

Derecho internacional privado

Profesora Ana Mercedes Lopez Rodríguez

Universidad Loyola Andalucía

ÍNDICE

Tema 1. Introducción al Derecho Internacional Privado

1. Las relaciones jurídico-privadas internacionales como objeto del DIPr.
    - 1.1. Consideraciones introductorias.
    - 1.2. Análisis de los elementos configuradores (carácter privado, elemento extranjero).
2. El contenido del Derecho Internacional Privado.
    - 2.1. Concepciones en presencia.
    - 2.2. Análisis y presentación genérica del contenido (Competencia, Ley aplicable, Eficacia extraterritorial).
3. Las Fuentes del Derecho Internacional Privado.
    - 3.1. DIPr. de producción interna (Incidencia de la Constitución).
    - 3.2. DIPr. convencional (Organismos internacionales: Conferencia de La Haya, UNCITRAL).
    - 3.3. DIPr. de la Unión Europea (Efecto de las normas europeas).
4. La europeización del DIPr.

Tema 2. La Competencia Judicial Internacional

1. Noción.
2. Caracteres generales de su regulación.
3. Límites impuestos por el Derecho Internacional Público (Inmunidad de jurisdicción y ejecución).
4. El foro como criterio atributivo de competencia judicial internacional.
    - 4.1. Concepto y tipos de foros.
    - 4.2. Naturaleza y alcance.
5. El sistema español de competencia judicial internacional.
    - 5.1. Reglamentos de la UE y Convenios.
    - 5.2. Normas de producción interna (LOPJ).

Tema 3. Régimen Comunitario de Competencia Judicial Internacional (I)

1. El Reglamento Bruselas I bis (1215/2012).
2. Ámbito de aplicación (Territorial, Material, Personal).
3. Normas reguladoras de la competencia judicial internacional.
    - 3.1. Estructura jerárquica de los foros.
    - 3.2. Competencias exclusivas.
    - 3.3. Sumisión expresa y tácita.
    - 3.4. Foro del domicilio del demandado.
    - 3.5. Foros especiales (Contractual, Extracontractual, Sucursales, etc.).
    - 3.6. Foros de protección (Seguros, Trabajo, Consumo).
    - 3.7. Medidas provisionales y cautelares.

4. Problemas de aplicación de los foros (Litispendencia y conexidad).
5. Otras normas procesales europeas en materia civil y mercantil.

Tema 4. El Régimen Comunitario de Competencia Judicial Internacional (II)

1. El Reglamento (CE) 1111/2019 (Materia matrimonial y responsabilidad parental).
2. Normas aplicables.
3. Delimitación de ámbitos de aplicación.
4. Foros en materia de crisis matrimonial.
5. Foros en materia de responsabilidad parental.
6. Foros en materia de alimentos (Reglamento 4/2009).
7. Otros foros (Reglamento 2016/1103).

Tema 5. El Régimen Autónomo de Competencia Judicial Internacional

1. Rasgos caracterizadores.
2. Los foros de competencia judicial internacional en el orden civil (LOPJ).
    - 2.1. Foros exclusivos.
    - 2.2. Foros generales (Sumisión, Domicilio).
    - 2.3. Foros especiales por razón de la materia.
3. Relaciones y estructura global de los foros.
4. Problemas de aplicación (Control de oficio, Litispendencia, Prorrogatio fori).

Tema 6. El Proceso Civil con Elemento Extranjero

1. El Derecho aplicable al proceso: *Lex Fori Regit Processum*.
2. Las partes en el proceso (Capacidad, Legitimación, Representación, Asistencia Jurídica Gratuita).
3. La asistencia judicial internacional.
    - 3.1. Notificaciones.
    - 3.2. Obtención de pruebas en el extranjero (Comisiones rogatorias).

Tema 8. Métodos de Reglamentación y Técnicas Normativas de DIPr.

1. Las normas de conflicto (Concepto, estructura, clases, caracteres y funcionamiento).
    - 1.1. Estructura (Supuesto de hecho, Punto de conexión, Consecuencia jurídica).
    - 1.2. Clases (Unilaterales/Bilaterales).
    - 1.3. Caracteres y funcionamiento (Imperatividad).
2. Las normas materiales especiales de DIPr.
3. Las normas de aplicación inmediata.
4. Las normas autolimitadas.
5. Problemas de aplicación.
    - 5.1. La calificación.
    - 5.2. La cuestión previa.
    - 5.3. El fraude de Ley.

    - 5.4. El reenvío.
    - 5.5. El orden público.
6. Aplicación del Derecho extranjero.

Tema 9. Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)

1. Introducción.
2. El Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I).
3. Ámbito de aplicación y estructura.
4. Ley aplicable.
    - 4.1. Autonomía de la voluntad.
    - 4.2. Ley aplicable en defecto de elección.
5. Contratos con parte débil (Transporte de pasajeros, Consumo, Seguros, Trabajo).
6. Otras reglas: normas imperativas.

Tema 10. Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales (Roma II)

1. Introducción.
2. El Reglamento (CE) 864/2007 (Roma II).
3. Ámbito de aplicación y estructura.
4. Norma general, reglas especiales y autonomía de la voluntad.
5. Otras reglas.
6. El Convenio de La Haya de 1971 y 1973.

Tema 11. El Régimen Jurídico de las Cosas

1. El contenido del estatuto real.
2. La ley aplicable a los bienes materiales (*Lex rei sitae*).
    - 2.1. Problemas de aplicación (Conflicto móvil, Bienes en tránsito, Medios de transporte).
    - 2.2. Conexiones especiales (Bienes culturales, Títulos valores).
3. Ámbito de aplicación de la ley de la cosa.
4. La ley aplicable a los bienes inmateriales.

Tema 12. El Estatuto Personal y la Protección de los Menores

1. El estatuto personal.
2. Determinación de la ley rectora (Nacionalidad, Residencia habitual, Apatridia, Doble nacionalidad).
3. Ámbito de aplicación de la ley personal.
4. La protección de los menores.
5. La filiación (Establecimiento, Natural, Adoptiva).
6. Los alimentos (Reglamento 4/2009 y Protocolo de La Haya).
7. La responsabilidad parental.

Tema 13. El Matrimonio

1. La celebración del matrimonio.

    - 1.1. Requisitos de fondo (Capacidad, Consentimiento).
    - 1.2. Forma de celebración (Matrimonio consular).
2. Los efectos del matrimonio (Personales y patrimoniales - Reglamento 2016/1103).
3. La separación, el divorcio y la nulidad (Reglamento 1259/2010).

Tema 14. Sucesiones

1. Unidad versus fragmentación de la sucesión.
2. El Reglamento (UE) 650/2012.
3. Competencia judicial.
4. Ley aplicable.
5. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.
6. El certificado sucesorio europeo.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 1.- INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.- Las relaciones jurídico-privadas internacionales como objeto del Derecho internacional privado; 2.- El contenido del Derecho internacional privado; 3.- Las Fuentes del Derecho internacional privado; 4.- La europeización del Derecho internacional privado

1.- Las relaciones jurídico-privadas internacionales como objeto del Derecho internacional privado

1. Consideraciones introductorias.

La existencia del DIPr. se explica por dos factores: 1) la división del mundo en Estados con legislaciones diferentes 2) la existencia de relaciones jurídicas entre los particulares que superan las fronteras estatales: estas relaciones van en aumento debido a varios factores (globalización económica, progreso tecnológico, migraciones, turismo etc.)

El Derecho internacional privado es el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales.

- Otra concepción ya superada sobre el DIPr. lo ha definido como la rama jurídica que debía determinar los límites de aplicación en el espacio de las leyes de los distintos países (concepción publicista)

La denominación Derecho internacional privado es equívoca; el DIPr. no es Derecho internacional como parte del Derecho internacional público, sino parte del Derecho estatal propio de cada Estado. Además, tampoco el calificativo de privado es exacto; las situaciones privadas internacionales producen, en ocasiones, efectos jurídicos sobre los intereses generales o públicos. Por ej, la venta de armas entre una empresa española y un empresario extranjero pueden afectar a la defensa nacional.

El DIPr. es, por tanto, Derecho estatal; es un sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que regula las situaciones privadas internacionales. En consecuencia, existe un DIPr. español, danés, francés etc. No obstante, el DIPr. se nutre de normas creadas en el ámbito interno (Leyes, Decretos etc.) y también de normas creadas en el ámbito internacional (Convenios internacionales, Reglamentos comunitarios etc.). Puesto que cada Estado dispone de su DIPr. resulta que una misma situación privada internacional puede solventarse de manera diferente por autoridades de los distintos Estados. Ello puede dar lugar al fénómeno conocido como *forum shopping*: los particulares tienden a acudir a las autoridades de un país determinado con el fin de lograr un concreto resultado jurídico que favorezca sus intereses. Este resultado se puede evitar a través de instrumentos legales internacionales que unifican las normas de DIPr. en distintos Estados.

2. Análisis de los elementos configuradores del objeto del Derecho internacional privado.

El objeto del DIPr. son las situaciones privadas internacionales.

2.1.El carácter privado de la relación jurídica.

Los sujetos de una situación jurídica privada ocupan una situación de igualdad. Participan en relaciones jurídicas horizontales. Ninguno de los sujetos intervinientes despliega poderes exorbitantes o privilegiados porque no utilizan poderes públicos. En consecuencia, el concepto de situación privada cubre las siguientes relaciones

jurídicas: a) relaciones jurídicas en las que intervienen sujetos particulares b) relaciones jurídicas en las que interviene un sujeto de Derecho público pero que actúa sin potestad de imperio

2.2. El carácter internacional de la situación. El elemento extranjero.

La distinción entre situaciones internas y situaciones internacionales es más difícil de lo que parece. Por ello, multitud de tesis doctrinales han tratado de perfilar cúando una situación jurídica privada es internacional. Las más relevantes son: a) tesis del elemento extranjero puro: una situación privada manifiesta carácter internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero – sea el que sea b) tesis del efecto internacional: una situación es internacional cuando presenta repercusión fronteriza.

No existe ninguna disposición legal en DIPr. español que indique, con carácter general, cuándo una situación privada es internacional. Sí existen ciertas disposiciones que indican en qué casos la situación es internacional en materias muy concretas. Por tanto, en general, el legislador deja la cuestión en las manos de los tribunales, que mayoritariamente sigue la tesis del elemento extranjero puro.

2.- El contenido del Derecho internacional privado

1. Las concepciones en presencia.

El DIPr. proporciona respuesta jurídica a tres grandes cuestiones: 1) ¿Qué órganos jurisdiccionales u otras autoridades públicas son competentes para resolver el problema jurídico que plantea una situación privada internacional? 2) ¿Cuál es el Derecho aplicable a la situación privada internacional? 3) ¿Cuáles son los efectos jurídicos que producen los actos y decisiones extranjeras relativas a situaciones privadas internacionales?

- Según concepciones restrictivas como la alemana, el DIPr. sólo da respuesta a la segunda cuestión: la ley aplicable (también conocida como conflicto de leyes)

- Una concepción intermedia (como la anglosajona) engloba la tres cuestiones: ley aplicable y el Derecho procesal internacional

- De acuerdo con una concepción más amplia, el DIPr. se ocupa de las tres cuestiones arriba expuestas y, además, el derecho de la nacionalidad y extranjería (concepción francesa)

2. Análisis y presentación genérica del contenido.

El contenido del DIPr. está compuesto, de este modo, por tres sectores de normas que dan respuesta a las cuestiones planteadas anteriormente:

1) Competencia judicial internacional: Es la primera cuestión que debe abordar el DIPr. Se trata de determinar si los órganos jurisdiccionales y demás autoridades de un estado son competentes para conocer de un asunto relativo a una situación privada internacional.

2) Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales: las normas del sector del Derecho aplicable tienen como objetivo determinar el régimen jurídico sustancial o de fondo de las situaciones privadas internacionales. Se trata de decidir qué concreta Ley estatal es aplicable a una situación privada internacional

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

3) Eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras: normas cuyo objetivo es determinar los efectos que pueden desplegar en un Estado concreto p.ej. en España, las decisiones extranjeras.

3.- Las Fuentes del Derecho internacional privado

El DIPr. español es una rama del ordenamiento jurídico español. Ello comporta varias consecuencias:

- Las fuentes del DIPr. español son las fuentes del ordenamiento jurídico español. Vid. Art. 1 CC, debidamente corregido por la CE 1978 y por el Derecho de la UE.
- Las fuentes del Dipr. español son tanto fuentes internas – Leyes. Decretos-Leyes, etc. - como fuentes internacionales – Convenios internacionales, Reglamentos de la UE etc.

Es por ello, que a efectos de su estudio, debe distinguirse entre: a) DIPr. de producción interna, contenido en normas elaboradas exclusivamente por el legislador español a través de los mecanismos previstos en su Ordenamiento – Leyes, decretos Legislativos, decretos-Leyes, etc. b) Dipr. elaborado por la UE, contenido en normas propias del derecho de la UE c) DIPr. de producción convencional, contenido en Convenios internacionales, que son acuerdos entre distintos Estados. Así, la característica fundamental del sistema español de DIPr. es la **pluralidad de fuentes**, al nutrirse de las normas gestadas en los tres ámbitos.

1. Derecho internacional privado español de producción interna.

Las normas de producción interna del DIPr. español son aquéllas que elabora y promulga, exclusivamente, el legislador español a través de los modos previstos en su ordenamiento jurídico -Leyes, decretos Legislativos, Reales Decretos, etc. En relación al DIPr. hay que precisar lo siguiente:

- El DIPr. no es materia reservada a Ley. Por tanto, pueden existir normas de DIPr. de rango legal (ordinarias y orgánicas) y de rango reglamentario. La mayor parte del DIPr. español de producción interna se contiene en disposiciones legales, ya ordinarias (Cap. IV del TPCC), ya orgánicas, como la LOPJ.
- La costumbre presenta hoy día un valor muy escaso. Aunque algunos autores han sugerido que las reglas de la llamada “Nueva Lex Mercatoria” constituye costumbre en nuestro sistema de DIPr., la jurisprudencia española no ha seguido esta línea, negada también por la mayor parte de la doctrina.
- Los principios generales del Derecho revisten una particular importancia en DIPr. porque, en ocasiones, los tribunales deben resolver casos complicados mediante la aplicación de normas muy sintéticas como el art. 12.3 CC “orden público internacional”. Así, los principios generales del Derecho ayudan a interpretar tales normas sintéticas y proporcionan soluciones a las lagunas que generan tales normas.
- La jurisprudencia no es fuente de normas objetivas de DIPr. Sin embargo, algunos aspectos de DIPr. que disponen de una regulación legal esquemática, han sido integrados con interpretaciones jurisprudenciales. La jurisprudencia del TS opera, en la práctica, como una auténtica norma cuya infracción es recurrible en casación (art. 477.3 LEC)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

La incidencia de la Constitución

La Constitución española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español (art. 9 CE, art. 5.1 LOPJ, Declaración TC 13 diciembre 2004 Fj 4); De esta forma, la CE incide en el DIPr. en tres grandes planos:

a) En la formación general del sistema español de DIPr.: La CE establece ciertos valores y principios del entero ordenamiento jurídico español, como por ejemplo, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) etc. Las normas del DIPr. español defienden estos valores constitucionales. Nuevas Leyes han moldeado el Dipr. con arreglo a estos valores (por ejemplo, obligando a eliminar puntos de conexión discriminatorios empleados anteriormente, como la "Ley nacional del marido" u obligando a denegar los efectos en España de decisiones que vulneren valores constitucionales, como la propiedad privada o el interés del menor.

b) En la interpretación del sistema español de DIPr.: toda norma de DIPr. debe ser interpretada con arreglo a los valores constitucionales. Prevalece siempre la interpretación que potencie en mayor medida los valores constitucionales (art. 5 LOPJ)

c) En la precisión del poder competente para elaborar normas de DIPr.: El art. 149.1.8º CE afirma que el Estado tine la competencia exclusiva de la elaboración de normas para resolver los conflictos de leyes (ley aplicable). La competencia para dictar normas en el sector de la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de decisiones también corresponde, en exclusiva, al Estado. Ello se deduce claramente del art. 149.1.1ª (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales) art. 149.1.5ª (Administración de justicia) y art. 149.1.6ª (legislación procesal). En consecuencia, en España todo el DIPr. es Derecho de producción exclusiva del estado central.

2. Derecho internacional privado convencional

1. Presentación y características generales de las normas convencionales.

Según el art. 96.1 CE, "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" y según el art. 1.5 CC "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. En consecuencia, las normas de DIPr. contenidas en los Tratados internacionales forman parte del DIPr. español si han sido válidamente celebrados y si han sido publicados oficialmente en España. Los Convenios internacionales presentan rango normativo de Ley. Ahora bien: las disposiciones contenidas en los Convenios internacionales no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas por normas jurídicas españolas de producción interna (art. 96 CE), sino sólo en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Ello se explica, según algunos autores porque, las relaciones entre Tratado y Ley no son de jerarquía, sino de competencia.

