y el cobro efectivo. El penúltimo tema en esta segunda parte es el de la disolución de las parejas. Su autora es *Máire Ní Shúilleabháin*, profesora de la University College de Dublín (Irlanda). En esta contribución se explican los diferentes foros existentes en esta materia, en Derecho europeo y, también, americano, así como, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones. *Ilaria Viarengo*, pro-

fesora de la Universidad de Milán (Italia), estudia el régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las parejas de hecho registradas, en el marco de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, respectivamente.

En la tercera parte, las cinco últimas contribuciones ponen de manifiesto el tratamiento práctico de estos temas. En la primera de ellas, *David Hodson OBE*, solicitador, mediador, árbitro y profesor honorario en la Universidad de Leicester (Reino Unido), trata la resolución extrajudicial de las disputas familiares a través de ADR, destacando la mediación entre ellos. A continuación, *Bobby WM Lindsay*, profesor en la Universidad de Glasgow (Reino Unido), estudia el papel del Tribunal Supremo de Reino Unido en esta materia de Derecho de familia internacional. En este sentido, analiza de forma separada, por un lado, las relaciones de los adultos y, por otro, aquellas en las que hay niños implicados. La tercera contribución trata la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto en la aplicación del Derecho primario europeo, con sentencias relacionadas con la libre circulación de personas -*García Avello*, *Grunkin-Paul*, *Coman*, *Pancharevo*, entre otras- o con la no discriminación por razón de nacionalidad -*Hadadi* o *García Avello*, por ejemplo-, como en relación con el Derecho secundario. La autora de esta parte es la única que procede de una Universidad española, se trata de la *Cristina González Beilfus*, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona. La profesora subraya el papel uniformizador del Tribunal de Justicia, apuesta por la cooperación con terceros Estados y pone de manifiesto la importancia de los principios con los que se ha construido la actual Unión Europea, entre otros, el mutuo reconocimiento y la confianza leal de los Estados miembros. La cuarta contribución hace lo propio con el Tribunal Supremo de Estados Unidos. *Ann Laquer Estin*, profesora en Iowa College of Law (USA), expone y analiza los casos *Abbott v. Abbott*, *Chafin v. Chafin*, *Lozano v. Montoya Álvarez*, *Monasky v. Taglieri* y *Golan v. Saada*, sobre sustracción internacional de menores en el marco de la Convenio de La Haya de 1980. Por último, en el quinto trabajo las profesoras *Verónica Ruiz Abou-Nigm* y *María Mercedes Albornoz*, de la Universidad de Edimburgo (Reino Unido) y del Centro de Investigación y Docencia Económicas (México), respectivamente, estudian la relación

del Derecho de familia internacional de América Latina con los objetivos de Naciones Unidas de desarrollo sostenible para el año 2030.

Como vemos, se trata de un análisis riguroso de las distintas aristas que presentan estas situaciones de Derecho de familia internacional. Los diferentes trabajos de la obra constituyen un crisol a través del cual desaparecen las sombras y se ilumina nítidamente el objeto de estudio. Tras la lectura del libro se obtiene una visión completa y clara del Derecho de familia internacional. La obra pone de manifiesto la dificultad que plantea

el estudio de estas situaciones de familia con elemento de extranjería y, a su vez, la facilidad con la que se pueden entender los problemas y las soluciones a las mismas cuando son expertos en la materia, con dotes de comunicación y capacidad didáctica, los que las trabajan y las explican. El libro, por último, representa la actualidad del Derecho de familia internacional, desde un punto de vista temporal y espacial, es un exponente más del interés que esta materia suscita, a nivel global y por parte de los mejores profesionales en la materia, académicos y operadores jurídicos.