Las normas de DIPr. contenidas en Convenios internacionales potencian la unificación de las normas de DIPr. de los Estados partes. Ello acaba con la relatividad de soluciones propia del DIPr. y con el Forum Shopping y potencia la seguridad jurídica. No obstante, los Convenios internacionales también generan numerosos problemas propios del Derecho de los Tratados: sucesión de tratados, entrada en vigor y denuncias, errores de traducción, reservas, interpretación, ratificaciones internas en cada Estado según un procedimiento que varía de país a país etc.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2. Referencia a los principales organismos internacionales elaboradores de normas convencionales.

Existen numerosos organismos internacionales, públicos y privados, dedicados a la unificación internacional del DIPr. Los organismos más relevantes que dirigen su labor a la unificación del DIPr. son los que siguen:a) Conferencia de la Haya de DIPr. b) Naciones Unidas: La Comisión de Derecho internacional (CDI) se ha dedicado prefereteme nte al Derecho internacional público, pero ha abordado algunas cuestiones de DIPr., por ejemplo, el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (1958) o el Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional (1961); c) Consejo de Europa; d) Unión Europea; f) Comisión Internacional del estado Civil (CIEC); g) Conferencia especializada interamericana sobre DIPr; i) UNIDROIT

2.1. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

Es el organismo internacional de mayor peso en la unificación internacional del DIPr. Fundada en 1893 con la participación sólo de Estados europeos tomó tras la Segunda Guerra Mundial rumbos más realistas e incorporó Estados no europeos. A partir de tal fecha, la Conferencia ha eleborado más de 35 Convenios internacionales sobre materias muy variadas del DIPr. (familia, Derecho patrimonial y cuestiones procesales). Numerosos Convenios internacionales elaborados por la Conferencia de la Haya se encuentran en vigor para España. Son los Convenios de la Haya de 12 junio 1902 (tutela de menores), 5 octubre 1961 (apostilla), 5 octubre 1961 (forma de las disposiciones testamentarias), 15 noviembre 1965 (notificación en el extranjero de documentos), 18 marzo 1970 (obtención de pruebas en el extranjero), 2 octubre 1973 (efectos de resoluciones en materia de alimentos) 2 octubre 1973 (responsabilidad por productos) 4 mayo 1971 (accidentes d circulación por carretera) 29 mayo 1993 (adopción internacional). Desde el 3 abril de 2007, la UE es formalmente miembro de dicha Conferencia. Http://www.hcch.net

2.2. La Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL)

En el campo del Derecho mercantil internacional la importancia de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha sido manifiesta, dando lugar a instrumentos legales de importancia manifiesta como el Convenio de Hamburgo sobre transporte de mercancías por mar (1978) o el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980)

3. Derecho internacional privado de la Unión Europea

1. Presentación y características generales de las normas europeas. Incidencia del Derecho de la UE en el DIPr. español.

- Las normas de Derecho material de la UE que regulan situaciones privadas internacionales forman parte del DIPr. español. Dichas normas se contienen en el Derecho originario de la UE, en Reglamentos de la UE, en Directivas de la UE o en los Convenios celebrados entre los Estados miembros, antes conocidos como Convenios comunitarios. Estas normas participan de los principios siguientes. a) Principio de primacía: en materias competencia de la UE el Derecho de la UE prevalece, en caso de colisión, sobre el Derecho de producción interna (art. 93 CE); b) Principio de aplicabilidad inmediata: las normas de DIPr. elaboradas por la UE se integran en el Derecho de los Estados miembros sin necesidad de fórmulas de ratificación; c) Principio de aplicabilidad directa: cualquier persona goza del derecho de solicitar de un juez que aplique normas del Derecho de la UE.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Pues bien, el Derecho de la UE persigue la construcción de un mercado interior que se basa sobre las tradicionales libertades de circulación propias de la UE: mercancías, personas, servicios y capitales. En otras palabras, puede afirmarse que el mercado interior "es un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizado de acuerdo con las disposiciones de los Tratados de la UE (art. 14.2 TCE, ahora art. 26 TFUE). Ello afecta al DIPr. en tanto en cuanto las libertades de circulación propias de la UE no pueden verse perjudicadas por ninguna norma de DIPr. de los Estados miembros (por ejemplo, las sentencias TJUE *Centros*, *García Avello* o *Grunkin-Paul*). En otras palabras, todas las normas españolas de DIPr. deben ser "eurocompatibles", es decir, plenamente respetuosas con las libertades de circulación de la UE. Ello incluye las normas de DIPr. relativas a materias que son todavía competencia de los Estados miembros. Como las personas jurídicas, el nombre de las personas físicas, los régimenes matrimoniales, la filiación o la capacidad jurídica y de obrar.

2. El DIPr de origen institucional

Se conoce como DIPr institucional el corpus jurídico elaborado por las organizaciones supranacionales de integración que tiene por finalidad regular situaciones de tráfico externo surgidas entre los Estados que conforman la organización en cuestión (ad intra), así como, en ocasiones, entre éstos y terceros Estados (ad extra). El paradigma de organización internacional de la que emana un conjunto detallado de normas de Derecho internacional privado es la UE. El marco en el que se desarrolla la actual normativa de la UE se contiene en el artículo 81 TFUE según el cual la UE goza de competencia para regular las situaciones de tráfico jurídico externo mediante normas de DIPr. Artículo 81:

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;

c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;

d) la cooperación en la obtención de pruebas;

e) una tutela judicial efectiva;

f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo […].

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

En base a este precepto legal se ha creado un corpus para regir las situaciones de tráfico externo que surjan en el interior de la Unión, así como las que surjan entre los países de la UE y terceros Estados en aquellas materias que sean competencia exclusiva de la UE p.ej. en el Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, por afectar a normas de competencia judicial internacional establecidas en Reglamentos de la UE es ésta y no los Estados Miembros separadamente, la que tiene la competencia de adherirse a aquél en nombre de ellos.

4. La europeización del DIPr

Para los operadores en el mercado europeo es importante tener certeza sobre qué tribunales van a ser competentes para resolver un litigio, qué ley estatal van a aplicar dichos tribunales y han de tener garantías también de que las decisiones de ese tribunal se vayan a reconocer y ejecutar en el resto de los Estados miembros. Esta idea ha propiciado la "**europeización del DIPr**", consagrada en el art. 81 TFUE. Así, cada día en mayor medida, el DIPr. de los Estados miembros es DIPr. producido por instituciones de la UE. Ejemplos: Bruselas I bis (1215/2012) sobre competencia judicial y reconocimiento, en el ámbito civil y mercantil; Bruselas II ter (1111/2019), sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones, en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Bruselas III (4/2009), sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos; Reglamentos procesales sobre a) Título Ejecutivo Europeo (European Enforcement Order), b) Proceso Monitorio Europeo (European Payment Order); c) Proceso europeo de pequeña cuantía (Small Claim Procedure); d) Orden europea de retención de cuentas (European Account Preservation Order); Reglamentos procesales sobre cooperación judicial internacional, notificaciones judiciales y extrajudiciales; Roma I (593/2008), sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; Roma II (864/2007), sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y Roma III sobre ley aplicable a la separación y divorcio (reglamento de cooperación reforzada); Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales (en vigor desde el 17 de agosto de 2015), sobre competencia, la ley aplicable, y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesión; Reglamento 848/2015 sobre ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones de insolvencia transfronteriza. También se han adoptado dos reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de parejas de hecho registradas (Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016). Finalmente, existe una Propuesta de Reglamento del Consejo de 7 de diciembre de 2022, sobre el reconocimiento de las resoluciones y la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y sobre la creación de un certificado de filiación europeo (COM/2022/695 final).

En la actualidad se puede decir, que la mayor parte de las normas de DIPr aplicables en nuestro país tiene un origen europeo.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 2.- LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1.- Noción; 2.- Caracteres generales de su regulación; 3.- Límites impuestos por el Derecho internacional público. La inmunidad de jurisdicción y ejecución; 4.- El foro como criterio atributivo de competencia judicial internacional; 5.- El sistema español de competencia judicial internacional

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- Noción

La competencia judicial internacional puede definirse como la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria.

Hay que distinguir la competencia judicial internacional de otros conceptos como:

Jurisdicción: Es el poder de los tribunales de un Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). La jurisdicción opera en relación a todo tipo de relaciones jurídicas con o sin elementos extranjeros, internas o internacionales.

Competencia interna: es la atribución del conocimiento de un asunto concreto a un determinado órgano jurisdiccional, en virtud de los criterios de competencia objetiva, territorial y funcional previstos en las leyes procesales de cada Estado.

2. Caracteres generales de su regulación

Los caracteres de la competencia judicial internacional son los siguientes:

a) Carácter previo de la competencia judicial internacional: Dicho carácter se entiende en dos sentidos: 1) La determinación de la competencia judicial internacional es previa a la determinación del derecho aplicable a la situación privada internacional; 2) La determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado es también previa a la determinación de la competencia interna del órgano jurisdiccional competente para conocer de un caso concreto. (Antes de saber si un concreto juzgado de primera instancia es competente para conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional, es necesario determinar si los Tribunales españoles son competentes para dirimir el asunto)

b) Se aprecia de oficio: los tribunales deben controlar de oficio su competencia judicial internacional. No dependen, para ello, de las alegaciones de las partes (art. 21.1 LOPJ). Y, naturalmente, si carecen de un foro de competencia judicial internacional, se declararán incompetentes de oficio

c) Naturaleza internacional de los litigios a los que se refiere: la competencia judicial internacional ostenta el calificativo de internacional por la naturaleza de los litigios a los que se refiere: litigios derivados de situaciones privadas internacionales.

d) Carácter global: la competencia judicial internacional se predica del conjunto de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado determinado, tales como notarios, registradores, alcaldes, etc. y no sólo en relación a los órganos jurisdiccionales del Estado.

e) Libre configuración, por parte del estado, de su sistema de competencia judicial internacional: Cada estado determina, con plena libertad, las condiciones y los casos en los que sus órganos jurisdiccionales poseen competencia judicial internacional. Ello

comporta varias consecuencias: 1) Múltiple competencia internacional: los tribunales de diferentes estados pueden declararse competentes en relación al mismo supuesto. Ello fomenta el *forum shopping*; 2) Falta de competencia internacional: puede suceder que en un caso determinado, los tribunales de los diferentes Estados implicados se declaren todos ellos incompetentes.

f) Carácter único de las normas de competencia judicial internacional: Para acreditar si poseen competencia judicial internacional, los Tribunales de un Estado aplican, exclusivamente, sus normas de competencia judicial internacional y no normas extranjeras.

g) Carácter unilateral de las normas de competencia judicial internacional de producción interna: Indican, exclusivamente, si las autoridades y tribunales de dicho estado poseen competencia internacional para decidir una controversia o asunto. En consecuencia, no determinan los casos en que los órganos jurisdiccionales extranjeros pueden conocer o dejar de conocer los litigios internacionales.

3. Límites impuestos por el derecho internacional público. La inmunidad de jurisdicción y ejecución.

De acuerdo con la noción de inmunidad de jurisdicción, los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de tal inmunidad. En tal caso, los tribunales de un Estado, carecen de jurisdicción para conocer del asunto. Esta inmunidad no es una excepción a la competencia judicial internacional de los Tribunales de un estado. Es una excepción a la jurisdicción de dichos tribunales, que carecen de competencia *ratione materiae* para conocer del asunto. El art. 21.2 LOPJ indica, así, que incluso en los casos en los que los tribunales españoles disponen de un foro de competencia judicial internacional para conocer de un litigio, quedan a salvo "los sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público".

Los sujetos beneficiarios por la inmunidad de jurisdicción son los siguientes. a) El Estado extranjero y sus órganos: sus actos sólo están blindados en el ejercicio de su potestad de *imperium*; b) Otros entes internacionales: ej la ONU; c) Los agentes diplomáticos de Estados extranjeros y los Jefes de Estado extranjeros (art. 31 del Convenio sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 16 abril 1961). Ojo: sólo se incluyen los actos realizados en el ejercicio de su función y no los actos privados; d) Las oficinas consulares y sus miembros, funcionarios y empleados consulares (art. 43 Convenio sobre relaciones consulares hecho en Viena el 24 abril 1963); e) Ciertos sujetos que realizan diversas funciones de cooperación internacional: ej. Fuerzas armadas extranjeras en determinadas circunstancias

Acta jure gestionis: la inmunidad de jurisdicción no cubre las actividades del Estado realizadas a título privado, como un mero particular. Sólo los actos realizados en ejercicio de la Soberanía del Estado (*Acta jure imperii*) son los únicos que pueden quedar cubiertos por la excepción. En España tras la CE 1978 la jurisprudencia aplica generalmente una línea interpretativa que apuesta por una lectura restrictiva de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Esta jurisprudencia subraya que la inmunidad de jurisdicción y ejecución son privilegios jurisdiccionales que no deben operar en relación con simples actos de gestión, en los que el Estado actúa como un particular. Esta línea ha sido confirmada por la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

La inmunidad de ejecución significa que ciertos bienes del Estado extranjero son absolutamente inmunes a la ejecución. Así, los bienes de estados extranjeros que estén destinados a actividades *jure imperii* no se pueden ejecutar, vender, subastar, embargar. Y si tales bienes se ejecutan, tales actos de ejecución serán declarados nulos.

4. El foro como criterio atributivo de competencia judicial internacional

1. Concepto y tipos de foros.

El foro de competencia judicial internacional es la circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales y que utiliza el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales.

La elección de los foros de competencia judicial internacional es producto de la política legislativa de un país. Los foros reflejan, por lo general, una vinculación suficiente del litigio con el país cuyos tribunales son competentes (principio de proximidad). De este modo se garantiza la tutela judicial efectiva y se evita la denegación de Justicia. Pero también pueden responder a políticas de protección a la parte más débil o beneficiar a los nacionales en detrimento de los extranjeros.

Según la circunstancia utilizada los foros se pueden clasificar en: 1) Foros personales: se basan en circunstancias propias de las partes de la relación; 2) Foros territoriales: el criterio utilizado manifiesta una relación con el territorio; 3) Foro de la autonomía de la voluntad: las partes de la relación jurídica pueden prorrogar la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional o acordar la sumisión del litigio internacional a los tribunales de un Estado; 4) *Forum conexitatis*: establecida la competencia judicial internacional del tribunal en un asunto, se extiende a otro u otros conexos en razón de su objeto, lo que se justifica por razones de economía procesal; 5) *Forum legis*: Los Tribunales de un Estado son competentes siempre que sea aplicable, a fondo del asunto, el Derecho material de dicho Estado; 6) *Forum reciprocitatis*: los órganos jurisdiccionales de un Estado son competentes respecto de un demandado extranjero si un tribunal de su Estado de origen lo fuera respecto de un nacional del foro por el mismo litigio.

2. Naturaleza y alcance de los foros de competencia judicial internacional.

Como se mencionó anteriormente, la elección por parte del legislador de un criterio determinado como base de la competencia judicial internacional puede responder a criterios de protección de valores. Desde este punto de vista se distingue entre:

1) Foros de protección: defienden la posición más débil de una de las partes del litigio: el consumidor, por ejemplo. Estos foros facilitan a dichos sujetos su acceso a la jurisdicción, pues les permiten, generalmente litigar en los países donde residen

2) Foros neutros: la competencia judicial se establece sin favorecer, en principio, a ninguna de las partes en el litigio.

Según el alcance de los foros de competencia es posible distinguir entre foros generales y foros especiales; foros usuales y foros exorbitantes y, finalmente, entre foros concurrentes y foros exclusivos.

- Foros generales y foros especiales: Dependiendo de si atribuyen o no la competencia judicial internacional generalizada o según

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

circunstancias concretas (art. 22, 2º y 3º LOPJ). La relación entre los foros generales y especiales es de carácter alternativo; es decir, el demandante puede elegir entre uno u otro.

- Foros exorbitantes y foros usuales: los foros exorbitantes atribuyen a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado o excesivo. Su objetivo es beneficiar a los nacionales de dicho Estado y/o la posición de dicho Estado. Ahora bien, los Estados suelen negar la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras dictadas con base a estos foros exorbitantes. Los foros usuales, por el contrario, no provocan una atribución excesiva de volumen de asuntos en favor de los tribunales de un Estado, sino un volumen razonable.
- Foros concurrentes y foros exclusivos: Los foros concurrentes son los foros establecidos por el legislador en relación a ciertos litigios, y que aceptan la posibilidad de que tribunales de otros países conozcan del mismo asunto sobre la base de un mismo o distinto foro de competencia. Los foros exclusivos son los foros establecidos en ciertas materias respecto de las cuales el Estado no admite más competencia que la de sus órganos jurisdiccionales. Ello también tiene repercusión en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones ya que un Estado no aceptará el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera si la materia objeto de la decisión extranjera viene atribuida a sus tribunales con carácter exclusivo.

5. El sistema español de competencia judicial internacional

Para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deben aplicarse, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales en vigor para España (art. 21 LOPJ, art. 96.1 CE). Sólo cuando ningún instrumento internacional sea aplicable a la cuestión, la competencia judicial de los tribunales españoles se determina con arreglo a las normas españolas de producción interna (art. 22 LOPJ).

Pues bien, están en vigor para España diversos instrumentos legales internacionales que regulan la competencia judicial internacional, que pueden clasificarse en varios grupos:

- Reglamentos de la UE: son cada día más numerosos debido a la competencia de la UE para celebrar normas de DIPr. (art. 81 TFUE). Ejemplos: Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil); Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre de 2003 (materia matrimonial y responsabilidad parental); Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000 (procedimientos de insolvencia, revisado en el Reglamento 848/2015, que entrará en vigor en 2017); Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 (competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos) y Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones , a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Convenios internacionales multilaterales: son muy abundantes y se ocupan de materias específicas. Ejemplos: Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro; Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) hecho en Ginebra el 19 mayo 1956 o el Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores, entre otros muchos.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

- Convenios internacionales bilaterales: son escasos, pero existen. Ejemplos: Tratado entre España y El Salvador de 7 de noviembre 2000 sobre competencia y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil.

Finalmente, las normas de producción interna del derecho español que regulan la competencia judicial internacional se hallan en la LOPJ (arts. 21-25), dedicando los artículos 22 a 22 *nonies* al orden civil. También podemos encontrar normas de competencia judicial internacional en leyes especiales, fruto en algunos casos de la transposición de Directivas, p.ej. Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal o Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 3.- EL RÉGIMEN EUROPEO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (I)

1.- El Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Origen; 2.- Ámbito de aplicación; 3.- Normas reguladoras de la competencia judicial internacional; 4.- Problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional; 5.- Otras normas procesales europeas en materia civil y mercantil

1.- El Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Origen

El Tratado Constitutivo de la CEE (Roma 1957) eliminó las barreras jurídico-públicas a los intercambios de mercancías y capitales y al libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios entre los Estados Miembros. Además, para aumentar la confianza entre los empresarios radicados en la UE, el antiguo art. 220 de TCE instaba a los Estados Miembros a la negociación de instrumentos convencionales que facilitasen la validez extraterritorial de resoluciones judiciales en materias civiles y mercantiles. Por este motivo se adoptó el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, varias veces modificado. En 2000 el Convenio de Bruselas fue modificado en parte y transformado en el Reglamento 44/2001, fruto del proceso de europeización del DIPr. (art. 81 TFUE) y conocido como Reglamento de Bruselas I. El Reglamento 44/2001 ha sido revisado por el **Reglamento 1215/2012**, de 12 de diciembre de 2012, conocido coloquialmente como **Reglamento Bruselas I bis** (o refundición). Este último texto se aplica desde el 10 de enero de 2015. Por ello, la jurisprudencia recaída en torno al C. de Bruselas (CB) y el Reglamento 44/2001 es válida, en su mayoría, en relación con el Reglamento de Bruselas I bis.

Aunque Dinamarca no participa en la mayoría de textos europeos adoptados en base al art. 81 TFUE debido a un Protocolo anejo, a partir del 1 de julio de 2007, Dinamarca se convirtió también en un Estado miembro del Reglamento 44/2001 gracias al Acuerdo entre la UE y Dinamarca de 19 octubre de 2005 (Decisión del Consejo de 27 abril 2006), por el que este país se comprometía, además, a notificar a la UE su intención de aplicar cualquier norma posterior que modificara el Reglamento 44/2001, lo que realizó mediante carta de 20 de diciembre de 2012. En consecuencia, el Reglamento 1215/2012 es aplicable por los tribunales y autoridades de todos los Estados miembros de la UE, incluido Dinamarca

El Reglamento 1215/2012 (como también lo eran el CB y Bruselas I) es un instrumento doble, es decir, no sólo regula la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales (tercer peldaño en las funciones del DIPr.) sino que da un paso más y regula también la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros (primer peldaño). Así, el Reglamento 1215/2012 crea un auténtico espacio judicial europeo, en el que se trata de

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es

www.uloyola.es

concretar cuáles son los tribunales del Estado miembro que se encuentran en la mejor posición para decidir el litigio.

El Reglamento 1215/2012 es un Reglamento elaborado por la UE. Como tal, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable por todas las autoridades de todos los Estados miembros en dicho Reglamento (art. 288.II TFUE). Ello significa que cuando concurre formalmente un foro de competencia judicial internacional previsto en el Reglamento 1215/2012, el juez nacional está obligado a conocer del caso y no puede alegar normas de Derecho interno para, por ejemplo, declinar su competencia.

Otra de las consecuencias de ser un Reglamento, es que ciertos tribunales y autoridades de los Estados miembros pueden, a través del recurso prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, solicitar al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Reglamento 1215/2012. En este sentido las sentencias interpretativas dictadas por el TJUE sobre el Reglamento 44/2001 y sobre su predecesor el Convenio de Bruselas 1968 son muy numerosas. A la hora de interpretar el TJUE ha preferido en la mayoría de los casos una definición autónoma de los conceptos del Reglamento, sin extraer tal concepto de los Derechos nacionales de los Estados miembros.

El Convenio de Lugano: El Convenio de Bruselas de 1968 alcanzó tal éxito, que incluso Estados de la EFTA que no eran miembros de la UE y no podían adherirse, deseaban disponer de un régimen similar. El 16 septiembre 1988 se firmó el Convenio de Lugano entre los Estados miembros de la entonces Comunidad Europea y los Estados de la EFTA. El Convenio de Lugano reproducía casi exactamente todas las disposiciones del Convenio de Bruselas. Este Convenio de 1988 ha sido sustituido por otro Convenio, el llamado Convenio de Lugano II, firmado el 30 octubre 2007 y que entró en vigor el 1 de enero de 2010, y cuyo objetivo era alinear las disposiciones de dicho Convenio con las contenidas en el Reglamento 44/2001.

2.- Ámbito de aplicación

1) Territorial: Bruselas I se aplica por todos los tribunales y autoridades que desarrollan su actividad en el territorio de los Estados miembros en los términos del art. 355 TFUE.

2) Su ámbito de aplicación material abarca los litigios que reúnan dos caracteres: a) Litigios internacionales; b) litigios cuyo objeto principal sea una materia civil y mercantil. Es indiferente el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal que conoce del asunto. Por ello, Bruselas I también se aplica a las acciones civiles de las que conoce un tribunal del orden jurisdiccional penal (por ejemplo, ST TJUE 21 abril 1993, *Sonntag*)

a) Litigios internacionales: La determinación del carácter internacional de los litigios regulados por Bruselas I bis es una cuestión controvertida. Entre las tesis existentes están la tesis del elemento extranjero, la tesis del domicilio en Estados distintos o la tesis de la negación del carácter internacional del litigio (Bruselas I se debe aplicar a todo tipo de litigio sea interno o internacional). Ésta última teoría es errónea, al ignorar que la base legal de Bruselas I bis es el art. 81 TFUE, dentro del marco de la cooperación judicial en materia civil "con repercusión transfronteriza".

b) Materia civil o mercantil: el TJUE ha indicado que este concepto no debe extraerse de la Ley de ningún Estado miembro, sino que es un concepto propio, autónomo y exclusivo del Reglamento (ST TJUE 14 octubre 1976, Eurocontrol, o la ST TJUE 16 diciembre 1980, Rüffer).

El art. 1 Bruselas I bis excluye expresamente del ámbito de aplicación material del Reglamento diversas materias: a) Fiscal, aduanera y administrativa; b) Estado y capacidad de las personas físicas; c) Regímenes matrimoniales, d) Testamentos y sucesiones; e) Quiebra, los convenios del quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; f) Seguridad social; g) Arbitraje. Por otro lado, el TJUE indica que los litigios entre personas privadas y autoridades públicas que actúan en el ejercicio de su poder público (*acta jure imperii*) no son materia civil o mercantil, por lo que están excluidos implícitamente de Bruselas I. También están excluidas, desde el 18 junio 2011, las obligaciones de alimentos, ya que ahora se regulan por el Reglamento 4/2009. Aunque las obligaciones de alimentos libremente asumidas por las partes y no en virtud de relaciones de familia quedan sujetas a Bruselas I bis, siendo operativo al art. 7.1 (foro en materia de contratos).

3) Ámbito personal: Bruselas I bis se aplica con independencia de la nacionalidad de las partes. Pero Bruselas I bis es una normativa elaborada por la UE y por tanto, sólo debe aplicarse a los litigios suficientemente conectados con la UE. Así, Bruselas I bis se aplica íntegramente, y con exclusión de cualquier normativa nacional de los Estados miembros, a los litigios que están plenamente conectados con la UE. Tales litigios son aquéllos en los que el demandado tiene su domicilio en el territorio de un Estado miembro (art. 4). Bruselas I también se aplica a los litigios semiconectados con la UE, bien porque las partes se han sometido a los tribunales de un Estado miembro, o bien porque el objeto del litigio es competencia exclusiva de la jurisdicción de un Estado miembro (art. 6.1).

3.- Normas reguladoras de la competencia judicial internacional

Los tribunales de los Estados miembros se declararán competentes siempre que les otorgue competencia judicial internacional uno de los siguientes foros recogidos en el Reglamento: 1) Foros previstos para las materias objeto de competencias exclusivas (art. 24); 2) Foro de la sumisión expresa o tácita de las partes (arts. 25 y 26); 3) Alguno de los foros especiales por razón de la materia (arts. 7-23); 4) Foro del domicilio del demandado en el Estado miembro al que pertenece el tribunal (art. 4)

3.1 Consideraciones generales: la estructura jerárquica de los foros como principio básico

Bruselas I bis recoge distintos foros y, por ello, es posible que éstos otorguen competencia judicial internacional a tribunales de Estados miembros diferentes. Pues bien, el Reglamento establece una jerarquización de competencias, de forma que algunos foros son más fuertes que otros, con el resultado de que prevalecen unos sobre otros.

1) Los foros especiales por razón de la materia y el foro del domicilio del demandado en el estado al que pertenece el Tribunal, ceden ante los foros exclusivos que otorgan competencia judicial internacional a tribunales de otros Estados miembros y también ceden ante el foro de la sumisión de las partes en favor de tribunales de otros Estados miembros.

2) El foro de la sumisión cede ante los foros exclusivos. Un tribunal de un Estado miembro no puede fundar su competencia judicial internacional en el foro de la sumisión si el asunto es objeto de foro exclusivo que atribuye la competencia judicial internacional a un tribunal de otro Estado miembro.

3) Los foros especiales por razón de la materia y el foro del domicilio del demandado son ***alternativos***: el actor puede accionar contra el demandado ante cualquiera de estos foros.

3.2 Competencias exclusivas.

Los foros de competencia exclusiva se recogen en el art. 24 Bruselas I bis. Si la materia objeto del litigio es una de las enumeradas en dicho precepto, sólo serán competentes los órganos jurisdiccionales del estado al que se refiere el citado art. 24. El país de domicilio de los litigantes es irrelevante. Carece de eficacia la sumisión de las partes, expresa o tácita, en favor de tribunales de otro Estado. La justificación de los foros exclusivos es la estrecha vinculación de las materias objeto de estos foros con la Soberanía del Estado. Estas materias constituyen numerus clausus. Por tanto, la interpretación del art. 24 ha de ser restrictiva.

En el plano de la validez internacional de resoluciones se denegará el reconocimiento/exequatur de la resolución si el tribunal del Estado de origen no ha respetado los foros de competencia exclusiva (art. 45.1 e).

Para evitar esto, el tribunal de un Estado miembro que conociere a título principal de uno de estos litigios que correspondiera decidir exclusivamente a los tribunales de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente (art. 27).

Mediante el art. 24 se provoca, generalmente, una coincidencia del estado cuyos tribunales son competentes, con el Estado donde ha de ejecutarse la resolución. Igualmente se aprecia en estas materias una general coincidencia entre *forum* y *jus*: el tribunal aplicará la ley del estado al que pertenece, sobre todo, al fallar en cuestiones relativas a Derechos reales inmobiliarios y derecho Registral.

Las materias objeto de foros de competencia exclusiva son las que siguen:

1) En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del estado miembro donde el inmueble se hallare sito. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de 6 meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que el propietario y arrendatario estuvieran domiciliados en el mismo Estado miembro.

2) En materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, los tribunales del estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviera domiciliada; para determinar dicho domicilio, el tribunal aplicará sus reglas de Derecho internacional privado.

3) En materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los tribunales del estado miembro en que se encontrara el registro (siempre que la inscripción cuya validez se cuestiona esté referida a una materia cubierta por el Reglamento)

4) En materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción, los tribunales del Estado miembro en el que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento legal de la UE o en algún Convenio internacional. Sin perjuicio de la Oficina Europea de Patentes (Convenio Múnich 1973), los tribunales de cada Estado miembro serán los únicos competentes, sin consideración del domicilio, en materia de registro o validez de una patente expedida para dicho Estado.

5) En materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución.

• Derechos reales inmobiliarios: La competencia exclusiva corresponde a los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito, el llamado forum rei sitae. El art. 24.1 comprende, con la excepción del arrendamiento, sólo las acciones reales relativas a inmuebles, esto es, las llamadas "acciones in rem". Sólo se incluyen las acciones destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y a garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos (Auto TJUE 5 abril 2001, Gaillard). Por tanto, las acciones de indemnización de daños y perjuicios basadas en la vulneración de derechos reales o en los daños causados a inmuebles, no están cubiertas por el art. 24. Además, el TJUE realiza una interpretación restrictiva del art. 24, de modo que quedan excluidos de dicho precepto los siguientes supuestos: a) explotación de industria y arrendamiento de empresa (ST TJUE 14 diciembre 1977, Sanders); b) Acción Pauliana, pues se fundamenta en un derecho personal de crédito (ST TJUE 10 enero 1990, Reichert I); c) Contratos complejos de prestación de servicios entre los cuales se ofrece el disfrute de un inmueble (ST TJUE 26 febrero 1992, Hacker); d) Acciones personales derivadas de un trust inmobiliario (ST TJUE 17 mayo 1994, Webb); e) Demandas de indemnización por el uso de un bien inmueble tras la declaración de nulidad de una transmisión de propiedad, pues son acciones contractuales y no reales (ST TJUE 9 junio 1994, Lieber); f) Acciones derivadas de seguros relativos al arrendamiento (ST TJUE 27 enero 2000, Dansommer); g) Acción de un contrato de venta de inmueble (Auto TJUE 5 abril 2001, Gaillard).

En el caso de inmuebles fronterizos, el TJUE distingue entre inmuebles contiguos o separados: En el caso de inmuebles separados, si la acción afecta a una parte del inmueble, son competentes los tribunales del país donde se halla dicha parte del inmueble. Si la acción concierne al entero inmueble, son competentes con carácter concurrente ambas jurisdicciones sobre la parte del inmueble que se halla en su territorio. En el caso de inmuebles contiguos, si el inmueble está casi enteramente situado en uno de los Estados, la competencia corresponde a los tribunales del Estado donde se ubica la mayor parte del inmueble. De otro modo pueden considerarse competentes los tribunales de ambos Estados en relación a la totalidad del inmueble y de aplicación las reglas de litispendencia y conexidad para evitar los doble procesos.

• Contratos de arrendamiento de bienes inmuebles: En ciertos casos de arrendamientos, son competentes con carácter exclusivo no sólo los tribunales del Estado miembro de situación del inmueble, sino también los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado si se dan las siguientes circunstancias: 1) El arrendatario debe ser una persona física. El arrendador y/o el propietario puede ser persona física o jurídica; 2) El propietario y el arrendatario deben tener su domicilio en el mismo Estado miembro; 3) El arrendamiento deber estar destinado a un uso particular; 4) El contrato no puede tener una duración superior a 6 meses consecutivos; 5) Debe tratarse de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.

La expresión contratos de arrendamientos sobre bienes inmuebles es amplia, englobando tanto acciones reales como personales, incluida la acción sobre validez o nulidad del contrato de arrendamiento, duración del arrendamiento, reparación de daños ocasionados por el arrendatario, restitución de la posesión del inmueble al arrendador, gastos efectuados por el arrendatario etc. y cubre tanto arrendamientos rústicos como urbanos.

Posibilidad de elección de foro exclusivo: De acuerdo con el art. 24.1 las partes pueden elegir, entre los tribunales del Estado miembro de situación del inmueble y los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado. Se trata de una competencia exclusiva y alternativa a la vez.

3.3 Sumisión expresa y tácita.

El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes. La sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso (art. 25 Bruselas I bis) o mediante acuerdo tácito: ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país (art. 26 Bruselas I bis). El acuerdo atributivo de competencia válidamente celebrado producirá dos tipos de efectos: de prórroga y de derogación. El efecto de prórroga quiere decir que los órganos jurisdiccionales designados por las partes serán los únicos competentes para conocer del litigio, esto es, que tendrán competencia exclusiva salvo pacto en contrario entre las partes. El efecto de derogación, complementario del anterior, quiere decir que los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros no podrán declararse competentes para conocer de dicho litigio.

El art. 25 R.1215/2012 regula la sumisión expresa. Pero dicho precepto sólo se aplica si se cumplen cumulativamente los siguientes requisitos:

a) Acuerdo interpartes. Debe concurrir un auténtico acuerdo de sumisión o convención atributiva de jurisdicción (STJCE 10 marzo 1992, Duffryn): un acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se decida por un concreto tribunal de un Estado miembro.

b) El Reglamento 1215/2012 ha suprimido el requisito previsto en el Reglamento 44/2001 del domicilio en un Estado miembro de, al menos una de las partes en el acuerdo de sumisión. Como consecuencia, cuando las partes se sometan a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en relación con una materia cubierta por el Reglamento, se aplicará esta normativa para determinar la validez y efectos del acuerdo de sumisión, desplazando a la norma de origen interno (art. 22 bis LOPJ). (Tras la aprobación por la UE del Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, hay que tener en cuenta que cuando las partes se sometan a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, si una de las partes reside en un estado del Convenio que nos es miembro de la UE p.ej. México, se aplicará el Convenio en lugar del Reglamento).

c) El pacto de sumisión expresa debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro del Reglamento 1215/2012. Así, el objetivo del Reglamento Bruselas I bis no estriba en determinar los casos en los que los tribunales de terceros Estados son competentes, sino los casos en los que son competentes los tribunales de los Estados miembros.

d) El tribunal expresamente designado por las partes debe ser un tribunal de un Estado participante en el Reglamento 1215/2012 cuyos jueces carecían, según los foros recogidos en el citado Reglamento, de competencia judicial internacional. Esto es: la sumisión expresa sirve para hacer competentes a jueces que inicialmente no disponían, según otros criterios del Reglamento 1215/2012, de competencia judicial internacional.

e) El litigio debe afectar a una situación internacional. El art. 25 Bruselas I bis se aplica, en principio, a los acuerdos de sumisión que se refieren a situaciones jurídicas internacionales. No se aplica a los acuerdos de sumisión relativos a situaciones jurídicas meramente internas o nacionales.

<u>Sumisión expresa. Posibilidades de las partes</u>

Las partes pueden atribuir competencia a los tribunales de modos muy diversos:

1) El acuerdo de sumisión puede referirse a litigios que ya hubieren surgido o a litigios que pudieran surgir en el futuro. En todo caso, debe tratarse de litigios que surjan de una determinada relación jurídica: un contrato concreto, por ejemplo. Dos aspectos deben añadirse: (a) El juez puede interpretar la cláusula de sumisión para fijar su alcance objetivo, es decir, para precisar los litigios que cubre y los que no cubre (STJCE 14 diciembre 1976, Colzani; STJCE 14 diciembre 1976, Segoura; STJCE 14 julio 1983, Gerling; STJCE 19 junio 1984, Russ; STJCE 11 julio 1985, Berghoefer, STJCE 11 noviembre 1986, Fiat, STJCE 10 marzo 1992, Duffryn; STJCE 13 noviembre 1979, Sanicentra); (b) El pacto de elección de tribunal es totalmente diferente del pacto de designación del lugar de cumplimiento de la obligación (STJCE 17 enero 1980, Zelger). Una cláusula interpartes que fije un lugar ficticio de ejecución del contrato es, en el fondo, una cláusula de sumisión, y sólo es válida si se ajusta al art. 23 R.44/2001 (STJCE 20 febrero 1997, Mainschiffahrts-Genossenschaft).

2) Las partes pueden atribuir competencia a los tribunales de un Estado en su conjunto. Ejemplo: son competentes los tribunales alemanes. Pero también pueden atribuir competencia a un órgano jurisdiccional en concreto. Ejemplo: "son competentes los tribunales de Berlín".

3) Las partes pueden designar el tribunal o tribunales que estimen por conveniente, sin que sea necesario que exista un vínculo objetivo entre el litigio y el tribunal designado (STJCE 17 enero 1980, Zelger, STJCE 16 marzo 1999, Castelletti, STJCE 3 julio 1997, Benincasa).

4) Las partes pueden designar directamente el tribunal o los tribunales competentes. Pero también es válida la sumisión cuando se proporcionan al juez, exclusivamente, los "elementos objetivos necesarios" acordados por las partes para determinar el tribunal al que se han sometido. Esta sumisión es perfectamente válida (STJCE 9 noviembre 2000, Coreck), pues designa clara y concretamente los tribunales competentes. Ejemplo: "Serán competentes los tribunales del lugar del establecimiento del transportista".

5) Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, de modo que atribuyen a cada órgano jurisdiccional el conocimiento de controversias distintas que nacen de una misma relación jurídica interpartes (STJCE 9 noviembre 1978, Meeth). Es más: la sumisión es válida cuando se designan como competentes tribunales distintos pero pertenecientes al mismo Estado miembro. Igualmente, las partes pueden atribuir la competencia judicial internacional a un tribunal en relación a cuestiones concretas derivadas de la relación jurídica, dejando subsistentes, por lo que concierne a los demás aspectos de la relación, los foros previstos en el Reglamento 1215/2012.

6) Es posible una sumisión opcional. Se trata de un acuerdo en el que se fija la posibilidad de acudir ante determinados tribunales, sin que se impida accionar ante otros tribunales previstos en el Reglamento 1215/2015: We agree to submitt to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the city of Munich.

7) El art. 25 Bruselas I bis, al igual que su antecesor, Bruselas I ha eliminado la posibilidad de los llamados acuerdos de sumisión en favor de una parte. Se trata de una fórmula en virtud de la cual una de las partes solo puede demandar a la otra ante un tribunal determinado en el acuerdo de sumisión, pero la otra parte, sin embargo, puede demandar a la primera ante dicho tribunal o ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del Reglamento (STJCE 24 junio 1986, Anterist). Esta posibilidad sólo beneficiaba a la parte más fuerte en la negociación del contrato y no comportaba ninguna ventaja significativa para el comercio internacional (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 106 en DOUE 13 diciembre 2009).

8) Si las partes nada han establecido al efecto, cualquiera de ellas puede invocar la sumisión pactada para evitar, por ejemplo, que conozcan los tribunales del país donde el demandado tiene su domicilio. Ello es así, porque el Reglamento 1215/2012 presume que, salvo pacto en contrario, la sumisión tiene carácter exclusivo, es decir, que se realiza en favor del tribunal designado con la intención de excluir la competencia de cualquier otro tribunal.

Condiciones de validez formal y sustancial del pacto de sumisión

Para que el acuerdo de sumisión sea válido debe cumplir ciertos requisitos de forma (art. 25 Bruselas I bis):

1) Los requisitos de forma son requisitos de forma "*ad solemnitatem*". Ello significa que si tales requisitos formales no se verifican, la sumisión es nula de pleno derecho. Y a sensu contrario, si se verifican tales requisitos de forma recogidos en el art. 25 Bruselas I bis el pacto de sumisión es formalmente válido, sin que pueda exigirse el cumplimiento de otros requisitos de forma suplementarios requeridos por la legislación procesal del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Ordinanza Corte Cass*. Italia 20 febrero 2007 [exigencia de redacción en un determinado idioma]). El legislador de la UE presume que si se cumplen estos requisitos formales *ad solemnitatem*, ello significa que concurre un consentimiento libre y consciente de las partes en orden a atribuir a un tribunal el conocimiento del litigio internacional.

• Concretos requisitos de forma: el acuerdo de sumisión debe hacerse: a) Por escrito; Ojo: No son válidos los pactos de sumisión a tribunales contenidos en unas condiciones generales de la contratación si el contrato, que debe ser válido y obligar a las partes, no remite expresamente a tales condiciones generales b) O verbalmente con confirmación escrita; c) O en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas; d) O en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Los pactos concluidos por medios electrónicos se consideran celebrados por escrito siempre y cuando se pueda proporcionar un registro duradero del acuerdo (art. 25.2)

2) El acuerdo expreso de sumisión debe satisfacer ciertas condiciones de validez sustancial: El acuerdo de sumisión expreso no puede versar sobre materias que sean objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros o ser contrario a las disposiciones de los foros de protección de los artículos 15, 19 o 23, referidos a los contratos de seguro, consumo o trabajo (art. 25.4). Ello comporta varias consecuencias: a) El pacto de sumisión que atribuye a tribunales de un Estado miembro el conocimiento de litigios que versan sobre materias objeto de competencia exclusiva de tribunales de otro Estado miembro, es nulo de pleno Derecho; b) Es nula la cláusula de sumisión expresa pactada en relación a toda divergencia interpartes con independencia de la naturaleza de la relación jurídica de que se trate. Esta sumisión global está prohibida (STJCE 10 marzo 1992, Duffryn). La sumisión puede afectar a litigios pasados, presentes y futuros, pero siempre que deriven de una concreta relación jurídica. c) La nulidad del contrato no afecta a la validez de la cláusula de sumisión. La sumisión es independiente del contrato en cuanto a su validez o nulidad. Por último, la validez material del pacto de sumisión ha de determinarse conforme al Derecho del Estado miembro a cuyos tribunales se confiere la competencia (art. 25.1).

Foro de la sumisión tácita

Se produce la sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 26 R.1215/2012). De este

modo, las partes, cualquiera que sea el Estado de su domicilio, pueden prorrogar la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que, inicialmente, carecían de competencia judicial internacional porque ninguno de los demás foros del Reglamento 1215/2012 atribuía tal competencia a dichos tribunales.

El régimen jurídico de la sumisión tácita se concreta en los siguientes puntos:

a) La sumisión tácita no opera en litigios relativos a materias objeto de competencias exclusivas (arts. 24 R.1215/2012); b) El litigio sobre el que se verifica la sumisión tacita, debe, lógicamente, haber surgido ya en el momento de verificarse la sumisión tácita. c) La sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior (STJCE 24 junio 1981, Elefanten, STJCE 7 marzo 1985, Spitzley), que queda desactivada. d) La comparecencia del demandado realizada para impugnar la competencia judicial internacional del tribunal no implica sumisión tacita por su parte. Tampoco hay sumisión tácita por parte del demandado si éste impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconvencional subsidiaria (STJCE 24 junio 1981, Elefant,en, STJCE 22 octubre 1981, Rohr, y STJCE 7 marzo 1985, Spitzley, STJCE 31 marzo 1982, STJCE 14 julio 1983, Gerling, STS 29 septiembre 2005). e) El art. 26 sólo es aplicable para otorgar competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro del Reglamento 1215/2012. No es necesario que exista un vínculo objetivo entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado tácitamente.

3.4.Foro del domicilio del demandado.

El domicilio del demandado es foro general de competencia judicial internacional en el Reglamento 1215/2012 (art. 4). A tenor de este foro, son competentes los tribunales del Estado miembro en el que se halle domiciliado el demandado.

La regla *actor sequitur forum rei* tiene un fundamento jurídico-privado, en cuatro sentidos: a) Este foro beneficia al demandado, pues le permite una adecuada organización de la defensa procesal en su propio país; b) Este foro también beneficia al demandante. Refuerza la tutela judicial efectiva, pues permite una rápida ejecución de la sentencia, ya que el patrimonio del demandado suele concentrarse en el Estado donde éste posee su domicilio; c) Este foro reparte las cargas entre las partes de modo equitativo: el actor decide cuando demandar, mientras que no puede decidir en qué país demandar: debe demandar en el país de domicilio del demandado; d) Facilita la concentración, ante los mismos tribunales estatales, de litigios que tienen su fuente en hechos ocurridos en varios países.

1) Se dice que el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento 1215/2012 es un foro general porque opera con independencia de varios factores: a) La materia objeto del litigio; b) El tipo de proceso del que se trate: proceso declarativo, proceso ejecutivo o juicio monitorio.

2) El foro del domicilio del demandado es un foro débil, pues no opera si el litigio es objeto de foros de competencia exclusiva (art. 24), o existe sumisión de las partes a tribunales de otros Estados (arts. 25 y 26).

3) El Reglamento 1215/2012 no impone un concepto material de domicilio valido a efectos del artículo 4 y común a todos los Estados miembros, debido a que el concepto de domicilio es muy distinto en cada Estado miembro. El Reglamento 1215/ 2012 contiene ciertas reglas para fijar el domicilio, que son las siguientes:

• Persona física: Para determinar si una parte, persona física, está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicara su Ley interna (art. 62).

Cuando una persona física sea demandada ante los tribunales españoles en virtud del art. 2 R.1215/2012, el tribunal español debe comprobar, con arreglo a las normas españolas, si dicho demandado tiene su domicilio en España. Así, para saber si un sujeto esta domiciliado en España, debe aplicarse el art. 40 CC. Este precepto identifica el domicilio con la "residencia habitual". Cuando una parte no estuviera domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte esta domiciliada en otro Estado miembro, aplicara la Ley de dicho Estado miembro. Es una solución conflictual, una remisión a una Ley estatal (Ley del domicilio presunto).

• Personas jurídicas: Se considera que una sociedad u otra persona jurídica esta domiciliada en el lugar en que se encuentre: (a) su sede estatutaria; (b) su administración central, o (c) su centro de actividad principal (art. 63 Bruselas I bis). En torno a esta noción triple y material de domicilio de las personas jurídicas, cabe formular algunas precisiones: 1) El art. 63 contiene, a estos efectos, una noción material de domicilio de la persona jurídica: no hace falta recurrir a nociones derivadas de ningún Derecho nacional. 2) Al utilizar un criterio triple de domicilio de la persona jurídica, aumentan las posibilidades de demandar a una empresa en virtud del art. 4 R.1215/2015. En efecto, tribunales de varios Estados miembros pueden ser competentes con arreglo al art. 4 R.1215/2012. Ello refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional con las empresas internacionales, pues en el caso de que no cumplan sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandarlas ante tribunales de varios Estados miembros en virtud del art. 4 Reglamento Bruselas I bis.

4) Exceptuando lo previsto en los arts. 24 y 25 Bruselas Ibis (foros exclusivos y acuerdos atributivos de competencia) las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo pueden ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en el art. 4 (foro general del domicilio del demandado) y foros de competencia especiales (arts. 7-23). No podrán invocarse frente a ellas, en particular, las reglas de competencia nacionales de carácter exorbitante (art. 5.2 Bruselas I bis). Por el contrario, si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro (incluidos posibles foros de competencia exorbitantes).

3.5.Foros especiales.

Estos foros se contienen en los arts. 7 a 23 Bruselas I bis. Son foros alternativos al domicilio del demandado: Siempre que sea de aplicación el art. 4 (domicilio del demandado), el demandante puede accionar contra el demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que éste tiene su domicilio o, si lo prefiere, ante los tribunales del Estado miembro a los que conducen los foros especiales por razón de la materia que correspondan (arts 7 a 23). Los foros especiales son consecuencia del principio de buena administración de la Justicia o eficaz desarrollo del procedimiento. Tal principio aconseja abrir un foro de competencia judicial internacional en favor de los jueces del lugar más próximo al litigio (STJCE 22 noviembre 1978, Somafer). Sin embargo, tales foros se denominan también "foros de ataque", pues otorgan al demandante una posibilidad adicional de interponer su demanda ante tribunales de otro Estado miembro diferente al Estado miembro de domicilio del demandado.

<u>Foro especial en materia contractual</u>

El art. 7.1 R.1215/ 2012 contiene un foro especial en materia contractual, que ha generado una muy rica jurisprudencia por parte del TJCE y de los tribunales nacionales, así como una infinita serie de comentarios por parte de la doctrina. El art. 7.1 es un precepto muy complicado, por lo que su análisis exige aclarar varios datos previos:

a) Definición de materia contractual. La noción "materia contractual" es una noción autónoma y propia del Reglamento 1215/2012 (STJCE 22 marzo 1983, Peters, STJCE 8 marzo 1988, Arcado, STJCE 27 septiembre 1988, Kalfelis, STJCE 17 junio 1992, Handte, STJCE 27 octubre 1998, Re'union, STJCE 17 septiembre 2002, Tacconi, STJCE 1 octubre 2002, Henkel, STJCE 5 febrero 2004, Frahui). Para determinar si el objeto del litigio constituye una "materia contractual" no debe recurrirse al concepto que sobre tal noción se tenga en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Así, la materia contractual comprende los litigios derivados de una "vinculación jurídica voluntaria entre las partes" (STJCE 22 marzo 1983, Peters, STJCE 17 junio 1992, Jakob, STJCE 17 septiembre 2002, Tacconi, STJCE 5 febrero 2004, Frahui, STJCE 20 enero 2005, Engler). El TJCE entiende que tal vinculación jurídica voluntaria entre las partes concurre en el caso de pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de contratos preliminares. En consecuencia, el litigio puede versar sobre materia contractual incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente y por tanto, no hay contrato. Por el contrario, no son supuestos de materia contractual las reclamaciones de terceros. Así, las relaciones entre fabricante y sujeto que adquirió la mercancía de un intermediario, no son contractuales; tampoco lo son los litigios que enfrentan a una asociación de consumidores con un profesional.

b) Precisión de la obligación que sirve de base a la demanda. Con arreglo al art. 7.1, el tribunal competente es el tribunal que corresponde al lugar del Estado miembro en el que debe cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda. Determinar cuál es esa obligación no es tarea sencilla. Deben distinguirse varios supuestos:

(1) Contrato de compraventa de mercaderías. En relación con este contrato, la obligación que sirve de base a la demanda es la entrega de las mercancías. El lugar de cumplimiento de la obligación de entrega de las mercaderías es el lugar del Estado miembro en el que, según lo pactado por las partes en el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías. En el marco del art. 7.1 b) guión primero, todas las demandas de derivadas de un contrato de compraventa de mercancías deben presentarse ante el tribunal correspondiente a dicho lugar, y no solo las demandas derivadas de la entrega de la mercancía (STJCE 25 febrero 2010, as. C-381/08, Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl, FD 50).

(2) Contrato de prestación de servicios. La obligación que sirve de base a la demanda es la prestación del servicio. El lugar de prestación de los servicios será el pactado por las partes en el contrato. En consecuencia, es competente para conocer de los litigios contractuales derivados de contratos de prestación de servicios, el tribunal de lugar del Estado miembro en el que se deben prestar los servicios (art. 7.1.b) guion segundo.

En la compraventa de mercaderías o prestación de servicios, con múltiples lugares de prestación de los servicios o de entrega de las mercancías en Estados Miembros distintos previstos en el contrato, deberá atenderse al lugar de la prestación principal.

(3) Supuestos en los que no operan las soluciones directas del art. 7.1. Existen distintos casos en los que las dos soluciones anteriores, previstas para los contratos de compraventa de mercancías y de prestación de servicios, no son operativas. Entre, otros, son los siguientes 1.°) Pacto en contrario entre las partes. Las partes pueden pactar que, aunque se trate de un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios (art. 7.1.b), el tribunal competente no se fije a través del lugar de entrega de las mercancías o de prestación de los servicios. 2.º) Contratos que no son ni compraventas de mercaderías ni prestaciones de servicios. Ejemplos: contrato de Joint Venture, permuta, venta de inmueble, venta de acciones o participaciones sociales, contrato de atraque de nave etc. 3.°) Compraventa de mercaderías o prestación de servicios, cuyo lugar pactado de entrega de

las mercancías o de prestación del servicio es un Estado no miembro. Ejemplo: en una compraventa de mercancías en la que se pacta la entrega de estas en Nueva York y el pago en París.

En estos casos, es competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplir la obligación que sirviere de base a la demanda, que es la obligación presuntamente incumplida. Para concretar el lugar de cumplimiento de dicha obligación debe aplicarse la Ley que regula el contrato. Dicha Ley se determina con arreglo a las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto (STJCE 5 octubre 1999, Bodetex, STJCE 6 octubre 1976, Tessili, STJCE 6 octubre 1976, De Bloos, STJCE 28 septiembre 1999, Concorde, STJCE 29 junio 1994, Custom)

Foro especial en materia de responsabilidad extracontractual

El art. 7.2 contiene un foro especial en materia extracontractual disponiendo que será competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso: Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (....) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso". Este foro se justifica porque designa como competentes a los tribunales ante los cuales el coste de litigación internacional es el más reducido para ambas partes.

a) Concepto de materia delictual o cuasi delictual. Es éste un concepto que debe definirse de forma autónoma, propia del reglamento 1215/2012, sin que deban tenerse presentes las definiciones del concepto contenidas en los Derechos nacionales (STJCE 19 septiembre 1995, Marinari). El TJCE ha señalado que el concepto de materia delictual o cuasi delictual es muy amplio: comprende toda obligación que no surge de una relación jurídica libremente asumida por las partes (STJCE 27 septiembre 1988, Kalfelis; STJCE 22 marzo 1983, Peters; STJCE 26 marzo 1992, Reichert etc.)

b) Daños plurilocalizados: Este problema surge cuando un mismo hecho causal produce daños que se verifican en distintos países. Si se trata de ilícitos a distancia, lo que será frecuente, el demandante dispone de una opción de tribunal. Así, el demandante podrá demandar ante los tribunales del Estadio miembro en cuyo territorio ha tenido lugar el hecho causal o bien, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio donde se han verificado los daños. Además, en dichos supuestos, el TJCE sigue la tesis del mosaico (STJCE 30 noviembre 1976, Mines de Potasse; STJCE 26 marzo 2, Dresdner Bank II; STJCE 27 septiembre 1988, Kalfelis; STJCE 11 enero 1990, Dumez; STJCE 7 marzo 1995, Shevill; STJCE 19 septiembre 1995, Marinari). Ello significa que el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se han producido los daños dispone de competencia judicial internacional a tenor del art. 7.2 sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro. Dicho tribunal carece de competencia judicial internacional para conocer de los litigios derivados de daños verificados en otros Estados.

c) Derechos de la personalidad producidos por Internet (Asuntos eDate Advertising y Olivier Martinez; STJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising y Olivier Martínez, ECLI:EU:C:2011:685 y ECLI:EU:C:2010:656.). Criterio del "centro de intereses" de la víctima, con el que se fija la competencia en el lugar en donde se entiende que está el lugar principal donde opera el perjudicado por el daño, que normalmente coincidirá con el lugar de su residencia habitual o donde desarrolle su actividad profesional.

d) Víctimas indirectas. En determinados casos, algunas personas experimentan un daño indirecto como consecuencia del daño infligido directamente a otra persona, bien o derecho.

Pues bien, los sujetos que son presuntas víctimas indirectas no pueden utilizar el art. 7.2 para demandar en el Estado miembro en cuyo territorio han sufrido ese daño indirecto.

e) Daños indirectos: Daño indirecto es aquel que se padece como consecuencia de otro daño sufrido de modo directo. Pues bien, el lugar donde se experimenta un daño indirecto no es relevante para el art. 7.2 y no es operativo para abrir dicho foro de competencia judicial internacional. Por eso subraya el TJCE que no se considera "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso", el "lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro" (STJCE 19 septiembre 1995, Marinari, STJCE 10 junio 2004, Kronhofer).

Foro en acciones por daños y perjuicios o restitución derivados de un proceso penal

El art. 7.3 establece que será competente el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil.

Foro en litigios dirigidos a recuperar un bien cultural

El Reglamento de Bruselas I bis incorpora un nuevo foro especial en el art. 7.4 para los casos en que una persona reclama el derecho a recuperar un bien cultural, según se define en el art. 1.1 de la Directiva 93/7/CE, señalando que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el bien en el momento de interponer la demanda.

Litigios relativos a sucursales y agencias

ART. 7.5: este artículo establece otro foro especial de competencia. Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitos dichas sucursales o agencias.

a) Concepto de materia sucursales, agencias o establecimientos. Es éste un concepto que debe definirse de forma autónoma, propia del reglamento 1215/2001, por motivos de seguridad jurídica. Así, el concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento implica un centro de operaciones, que se manifiesta de forma duradera como la prolongación de una casa madre, provisto de una dirección y materialmente equipado de forma que pueda negociar con terceros (STJCE 22 noviembre 1978, Somafer).

b) Sin embargo, el TJUE no ha sido consistente en su interpretación del concepto de "sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, expandiendo las posibilidades del actor de litigar ante tribunales de un estado miembro que no es el estado del domicilio del demandado. En este sentido, según el TJUE, el art. 7.5 se aplica al caso de una persona jurídica establecida en un Estado contratante, que, sin explotar una sucursal, agencia o establecimiento carente de autonomía en otro Estado contratante, ejerza sin embargo en dicho Estado sus actividades a través de una sociedad independiente que lleve el mismo nombre y tenga la misma dirección, que actúe y celebre negocios en su nombre y de la que se sirva como si fuera una prolongación (STJCE 9 diciembre 1987, Schotte vs. Parfums Rothschild).

Foros de vinculación procesal

El art. 8 y 9 del R.1215/2012 establece foros de competencia judicial internacional que permiten demandar a las personas domiciliadas en un Estado miembro por razón de conexidad. Se trata de estos casos: a) Litisconsorcio pasivo; b) Ejercicio de acciones de

garantía e intervención de terceros; c) Reconvención; d) Acumulación de acciones reales y contractuales; e) Foro de conexidad marítimo.

Los foros de vinculación procesal no operan si existe una elección de tribunal válida a tenor del art. 25 R.1215/2012. El tribunal elegido prevalece sobre el art. 8 y 9 siempre que la sumisión sea válida con arreglo al art. 25 (STJCE 14 diciembre 1976, Colzani, STJCE 14 diciembre 1976, Segoura; STJCE 9 noviembre 1978, Meeth, AAP Madrid 22 marzo 2004, Sent. Cass Italia 28 marzo 2006).

a) Litisconsorcio pasivo. Cuando existen varios demandados, el art. 8.1 R.44/2001 permite al demandante presentar su demanda contra todos los demandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos (STJCE 27 septiembre 1988, Kalfelis; STJCE 11 octubre 2007, Freeport, SAP Alicante 18 enero 1995). El art. 8.1 hace competente, directamente, al tribunal correspondiente al domicilio de cualquiera de los demandados. Para poder hacer uso del foro previsto en el art. 8.1, todos los demandados deben estar domiciliados en un Estado miembro. Si uno de los co-demandados no reside en un Estado miembro del Reglamento, el art. 8.1 no puede utilizarse para hacer competente a un solo tribunal frente a los varios demandados (STJCE 27 octubre 1998, Europeenne). La cuestión se regirá, en tal caso, por las normas de producción interna del país cuyos tribunales conocen del asunto. El Reglamento 1215/2012 incorpora la posibilidad de que el trabajador recurra a este foro cuando actúa como demandante, lo cual no era posible con arreglo a la normativa anterior.

b) Reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial. Según el Art. 8.3, es competente el tribunal que estuviere conociendo de dicha demanda inicial en virtud de cualquier foro de competencia previsto en el Reglamento.

3.6 Foros de protección

Estos foros se contienen en los arts. 10 a 23 Bruselas I bis. Son foros que persiguen proteger a ciertos sujetos: tomador, asegurado, beneficiario, en materia de seguros; el trabajador y el consumidor.

Competencia judicial en materia de seguros

La Sección 3 del Título II del Reglamento 1215/2012 (arts. 10-16) persigue la finalidad de proteger a ciertos sujetos: tomador, asegurado, beneficiario, frente la posición fuerte que muestran las grandes empresas aseguradoras, empresas que utilizan contratos de adhesión. No existe un foro único de competencia judicial internacional exclusiva en materia de seguro. Por tanto, el demandante dispone de la posibilidad de demandar ante tribunales de Estados miembros distintos, si bien su margen de elección del tribunal competente es limitado. Además, se admite la sumisión de las partes, de forma que éstas pueden, cumpliendo condiciones más estrictas que las generales, elegir por acuerdo el tribunal competente.

A) El Reglamento 1215/2012 admite la sumisión como foro de competencia judicial internacional, pero la somete a límites muy severos (art. 15). Con ello se persigue la defensa de los intereses de los asegurados, partes débiles en la relación jurídica. Así pues, en materia de seguro, la sumisión expresa será válida:

1) Cuando la sumisión es posterior al nacimiento del litigio.

2) Cuando la sumisión expresa amplía los foros de ataque existentes en la Sección 3 del Reglamento a favor del tomador del seguro, asegurado o beneficiario, ya que tal sumisión

permite a estos sujetos formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en citada Sección 3.

3) Cuando la sumisión sea un acuerdo celebrado por un tomador del seguro un asegurador domiciliados con residencia habitual en el mismo Estado miembro tenga por objeto atribuir la competencia a los tribunales de dicho Estado, aun cuando el siniestro se produzca en el extranjero.

B) Reglamento 1215/2012 y sumisión tácita en materia de seguro. El art. 26 Bruselas I bis es aplicable a los litigios relativos al seguro.

C) En ausencia de sumisión, expresa o tácita, el Reglamento 1215/2012 distingue entre demandas contra el asegurador y demandas contra el asegurado.

1) Tribunales competentes para conocer de las demandas contra el asegurador: Son competentes los siguientes tribunales, de modo alternativo:

a) Tribunales del Estado de domicilio del asegurador. Y Cuando el asegurador no estuviera domiciliado en un Estado miembro pero tuviere sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerara, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro (art. 11.2).

b) Tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio el demandante, sea éste el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario. Se trata de un foro de ataque, diseñado para proteger los intereses de la parte más débil de la relación jurídica (art. 11.1 b).

c) Órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso cuando se trate de seguros de responsabilidad o de seguros relativos a inmuebles.

2) Tribunales competentes para conocer de las demandas contra el tomador del seguro, asegurado o beneficiario. Como regla general, cuando el asegurador es el demandante, sólo puede dirigirse contra el tomador del seguro, asegurado o beneficiario ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de estos sujetos (art. 14).

<u>Competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo</u>

La competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo se rige, exclusivamente, por la Seccion 5ª del TÍtulo II (STJUE 22 mayo 2008, asunto C 462/06, Glaxosmithkline).

El Reglamento 1215/2012 no contiene un concepto de "contrato de trabajo". Sin embargo, tal concepto debe ser autónomo, esto es, un concepto propio del Reglamento y diferente del que se mantiene en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Así lo afirma la jurisprudencia (STJCE 13 julio 1993, C-125/92, Mulox, STJCE 15 enero 1987, asunto 266/85, Shenavai, STJCE 8 marzo 1988, Arcado, STJCE 13 noviembre 1979, asunto 25/79, Sanicentral). Para concretar la noción autónoma de contrato de trabajo puede utilizarse la noción que el TJUE utiliza en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Existe contrato de trabajo "cuando una persona proporciona durante un cierto período de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución" (STJCE 26 febrero 1992, Bernini, STJCE 31 mayo 2001, Leclere).

A) Trabajador demandante: En el marco del Reglamento 1215/2012, los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados, a elección del trabajador, ante tribunales de los siguientes Estados miembros (art. 21): 1) Tribunales del Estado miembro

en que estuvieren domiciliados los empresarios; 2) Tribunales del Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario, que corresponden al lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado (art. 21.1 b) i); 3) Tribunales del Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario, que corresponden al lugar en que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, pero sólo en el caso de que el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art. 21.1 b) ii)); 4) Tribunales del Estado miembro correspondientes al lugar de prestación temporal de los servicios laborales, foro que puede emplearse en el caso de trabajadores desplazados temporalmente para prestar sus servicios en otro Estado miembro (art. 16.1 Ley 45/1999 y art. 6 Directiva 96/71/CE).

Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro. Además, como novedad del Reglamento 1215/2012 establece que cuando el empresario no esté domiciliado en un Estado miembro, el trabajador podrá demandarlo en los foros del art. 21.1, b).

B) Empresario demandante y trabajador demandado. Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el tribunal del Estado miembro en el que estos últimos tuvieren su domicilio (art. 22).

Si existe pacto de sumisión celebrado entre empresario y trabajador en favor de unos tribunales estatales, sólo los trabajadores pueden demandar a los empresarios ante los tribunales elegidos por ambos, pero siempre que concurran estas circunstancias (art. 23): 1) Los acuerdos atributivos de competencia deben ser posteriores al nacimiento del litigio, o que; 2) Tales acuerdos permitieren al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados anteriormente en el art. 21.

Si no se verifica ninguna de estas dos circunstancias, el pacto de sumisión no es válido ni eficaz.

Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores

El Reglamento 1215/2012 protege al consumidor a la hora de fijar la competencia judicial internacional. Sin embargo, para ello, deben concurrir varios requisitos.

A) Concepto de consumidor.

1.) Definición base. Según el art. 17.1 es consumidor la persona que adquiere bienes o servicios para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (STJCE 21 junio 1978, Bertrand, STJCE 19 enero 1993, Hutton; STJCE 15 septiembre 1994, Brenner, STJCE 3 julio 1997, Benincasa, STJCE 27 abril 1999, Mietz). La expresión “que pueda considerarse” significa que las normas sobre protección de consumidores recogidas en el Reglamento sólo pueden aplicarse si el consumidor actúa en el tráfico comercial con “apariencia externa” de tal consumidor. Si dicho consumidor se presenta y opera como un “profesional” frente a terceros, es entonces un “consumidor oculto” que no puede beneficiarse de las reglas específicas del Reglamento 1215/2012. De dicho modo se protege el principio de la apariencia en el tráfico mercantil internacional. Un profesional que cree estar contratando con otro profesional no debe resultar perjudicado por el hecho de que ese falso profesional es, en realidad, un consumidor oculto cuyo carácter de consumidor real no pudo detectar razonablemente.

2) Asociaciones de consumidores y cesionarios de derechos. No son considerados como consumidores en el Reglamento (STJCE 19 enero 1993, Hutton, y STJCE 1 octubre 2002, Henke).

3.) Contratos con doble finalidad. Cuando el contrato tiene por objeto tanto un fin privado como un fin profesional, el contrato no se considera celebrado por un consumidor, salvo que el uso profesional sea marginal e insignificante en el contexto global de la operación (STJCE 20 enero 2005, Gruber). Este caso se planteó cuando un agricultor austríaco, propietario de una granja para cerdos que era asimismo utilizada como vivienda habitual por la familia del agricultor al menos en un 60% del inmueble, compró unas tejas a una empresa alemana para renovar el techo de su granja.

B) Profesional. El sujeto que contrata con el consumidor debe ser un "profesional". Es cierto que el Reglamento 1215/2012 no contiene expresamente dicha exigencia. Sin embargo, la doctrina estima que sólo hay contrato de consumo si el otro contratante es un profesional y no una persona que opera a titulo meramente particular al margen de cualquier actividad profesional. Esta interpretación presenta la ventaja de alinear las disposiciones del Reglamento de Bruselas I bis con las del Reglamento Roma I, que exigen, de modo expreso, que el otro contratante sea, efectivamente, un profesional (art. 6.1 Reg. Roma I).

C) Tipo de contrato de consumo. No todo contrato en el que participa un consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento 1215/2012. En efecto, debe tratarse de uno de los siguientes contratos: (1) Una venta a plazos de mercaderías. (2) Un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiaci6n de la venta de tales bienes; (3) Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades. Este tercer inciso está previsto, fundamentalmente, para los contratos de consumo *on line*. La idea del art. 17.1.c) es que se impone la carga de litigar en el país de domicilio del consumidor a la empresa que opera habitualmente en dicho país o que dirige sus actividades a dicho país. Se protege así al consumidor pasivo, que es el consumidor que ha sido "asaltado" en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro; Este tercer inciso cubre todo tipo de contrato: ventas, alquileres, préstamos, licencias, permutas, etc. Se incluyen los contratos de Time-Share. Por tanto, queda sin protección jurisdiccional el consumidor activo, consumidor que se desplaza a otro Estado miembro de la UE para adquirir bienes o servicios, a menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre está protegido; Además, están excluidos los contratos de transporte que no sean paquetes turísticos.

FOROS

1) Cuando el demandante es el consumidor, puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes (art. 18).

a) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, si está domiciliado en la EU (art. 18.1). Cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro

b) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor. Este foro de competencia judicial internacional es, también, un foro de competencia territorial: el precepto se refiere al lugar en que estuviere domiciliado el consumidor (art. 18.1). La idea que inspira

este foro es rebajar los costes del consumidor en el acceso a la Justicia: puede litigar ante los tribunales del lugar donde está domiciliado (Forum Actoris), sin necesidad de "desplazarse" a un país extranjero para demandar al profesional.

2) Cuando el demandado es el consumidor. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 18.2).

3) Sumisión: El empresario y consumidor pueden acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su co-contratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohibiere tales acuerdos (art. 19).

3.7.Medidas provisionales y cautelares.

La ejecución de las resoluciones judiciales de condena puede verse frustrada por varios motivos: 1) Los procesos judiciales internacionales duran un tiempo considerable. Ello hace que el patrimonio del deudor disminuya de valor y facilita que el deudor enajene su patrimonio para dejar al acreedor sin cobrar: 2) Los tribunales solo tienen poder efectivo en el territorio en el que ejercen su función jurisdiccional, que es el territorio del país al que pertenecen. Por ello, el deudor puede trasladar su patrimonio desde un Estado a otro, y evitar, de ese modo, la ejecución sobre su patrimonio. Las medidas cautelares internacionales intentan reducir estos riesgos, manteniendo una situación de hecho o de Derecho, con el fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita al juez que conoce del fondo del asunto (STTJCE de 26 de marzo de 1992, Reichert). El reglamento 1215/2012 ofrece información adicional sobre medidas concretas que quedan cubiertas o no por este precepto en su considerando 25.

A tenor del art. 35 Reglamento 1215/2012, el demandante de medidas cautelares puede solicitar tales medidas, alternativamente, ante distintos tribunales estatales: 1) Tribunal del Estado miembro que conoce del fondo del asunto; 2) Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se debe cumplir la medida cautelar.

• Tribunal del Estado miembro que conoce del fondo del asunto. El tribunal que conoce del fondo del asunto en virtud de cualquier foro de los recogidos en el Reglamento 1215/2012 puede también acordar medidas cautelares en relación con el pleito principal (STJCE 17 noviembre 1998, *Van Uden*). Este tribunal puede adoptar medidas provisionales o cautelares sobre bienes situados en el territorio del Estado miembro al que pertenece el tribunal, pero también sobre bienes situados en otro Estado miembro. En este segundo caso, es necesario que la medida provisional o cautelar haya sido adoptada con audiencia del demandado (Considerando 33 y STJCE 2 1 mayo 1980, *Denilauler*).

• Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se debe cumplir la medida cautelar. Lo permite el art. 35, que abre un foro especial en materia cautelar en favor de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se deba cumplir la medida cautelar solicitada. Este foro se justifica porque potencia la efectividad de la tutela cautelar, es decir, la adopción por sorpresa y con notable velocidad de estas medidas cautelares. El foro logra anticipar la ejecución de la resolución final e inmoviliza los activos del deudor que servirán, presumiblemente, para dar ejecución a la sentencia final. El reglamento 1215/2012 se encarga de precisar que, en este caso, las medidas limitarán sus efectos al Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional que las adopta (Considerando 33).

4.- Problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional

El Reglamento 1215/2012 contiene varias normas de aplicación para resolver los problemas que suscitan las normas de regulación de la competencia judicial internacional. Las más relevantes abordan estas cuestiones: 1) Control de oficio de la competencia; 2) Litispendencia y demandas conexas.

4.1 Comprobación de la competencia judicial y de la admisibilidad.

Supuestos en los que el tribunal debe declararse de oficio incompetente. Tales supuestos son, exclusivamente, los que siguen.

1) Litigios que son competencia exclusiva de tribunales de otro Estado miembro (art. 27). El tribunal de un Estado miembro que conoce a título principal de un litigio del que son exclusivamente competentes los tribunales de otro Estado miembro en virtud del art. 24 R.1215/2012, se declarará incompetente de oficio. De tal modo, se protegen los intereses estatales que justifican la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales de otro Estado. Es irrelevante que el demandado comparezca o no.

2) Litigios respecto de los cuales el tribunal que conoce del caso carece de foro de competencia a tenor del Reglamento 1215/2012 y el demandado está domiciliado en un Estado miembro (art. 28.1). Si una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciera, dicho tribunal se declarará de oficio incompetente si su competencia no estuviera fundamentada en las disposiciones del Reglamento 1215/2012. Ello significa que, si el demandado domiciliado en un Estado miembro, no comparece ante un tribunal de otro Estado, y dicho tribunal no es competente en virtud de ninguno de los foros recogidos en el Reglamento — domicilio del demandado, foros especiales por razón de la materia, sumisión expresa alegada por el demandante—, el tribunal estará obligado a declararse incompetente de oficio. La incomparecencia del demandado ante un tribunal de un Estado miembro no significa sumisión por su parte a dicho tribunal y no puede, en consecuencia, suplir la falta de otros foros de competencia en favor de dicho tribunal (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 114 en DOUE 13 diciembre 2009).

Garantías procesales y Bruselas I bis: el art. 28.2 indica que el tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin.

4.2 La litispendencia y la conexidad

Se produce la litispendencia cuando un mismo asunto cubierto por el Reglamento 1215/2012, con identidad de objeto, partes y causa, se halla pendiente ante tribunales de Estados miembros distintos. En estos casos de litispendencia internacional intra UE (lis pendens), el Reglamento 1215/2012 proporciona una solución específica en su art. 29. Pero una novedad del Reglamento 1215/2012 es que sus reglas no se refieren únicamente a la duplicidad de procedimientos entre Estados miembros, sino que también incorpora soluciones cuando la duplicidad de procedimientos se produce entre un Estado miembro y un tercer Estado.

Para que exista litispendencia es preciso que se verifiquen los siguientes requisitos (art. 29):

1) Identidad de partes, objeto y causa. Es preciso que se hayan formulado demandas entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. Tales conceptos son propios del Reglamento: STJCE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*).

• La identidad de causa significa identidad de origen jurídico: ad ex. las demandas tienen su origen en el mismo contrato (STJCE 8 diciembre 1987, Gubisch). La STJCE 14 octubre 2004, Mersk, mantiene un concepto muy restrictivo de causa: constituye la causa los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda.

• La identidad de objeto significa que ambas demandas tienen el mismo objetivo,—ad ex el cumplimiento de una misma obligación.

• La identidad de partes debe entenderse en el sentido procesal: mismas personas, cualquiera que sea su posición procesal o su domicilio, que incluso puede localizarse en un tercer Estado no miembro (STJCE 27 junio 1991, *Overseas*; STJCE 14 octubre 2004, Mersk). En el caso de dos demandas, con misma causa y mismo objeto, pero en relación a las cuales las partes del segundo procedimiento coinciden sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado miembro, puede apreciarse litispendencia sólo por lo que se refiere a las partes que lo son en ambos procedimientos: el proceso continuará entre las demás partes (STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*).

2) Litigios cubiertos. Es preciso que los litigios se refieran a cuestiones cubiertas por el ámbito material del Reglamento 1215/2012 (STJCE 20 enero 1994, *Owens*).

3) Litispendencia *intra* Unión Europea. Es necesario que los órganos jurisdiccionales que conocen de tales demandas pertenezcan a Estados miembros del Reglamento 1215/2012. El art. 29 contempla una litispendencia propia de la UE. Pero se aplica también cuando alguno de los tribunales conoce, ex art. 6 R.1215/2015, sobre la base de un foro, exorbitante o no, previsto en las normas de producción interna de su Estado (STJCE 27 junio 1991, *Overseas*). Por el contrario y como novedad del Reglamento 1215/2012 se introduce en los arts. 33 y 34 dos reglas adicionales relativas a situaciones de litispendencia con terceros países. Estas reglas solo se aplican si el órgano jurisdiccional del Estado miembro es competente en base al foro del domicilio del demandado o los foros especiales (arts. 4,7,8 ó 9). Además estas reglas se aplican con carácter facultativo

Verificada la situación de litispendencia, el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda debe suspender de oficio el procedimiento en tanto no se declarare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera, e inhibirse en favor de tal tribunal si este se declarare competente (art. 29.1). La solución recogida en el art. 29 se basa en la regla prior tempore, potior jure (*first come first served*). El juez que conoce de la segunda demanda suspende el procedimiento y espera para ver qué actitud adopta el tribunal ante el que se presentó la primera demanda. Por tanto, si este primer tribunal se declarara incompetente, el segundo tribunal puede entrar en el conocimiento del asunto, si concurre a su favor un foro de competencia judicial internacional previsto en el Reglamento. Pero si el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declara competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquel. La solución es lógica. El art. 29 evita dobles procesos y garantiza que la única sentencia que se dicte circulará sin problemas en los Estados miembros del Reglamento 1215/2012.

No obstante, la solución dada por este precepto a la litispendencia intra UE ha suscitado ciertas críticas. La primera consiste en que el art. 29 fomenta la carrera hacia el tribunal (Rush to Courts). Y es verdad: visto que el primer tribunal tiene preferencia sobre el segundo para conocer del mismo caso, resulta que, en caso de proceso inminente, las partes, en vez de tratar de llegar a un acuerdo, tenderán a correr hacia un tribunal para situar el pleito en el

tribunal del Estado miembro que más les convenga. La segunda crítica se debe a que el art. 29 permite el ejercicio de las llamadas Torpedo Actions. Se denominan "acciones torpedo" las acciones procesales que inicia una parte ante un litigio inminente, pero con el objeto de situar el proceso ante un tribunal de un Estado caracterizado por la lentitud del procedimiento. Con estas acciones, el proceso se torpedea y queda empantanado ante el tribunal de un Estado y, como se trata de los tribunales que han entrado en primer lugar en el conocimiento del caso (art. 29), ello impide que otros tribunales de otros Estados miembros puedan entrar a conocer del asunto, incluso aunque tales tribunales dispongan de un foro de competencia al efecto o hayan sido elegidos como tribunales competentes por las partes en virtud de un pacto de sumisión. Por esta razón, en el Reglamento 1215/2012 la regla de funcionamiento de la litispendencia se altera en caso de que uno de los órganos jurisdiccionales tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo atributivo de competencia (art. 25). En este supuesto, el Reglamento señala que el órgano jurisdiccional designado en virtud del acuerdo será el que tenga preferencia para decidir sobre competencia judicial internacional, aunque la demanda se le hubiese planteado en segundo lugar. Cualquier órgano jurisdiccional de otro estado deberá suspender el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional designado decida sobre su competencia y en el caso de que se declare competente, a qué deberá abstenerse en su favor (art. 31.2 y 3)

Demandas conexas. El art. 30 R.1215/2012 se ocupa de la cuestión de conexidad internacional. Por demandas conexas deben entenderse demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente. Para las situaciones de conexidad se prevén dos posibles soluciones: la primera es que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior suspenda el procedimiento hasta esperar que resuelva el primero (art. 30.1); y la segunda que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda en segundo lugar decline su competencia a instancia de una de las partes, siempre que la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia y que el órgano jurisdiccional que conozca de esta primera demanda sea competente para conocer también la segunda y que la ley permita la acumulación (art. 30.2)

Las demandas deben estar pendientes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados participantes en el Reglamento 1215/2015, aunque el Reglamento prevé su aplicación facultativa a situaciones de conexidad con terceros países (art. 34).

Finalmente, a tenor del art. 31, cuando en demandas sobre un mismo asunto los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros se declaren exclusivamente competentes, p.ej. arrendamientos de inmuebles de corta duración donde se ofrece un doble foro de competencia, la declinación de competencia será en favor del órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda.

5.- Otras normas procesales europeas en materia civil y mercantil

Como ya se ha apuntado, son cada día más numerosos debido a la competencia de la UE para celebrar normas de DIPr. (art. 81 TFUE). Además del Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil) otros textos europeos que contienen normas sobre competencia judicial son: el Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre de 2003 (materia matrimonial y responsabilidad parental); Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000 (procedimientos de insolvencia, revisado en el Reglamento 848/2015, que entrará en vigor en 2017); Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 (competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos), Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la

competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones , a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo y, más recientemente, Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

Tema 4.- EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (II)

1.- El Reglamento (CE) n° 1111/2019 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; 2.- Normas aplicables; 3.- Delimitación ámbitos de aplicación; 4.- Foros en materia de crisis matrimonial; 5.- Foros en materia de responsabilidad parental; 6.- Foros en materia de alimentos; 7.- Otros foros

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es

www.uloyola.es

1.- *El Reglamento (CE) n° 1111/2019 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*

El Reglamento 1111/2019 regula la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial, junto al art. 22 LOPJ. El Reglamento está en vigor desde el 1 de agosto 2022. Deroga al Reglamento 2201/2003 que sustituyó al Reglamento 1347/2000, que a su vez convirtió con ciertos cambios, el texto del precedente Convenio de 28 mayo 1998 (DOCE núm. 221 de 16 julio 1998), texto que nunca llegó a entrar en vigor. El Reglamento 1111/2019, entre otras novedades, suprime completamente del exequátur para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

2. Normas aplicables

El Reglamento 1111/2019 contiene siete foros distintos de competencia judicial internacional en materia de separación, nulidad y divorcio, que se caracterizan por varias notas: a) Son foros alternativos de competencia judicial internacional: El Reglamento contiene una lista que contiene numerosos foros de competencia judicial internacional: basta con que concurra uno de tales foros, para que los Tribunales del Estado Miembro de que se trate se declaren competentes b) Son foros de competencia judicial internacional, es decir, competencia en su conjunto. La precisión del concreto tribunal territorialmente competente debe hacerse con arreglo al Derecho procesal de cada Estado miembro c) Son foros controlables de oficio. El juez ante el que se presenta la demanda de divorcio, separación o nulidad, debe controlar de oficio su competencia. Si comprueba que, con arreglo al Reglamento 1111/2019, carece de competencia y esta corresponde a tribunales de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente (art. 18). También deberá el juez declararse de oficio incompetente en el caso de que compruebe que no es internacionalmente competente con arreglo a los foros del Reglamento 1111/2019 ni con arreglo, en su caso, a sus normas de producción interna, incluso aunque no sea competente otro tribunal de otro Estado miembro d) Alcance objetivo: son foros que otorgan competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro pero sólo a los efectos de declarar la separación, la nulidad y el divorcio, y no a otros efectos (SAP Cantabria 13 junio 2008 [divorcio entre peruanos y competencia

para decidir en torno a los derechos de visita de los abuelos sobre los menores]). Estos foros deben aplicarse, igualmente, para determinar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros para dictar las llamadas medidas previas a la separación y divorcio.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*
Profesora titular de Derecho internacional privado
UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

3.- Delimitación ámbitos de aplicación

El Reglamento 1111/2019 sólo regula materias civiles. El Reglamento es aplicable a todo procedimiento público civil, sea judicial o no lo sea, relativo a crisis matrimoniales. El Reglamento 1111/2019 regula las siguientes cuestiones: (a) La competencia judicial internacional relativa, por un lado, al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, y por otro lado, a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental; (b) Reconocimiento y exequatur de resoluciones dictadas, por un lado, en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, y por otro lado, en materia de atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental; (c) Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental.

El Reglamento 1111/2019 no regula: (a) Los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones que revisten carácter religioso; (b) Cuestiones conexas al divorcio, nulidad matrimonial o separación, tales como las causas de divorcio, el régimen económico matrimonial o las obligaciones de alimentos y pensiones post-divorcio (c) La disolución de las parejas de hecho (d) La separación de hecho entre los cónyuges; (e) La determinación de la Ley aplicable a las crisis matrimoniales.

El Reglamento 1111/2019 no define qué se entiende por matrimonio. Ciertos expertos indican que el concepto de matrimonio debe ser precisado de modo autónomo y propio del Reglamento, sin tener en cuenta la definición de matrimonio contenida en los Derechos de los Estados miembros. Otros expertos indican que el Reglamento 1111/2019 pudo haber definido el matrimonio, pero no quiso hacerlo. En efecto: se trata este de un concepto muy polémico en torno al que no existe consenso en los distintos Estados miembros de la UE. Por tanto, los tribunales de cada Estado Miembro aplicarán su propio Derecho interno para valorar si la unión entre dos personas que ahora se pretende disolver, es o no un matrimonio: matrimonios poligámicos, matrimonios entre personas del mismo sexo, etc. Aunque la primera tesis sería la más deseable para lograr una aplicación armónica del Reglamento en la UE, la segunda debe prevalecer. Es la que quiso el legislador de la UE.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación espacial, el Reglamento 1111/2019 se aplica por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados de la UE, excepto Dinamarca.

En cuanto al ámbito de aplicación personal del Reglamento 1111/2019, el art. 6 establece las siguientes reglas:

1.°) Regla general (art. 6.2). Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o bien sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros contenidos en el Reglamento 1111/2019.

2.°) Regla especial (art. 6.1 y 6.3). Un cónyuge residente o nacional de la UE puede demandar al otro cónyuge no nacional y no residente en la UE utilizando los foros contenidos en las normas de producción interna. Los apartados 6.2 y 6.3 son una regla especial que se impone sobre el art. 6 R.1111/2019 con el objetivo de favorecer a los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro pero

cuyo divorcio es imposible en la UE a través del Reglamento 1111/2019 porque dicho no atribuye competencia judicial internacional a ningún tribunal de ningún Estado miembro.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

4.. Foros en materia de crisis matrimonial

Los tribunales de un Estado miembro,—exceptuada Dinamarca—, se declararán competentes cuando concurra cualquiera de estos siete foros de competencia judicial internacional (art. 3 R.1111/2019).

1) Residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.

2) Última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida en el momento de presentación de la demanda.

3) Residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.

4) Residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.

5) Residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. En ciertos casos específicos, este foro puede no reflejar una auténtica proximidad entre el Estado cuyos tribunales son competentes y la situación concreta. En tal caso, operaría como un foro exorbitante.

6) Residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión.

7) Nacionalidad de ambos cónyuges.

El concepto de residencia habitual es un concepto autónomo y propio del Reglamento, equivaliendo a "centro social de vida" o "lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable.

5.- Foros en materia de responsabilidad parental

Para precisar la competencia judicial internacional en relación con la protección de menores, son aplicables distintos instrumentos legales: a) El Reglamento 1111/2019 de 27 noviembre 2003 b) Convenio de la Haya de 19 de octubre 1996 (protección de menores), Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores c) Art. 22 ter y quáter LOPJ. En relación al Reglamento hay que precisar que éste sólo regula la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en materia civil relativa a la responsabilidad parental entre los estados miembros de tal Reglamento, que son todos los Estados de la UE excepto Dinamarca. El Reglamento no regula la determinación de la Ley aplicable a la responsabilidad parental.

El concepto de responsabilidad parental es un concepto autónomo, propio del Reglamento 1111/2019 y cubre exclusivamente materias civiles (STJUE 27 noviembre 2007, caso C). Este concepto cubre también las medidas de protección de menores de Derecho Público, como la guarda administrativa (STJUE 27 noviembre 2007, caso C) o el acogimiento en centros públicos en casos de abandono de menores (STJCE 2 abril 2009, menores C, D y E). Al ser un concepto

autónomo, la responsabilidad parental no puede ni debe ser definido con arreglo a la Ley de ningún Estado miembro concreto. Así, el término responsabilidad parental no equivale a la noción española de patria potestad; el concepto "responsabilidad parental" no existe en Derecho Civil español. Comprende los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor (art. 1.2, 1.3 y 2.7 R.1111/2019). Dicho concepto incluye, en particular: a) El derecho de custodia y derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; e) las medidas de protección del menor ligadas a la administraci6n, conservación o disposición de sus bienes; f) Las medidas de Derecho Público, como la guarda de un menor o su acogimiento en centros públicos en caso de abandono, siempre que sean medidas que no afecten a la educación y a la salud (STJUE 27 noviembre 2007, caso C, STJUE 2 abril 2009, menores C, D y E). Sin embargo, están excluidos del concepto (Cons.10 y art. 1.3 R.1111/2019): a) La determinación y la impugnación de la filiación; b) Las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, y la anulación y revocación de la adopción; c) El nombre y apellidos del menor; d) La emancipación; e) Las obligaciones de alimentos; f) Los fideicomisos y las sucesiones; g) Las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores; h) Las medidas relativas a la Seguridad Social; i) Las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud de menores; j) Las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración.

El Reglamento 1111/2019 finalmente contiene un concepto propio de menor, como aquella persona que tenga menos de 18 años (Art. 2.2 (6)). Bajo el Reglamento 2201/2003 había que acudir a las normas del DIPr. del Estado miembro cuyos tribunales conocían del asunto. Ello incrementaba la relatividad de soluciones la UE ya que un sujeto podía ser considerado menor en un Estado miembro, pero mayor de edad en otro.

Competencia judicial internacional y responsabilidad parental. La cuestión se regula en la Sección Segunda del Capítulo 2 del R.1111/2019. Con arreglo a tales disposiciones, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro del Reglamento 1111/ 2019, ya sean autoridades judiciales o administrativas, serán competentes para conocer de acciones relativas a la responsabilidad parental de los menores en los siguientes casos.

a) **Competencia general**: Art. 7 R1111/2019: Son competentes en materia de responsabilidad parental, las autoridades del Estado miembro en el que el menor resida habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante la autoridad. Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están en mejor situación para adoptar las medidas de protección del menor o medidas relativas a la responsabilidad parental del menor, ya que conocen de primera mano el medio social en el que vive el menor.

No obstante, existen excepciones a esta norma:

Art. 8: **Cambio de residencia legal** (traslado) del menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor que ya han dictado una resolución en materia de responsabilidad parental (en particular por lo que se refiere al derecho de visita) siguen siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia siempre que se cumplan determinadas condiciones.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Art. 9: **Sustracción ilícita de menores**: **residencia habitual anterior** si el menor cambia ilícitamente de residencia habitual (concepto traslado ilícito: Art. 2.2. 11 Reglamento; art. 3 Convenio de la Haya de 1980 y art. 7.2 Convenio de la Haya de 1996)**.**

- Esta competencia es **limitada**: **cesa** si la persona o institución con derecho de custodia da **conformidad** al traslado o la retención; o el menor lleva residiendo **un año** desde que la persona o institución con derecho de custodia tiene conocimiento de su paradero + menor está **integrado** en el nuevo entorno + se da **una** de las siguientes 4 circunstancias: 1) no se solicita restitución en plazo de un año desde conocimiento traslado; 2) se desiste de la solicitud de restitución; 3) El tribunal del Estado miembro de la residencia habitual anterior archiva la solicitud de restitución; 4) El tribunal del Estado miembro de la residencia habitual anterior dicta resolución de custodia que no implica restitución.

b) Pacto de sumisión (Art. 10): La elección está limitada a los tribunales del Estado Miembro de la residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, los de la antigua residencia habitual del menor o del Estado miembro de nacionalidad del menor. Al menos uno de los cónyuges debe ejercer la responsabilidad parental sobre el menor; las partes deben haber aceptado la competencia de dichos órganos jurisdiccionales en el momento de someter el asunto ante los mismos, y la competencia judicial internacional de dicho tribunal debe responder al interés superior del menor.

c) Competencia por presencia del menor (art. 11 R1111/2019). Cuando no se conozca la residencia habitual del menor y no la competencia no pueda determinarse conforme al art. 10, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. Naturalmente, si el menor se halla en un tercer Estado, este foro no opera.

d) Competencia residual: art. 14 R1111/2019. Si con arreglo al Reglamento 1111/2019 ningún tribunal de ningún Estado miembro es competente sobre la cuestión, entonces la competencia judicial internacional se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las normas jurídicas de cada Estado miembro, lo que incluye sus normas de DIPr. de producción interna y también los Convenios internacionales en vigor en dicho Estado miembro.

e) *Forum Non Conveniens* mediante codecisión: art. 12 R1111/2019: Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor, podrán adoptar dos previsiones: (1) Suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro; (2) Solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al art. 12.2 R.1111/2019. Según el art. 12.5 R.1111/2019, existe dicha vinculación especial cuando el otro Estado miembro es el Estado de actual residencia habitual del menor, o el Estado en el que el menor ha tenido su residencia habitual en el pasado, o el Estado miembro del que el menor es nacional, o el Estado miembro correspondiente a la residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o el Estado donde se hallan los bienes del menor en el caso de medidas relativas a los bienes.

Problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

a) El art. 18 R.1111/2019 obliga a controlar de oficio la competencia judicial internacional. El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el Reglamento 1111/2019 no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente. En dicho caso, el tribunal que se declara incompetente no está obligado a remitir el asunto a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro que si resulten competentes con arreglo al Reglamento (STJUE 2 abril 2009, menores C, Dy E, FJ 69). Ahora bien, en interés del menor, deberá informar de ello al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el art. 76 R.1111/2019 (STJUE 2 abril 2009, menores C. D y E,FJ70-71).

b) El art. 20 R.1111/2019 contiene una regla para resolver los casos de litispendencia en materia de responsabilidad parental: (a) Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera; (b) Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera; (c) Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél.

c) El art. 15 R.1111/2019 permite adoptar medidas provisionales y cautelares en caso de urgencia, a los tribunales de un Estado miembro sobre las personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo. El TJUE ha indicado que tales medidas provisionales o cautelares son las previstas en la legislación de cada Estado miembro (STJUE 2 abril 2009, menores C, Dy E, FJ 50-52), y que dichas medidas dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del Reglamento 1111/2019 para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas, sin que sea preciso que el tribunal que haya adoptado por razones de urgencia dichas medidas este obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aunque si la protección del interés superior del menor lo exige, deberá informar sobre tales medidas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el art. 76 R.1111/2019. Con mayor claridad, el TJUE ha indicado que estas medidas provisionales y cautelares a las que se refiere el Reglamento sólo pueden adoptarse si concurren tres requisitos cumulativos: deben ser medidas urgentes, deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro cuyos tribunales dictan dichas medidas provisionales o cautelares y deben tener carácter provisional (STJUE 23 diciembre 2009, as. C-403/09 PPU, Deticek vs Sgueglia, FJ 39 y STJUE 2 abril 2009, menores C, D y E, FJ 47). También ha declarado el TJCE que el art. 15 R.1111/2019 no puede emplearse como un instrumento al servicio del progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor a otro Estado miembro para obtener la custodia temporal de dicho menor, pues ello supondría prolongar la situación de hecho creada por su comportamiento ilícito o de legitimar los efectos de dicho comportamiento.

d) Regla específica para el acogimiento de menores (art. 82 R.1111/2019): cuando la autoridad competente en virtud de los arts. 7 a 14 R.1111/2019 acuerde el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores. Sólo podrá acordarse el acogimiento si la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio quedara acogido el menor ha aprobado dicho acogimiento.

En materia de responsabilidad parental se produce una interacción con otros dos instrumentos internacionales: el primero es el Convenio de La Haya del 96 sobre Protección de Menores, ratificado por todos los Estados Miembros de la UE y Albania, Armenia, Australia, Ecuador, Lesoto, Mónaco,

Montenegro, Marruecos, República Dominicana, Federación Rusa, Suiza, Ucrania, Uruguay. Esto quiere decir que cuando el menor tenga su residencia en estos terceros Estados, la autoridad española para decidir si es o no competente tiene que aplicar el Convenio de La Haya y no Bruselas II bis. También hay relación con el Convenio de La Haya 1980 sobre Secuestro Internacional de Menores. Este Convenio intenta garantizar la devolución del menor en supuestos de secuestro, pero la devolución no es automática, en el Convenio de La Haya hay básicamente un mecanismo de cooperación de autoridades, pero al final la autoridades nacionales tienen la última palabra al respecto (teniendo en cuenta aspectos como el interés superior del menor). Este régimen de La Haya es el que tenemos en vigor por ejemplo con Estados Unidos o con Rusia.

****NORMAS SOBRE RESTITUCIÓN EN SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN ILÍCITA DE MENORES****

El Art. 22 Reglamento 1111/2019 (Bruselas II ter) remite al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. El artículo 3 C. Haya 1980 recoge los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran ilícitos, así como el Reglamento (Art. 2 (11):

• cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuida separada o conjuntamente a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Y

• este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

• Custodia derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular el de decidir sobre su lugar de residencia (Art. 2 (9) R. Bruselas II ter). El derecho de custodia puede resultar en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

La finalidad principal del CH-80 es garantizar la **restitución inmediata del menor** trasladado o retenido de manera ilícita en cualquier Estado al Estado donde tenía su residencia habitual, luego toda excepción a esta regla general ha de tener una justificación que expresamente venga enumerada en el propio Convenio.

El CH-80 expresa y regula de manera individualizada estas causas de oposición a la regla general que constituye la devolución, en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio.

Artículo 12 CH:

• Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

• La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN

Artículo 13 CH: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Artículo 20. La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Cuando se inicie procedimiento de restitución entre Estados Miembros conforme al CH 80, la autoridad del EM requerido de restitución actuará (Art. 24 R. Bruselas II ter):

• con urgencia+ métodos más expeditivos de su ley

• resolverá en 6 semanas salvo circunstancias excepcionales que lo hagan

"imposible"

• no cabe negar la restitución sin audiencia al solicitante (Art. 27.1)

Cuando se deniegue la restitución por los motivos de los arts. 12 y 13 CLH 80:

• se velará por la audiencia al menor que tenga la suficiente madurez/edad (Art. 26)

• no existirá peligro físico o psíquico o situación intolerable que impidan la restitución (13.b CLH 80) si EM requirente demuestra la adopción de medidas adecuadas para garantizar la protección (Art. 27.3 R. Bruselas II ter)

6.- Foros en materia de alimentos

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos contempla las demandas en materia de obligaciones transfronterizas de pensión alimenticia derivadas de las relaciones familiares establece normas comunes para toda la Unión Europea (UE) que tratan de garantizar el cobro de los créditos alimentarios, incluso cuando el deudor o el acreedor se encuentren en otro país de la UE.

El Reglamento establece una serie de medidas que permitan facilitar el pago de los créditos alimenticios en situaciones transfronterizas. Estos créditos se derivan de la obligación de ayudar a los miembros de su familia. Por ejemplo, pueden adoptar la forma de una pensión alimenticia que se paga a un niño o la expareja tras un divorcio.

El Reglamento se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de:

familia;

parentesco;

matrimonio o afinidad.

De conformidad con el art. 3 del Reglamento la jurisdicción competente para decidir en materia de obligaciones alimentarias es:

1) la jurisdicción del lugar de residencia habitual del demandado o el acreedor; o

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *PhD.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2) la jurisdicción competente para examinar una acción relacionada con el estado de las personas (un divorcio, por ejemplo) o relacionada con la responsabilidad parental, cuando esté asociada una demanda relativa a una obligación alimentaria (siempre que esta competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes).

Tal como prescribe el art. 4 salvo los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto a un menor de edad inferior a 18 años, las partes podrán, según ciertas condiciones, atribuir de común acuerdo la competencia a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un país de la UE para resolverlo.

El art. 5, por su parte, establece que será competente el órgano jurisdiccional de un país de la UE ante el cual comparezca el demandado, excepto si éste pretende impugnar su competencia.

Si no se cumple ninguna de las condiciones antes mencionadas, el litigio podrá interponerse, según ciertas condiciones, ante los órganos jurisdiccionales de un país de la UE del que las partes tengan nacionalidad común (art. 6).

Si no se cumple ninguna de las condiciones anteriores, la demanda podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional de un país de la UE con el que el asunto presente un vínculo suficiente si el procedimiento no puede razonablemente interponerse en un país con el que el litigio tiene un estrecho vínculo (art. 7)

Si el acreedor sigue viviendo en el país de la UE en el cual se ha dictado la resolución en materia de obligaciones de alimentación, el deudor no podrá, salvo excepciones, iniciar un procedimiento para modificarla en ningún otro país de la UE. Sin embargo, el acreedor podrá aceptar que otro órgano jurisdiccional conozca del recurso (art. 8)

Si un procedimiento concerniente a las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa se presentase ante los órganos jurisdiccionales de distintos países de la UE, será competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso primero (art. 12).

Independientemente del órgano jurisdiccional competente en el fondo, se pueden presentar medidas provisionales y cautelares ante todo órgano jurisdiccional de todo país de la UE (art. 14).

7.- Otros foros

Como ya se ha hecho mención, hay Reglamentos europeos que regulan los tres sectores del DIPr y que, por tanto, también incluyen foros de competencia en materia civil: además del Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 encontramos el Reglamento 848/2015 (procedimientos de insolvencia y el Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones , a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo.

REGLAMENTO (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de **regímenes económicos matrimoniales.** Aplicable en Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

COMPETENCIA. – La finalidad del Reglamento consiste en posibilitar que diferentes procedimientos conexos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales del mismo

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Estado miembro. El Reglamento pretende garantizar que las normas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales que han de conocer de los aspectos patrimoniales de los matrimonios estén en consonancia con las disposiciones vigentes de otros instrumentos legislativos de la Unión, de esta manera, para asegurarse de que, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el órgano jurisdiccional competente pueda conocer tanto de la sucesión del cónyuge fallecido como de la liquidación del régimen económico matrimonial, el artículo 4 dispone que el órgano jurisdiccional competente para conocer de la sucesión de acuerdo con las normas establecidas en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 deberá ser también competente para resolver sobre la liquidación del régimen económico matrimonial relacionado con dicha sucesión; del mismo modo, el órgano jurisdiccional competente para resolver en los procedimientos de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1111/2019 también deberá resolver, si los cónyuges están de acuerdo, sobre la liquidación del régimen económico matrimonial resultante del divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio.

El artículo 6 dispone las normas de competencia aplicables cuando las cuestiones propias del régimen económico matrimonial no estén relacionadas con procedimientos de sucesión o de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, y establece una lista de puntos de conexión jerárquicos. Los criterios propuestos son la residencia habitual de los cónyuges, su última residencia habitual si uno de ellos aún reside allí o la residencia habitual del demandado, criterios ampliamente utilizados que suelen coincidir con el lugar del patrimonio de los cónyuges y el último criterio es la nacionalidad común de los cónyuges. En los casos contemplados en el artículo 6 y con el fin de acrecentar la previsibilidad y autonomía de la voluntad de los cónyuges, el artículo 7 permite a los cónyuges acordar que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial sean los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable en virtud del artículo 22 o del artículo 26, apartado 1, letras a) o b) o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya celebrado el matrimonio.

Tema 5.- EL RÉGIMEN AUTÓNOMO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1.- Rasgos caracterizadores; 2.- Los foros de competencia judicial internacional en el orden civil; 3.- Relaciones y estructura global de los foros de competencia judicial internacional; 4.- Los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Directora del Departamento de Derecho

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA
Av. De las Universidades s/n
41704 Dos Hermanas (Sevilla)
Tel. +34 955 641 600 (Ext.2 450)
amlopez@uloyola.es

www.uloyola.es

1.- Rasgos caracterizadores.

El sistema de normas de producción estatal, actualmente vigente, que regula la competencia judicial internacional en España, viene establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial. Desde la perspectiva del DIPr, la LOPJ delimita, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, los foros o criterios de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en los órdenes civil (art. 22), penal (art. 23), contencioso-administrativo (art. 24) y social (art. 25). Todos ellos constituyen el Titulo Primero del Libro Primero, "De la extensión y límites la jurisdicción" que comienza con el art. 21 disponiendo que,

1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público.

Así pues, para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deben aplicarse, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales en vigor para España (art. 21 LOPJ, art. 96.1 CE). Sólo cuando ningún instrumento internacional sea aplicable a la cuestión, la competencia judicial de los tribunales españoles se determina con arreglo a las normas españolas de producción interna (art. 22 a 22 *nonies* LOPJ).

En la determinación de los criterios de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de nuestros Tribunales, el legislador español se inspiró ampliamente en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Tanto es así que España no figura en la lista de Estados miembros con competencias consideradas exorbitantes que enumera l art. 3 del Convenio, el Anexo I de su sucesor, el Reglamento (CE) n° 44/2001 o del Reglamento 1215/2012.

La acogida clara y manifiesta de los foros europeos —por otra parte necesaria puesto que el ingreso de España en la CE le obligaba a adherirse al Convenio de Bruselas- supuso un cambio radical de concepción y de filosofía en la materia, acabando con el imperialismo jurisdiccional de la época anterior.

Las disposiciones de la LOPJ en la materia responden a los principios de unilateralidad, exclusividad y generalidad:

1) Unilateralidad porque se hallan formuladas de manera que señalan sólo los supuestos en los que los Tribunales españoles son competentes; fuera de ellos, nuestros Tribunales carecen de competencia, sin que, en tal caso, la disposición indique los Tribunales del Estado extranjero que serán competentes.

2) Exclusividad porque la Ley predetermina los casos en los que podrán conocer los Tribunales españoles, de conformidad con los criterios por ella establecidos. De tal forma que, fuera de ellos, deberán declararse incompetentes, ya sea de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LEC) o a instancia de parte, por medio de la declinatoria (art. 39 LEC). Sin embargo, tras la reforma de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio sobre cooperación judicial internacional, se incorpora el foro de necesidad. En el artículo 22 octies se establece que los tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia.

3) Generalidad porque atribuyen la competencia globalmente a los Tribunales españoles, sin que indiquen, salvo alguna excepción, el juez o tribunal territorialmente competente, función que corresponde a la LEC.

Por último, el catálogo de foros de competencia, como en Bruselas I bis, viene jerarquizado: Se incorporan así competencias exclusivas, generales y, por último, las competencias especiales y particulares, que tienen carácter subsidiario puesto que entran en juego "en defecto de los criterios anteriores".

2.- Los foros de competencia judicial internacional en el orden civil

1. Los foros exclusivos.

El artículo 22 LOPJ recoge unos foros con carácter exclusivo, que coinciden prácticamente con los previstos en el art. 24 Reglamento 1215/2012: 1) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; 2) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas domiciliadas en España, así como respecto a los acuerdos y decisiones de sus órganos; 3) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; 4) Inscripciones o validez de patentes y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o el registro; 5) Reconocimiento y ejecución en España de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

La competencia exclusiva, significa que, cuando concurra uno de los criterios antes enumerados, los Tribunales españoles serán los únicos competentes para conocer del asunto, excluyendo a todos los demás. Si un Tribunal extranjero dictara una resolución sobre alguna de estas materias, tal resolución no sería reconocida ni ejecutada en España.

Los criterios de competencia exclusiva son exhaustivos y constituyen una enumeración cerrada, de interpretación estricta. Coinciden casi literalmente con los enumerados en el artículo 24 Reglamento 1215/2012.

Es importante tener presente que, habida cuenta de que el art. 24 Bruselas I bis se aplica en todo caso, independientemente del domicilio o cualquier otra circunstancia del demandado y que prima sobre el Derecho interno, el art. 22 de la LOPJ carece prácticamente de virtualidad, de manera que las competencias exclusivas de los Tribunales españoles se regulan únicamente por el art. 24 del Reglamento comunitario.

2. Los foros generales.

El art. 22 bis LOPJ dispone que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes,

Con carácter general, "cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos".

A) Sumisión tácita o expresa a los Tribunales españoles

En virtud de la autonomía de la voluntad, las partes en un negocio jurídico pueden acordar someter los litigios que pudieran surgir entre ellas a un determinado tribunal o a los Tribunales de España (art. 22 bis LOPJ). El acuerdo de sumisión puede ser:

1) Expreso, esto es, a través de una cláusula o acuerdo atributivo de jurisdicción incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero.

2) Tácito, derivado de la conducta procesal de las partes, a saber, el demandante, por el hecho de presentar la demanda, el demandado por el hecho de comparecer sin impugnar la competencia, entrando en el fondo, sin que quepa entender que su incomparecencia equivale a sumisión tácita (art. 36.3 LEC).

Las posibilidades de aplicar esta norma para fundamentar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales también son muy limitadas. El ámbito natural de los acuerdos de sumisión está ampliamente cubierto por normas internacionales que son de aplicación preferente, fundamentalmente los artículos 25 y 26 Reglamento 1215/2015, pero también por el Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

B) Domicilio del demandado en España

El domicilio del demandado es un criterio atributivo de competencia judicial internacional de carácter general y, pudiera decirse que también universal porque existe en la mayoría de los países del mundo. Es así, entre otras razones, porque atribuye la competencia al juez natural de la persona demandada, permite a esta una adecuada organización de su defensa y facilita el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia que se dicte.

El art. 22 ter LOPJ contempla que los Juzgados y Tribunales españoles sean competentes, con carácter general cuando el demandado tenga su domicilio en España. Las posibilidades de aplicar esta norma para fundamentar la competencia judicial de nuestros órganos jurisdiccionales son igualmente limitadas.

El art. 22 ter incorpora una definición de domicilio: se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual. Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal.

El art. 22 ter también introduce el foro de la pluralidad de demandados en base a que uno de ellos tenga su domicilio en España, inspirándose en el foro especial del art. 8.1 Reglamento 1215/2012, lo cual resulta útil en relación con demandados en terceros estados.

3. Los foros especiales por razón de la materia.

Los art. 22 quáter y 22 quinquies LOPJ recogen una amplia lista de foros especiales, referidos a cuestiones de persona, familia y sucesiones y a cuestiones de derecho patrimonial. En algunos casos se ofrecen varios foros especiales referidos a una misma materia.

Para el examen de los distintos foros remitimos a la materia reguladora, limitándonos a señalar aquí las materias sobre las que se recogen foros especiales conforme a la estructura de la LOPJ reformada. Art. 22 quáter: a) materia de declaración de ausencia o fallecimiento; b) materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes; c) materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones; d) materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental; e) materia de adopción; f) materia de alimentos; g) materia de sucesiones. Art. 22 quinquies: a) materia de obligaciones contractuales; b) materia de obligaciones extracontractuales; c) acciones relativas a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil; d) materia de contratos celebrados por consumidores; e) materia de seguros; f) acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles. El art. 22 septies se refiere a la materia concursal y demás procedimientos de insolvencia, remitiendo a su normativa reguladora.

Los rasgos esenciales que caracterizan a estos foros de nuestra Ley son:

1) Se trata de foros particulares o especiales por razón de la materia, es decir, que atribuyen la competencia en cada una de las materias concretas a las que se refieren.

2) Como estos foros especiales responden al principio de proximidad, esto es, indican la competencia del juez que consideran más próximo al litigio, y en las relaciones jurídicas en las que las partes no están en igual posición, protegen a la parte débil, permiten al demandante atraer a la competencia del juez español a un demandado domiciliado en otro Estado.

3) Todos estos foros de competencia, con excepción de las materias civiles no incluidas en el ámbito de Bruselas I bis fueron incorporados, de una forma u otra, en la LOPJ, provenientes del texto europeo. Por tanto, la aplicación de estos foros especiales a efectos de fundamentar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales va a depender de que la materia a la que se refieran esté o no cubierta por algún Reglamento UE o Convenio internacional y de cuáles sean los criterios de aplicación de estos instrumentos. Recuérdese que los foros especiales del Reglamento 1215/2012 se aplican cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro, por lo que cabe acudir a la LOPJ cuando el demandante esté domiciliado en un tercer país.

- Competencia en materia de medidas cautelares y provisionales

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 22 sexies LOPJ, los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para adoptar "medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España". En este precepto se precisa que también serán competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal. Esta disposición, al igual que las anteriores, también se aplicará en defecto de norma internacional.

3.- Relaciones y estructura global de los foros de competencia judicial internacional

La competencia judicial internacional corresponderá a los tribunales españoles si concurre cualquiera de estos criterios o foros: 1.°) Competencias exclusivas (art. 22

LOPJ); 2.°) Sumisión expresa o tácita de las partes (art. 22 bis LOPJ); 3.º) Domicilio del demandado en España (art. 22 ter LOPJ); 4.°) Competencias especiales por razón de la materia (art. 22 quáter y quinquies LOPJ).

4.- Los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional

A) Control de oficio de la competencia judicial internacional

El art. 22 octies LOPJ dispone que no serán competentes los tribunales españoles en aquellos casos en que los foros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia. Señala, a continuación, que los tribunales españoles apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con las normas vigentes. Esta referencia nos lleva a la LEC.

En tal sentido, la LEC precisa que los Tribunales españoles carecen de competencia para juzgar asuntos:

1) Cuando no les este atribuida por uno de los foros previstos en la LOPJ (art. 36.1 LEC).

2) Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público (art. 36.2.1 LEC).

3) Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado (art. 36.2.2 LEC).

4) Por incomparecencia del demandado emplazado en debida forma, si el único criterio que pudiera fundar la competencia internacional de los Tribunales españoles fuera la sumisión tácita de las partes (art. 36.2.3 LEC).

El concreto Juzgado o Tribunal español debe abstenerse de conocer del litigio, de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional (art. 38 LEC).

B) Control a instancia de parte de la competencia judicial internacional

Las controversias que históricamente existieron en relación con el control a instancia de parte de la competencia judicial internacional del juez español quedaron resueltas con la promulgación de la LEC de 2000. Actualmente, el control a instancia de parte de la competencia judicial internacional del modelo español de DIPr se encuentra recogido en el artículo 39 de la LEC 1/2000.

El precepto precisa que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia.

C) Litispendencia y conexidad

El art. 22 nonies LOPJ dispone que "*las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales.*"

Se ocupa de esta cuestión la Ley de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil (arts. 37 ss). En el art. 39 se define cuándo estamos ante una situación de litispendencia internacional: "Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español". Y en el art. 40 se concreta cuándo estamos ante una situación de conexidad internacional: "cuando las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables".

La solución que se ofrece es que el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 39.1 y 40.2 para las situaciones de litispendencia y conexidad respectivamente. Se prevé además en los arts. 39.2 y 40.3 que los órganos jurisdiccionales españoles, si se dan las circunstancias previstas en estos apartados, podrán acordar la continuación del proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal. Es decir, que aún en el caso de que el órgano jurisdiccional español se hubiera pronunciado inicialmente en favor de suspender el procedimiento, pude dejar sin efecto tal suspensión y continuar con el desarrollo del proceso.

El art. 39.3 dispone en relación con la litispendencia internacional que el órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones una vez que el proceso ante un órgano jurisdiccional extranjero haya concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España. No es por tanto hasta esta fase final, y una vez que se tiene constancia de que la sentencia extranjera es susceptible de desplegar efectos en España, que el órgano jurisdiccional español podrá fin al proceso.

Debe tenerse presente que el Reglamento 1215/2012 también se ocupa de las situaciones de litispendencia y conexidad con terceros estados, arts. 33 y 34. Estos preceptos se aplican únicamente a las situaciones de litispendencia y conexidad con terceros estados en las materias cubiertas por el Reglamento y cuando la competencia corresponda a los órganos jurisdiccionales de un estado miembro en virtud de los arts. 4,7, 8 ó 9, del Reglamento.

D) La *prorrogatio fori* a favor de tribunales extranjeros

La cuestión se refiere a si nuestros órganos jurisdiccionales deben aceptar los efectos de un acuerdo atributivo de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un tercer país, y no conocer por tanto del asunto a pesar de gozar de competencia judicial internacional.

Pues bien, el art. 22 *bis* LOPJ dispone que no surtirán efectos los acuerdos que excluyan la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles en materias objeto de su competencia exclusiva. Se añade en el art. 22 *ter* que la competencia establecida con arreglo al foro del domicilio del demandado o los foros especiales (arts. 22 *quáter* y *quinquies*) sí podrá ser excluida en virtud de un acuerdo de sumisión de foro en favor de tribunales extranjeros. No obstante, esta exclusión tiene una limitación y es que solo será operativa en relación con aquellas materias en las que estén permitidos los acuerdos de sumisión a los tribunales españoles.

Tema 6.- El DESARROLLO DEL PROCESO Y LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1.- El Derecho aplicable al Proceso: lex fori regit processum; 2.- Las partes en el proceso; 3.- La prueba; 4.- La asistencia judicial internacional

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1. *El Derecho aplicable al proceso*: *Lex Fori Regit Processum*

La distinción fundamental entre las normas que rigen e proceso y las aplicables al fondo del asunto, data de principios de la ciencia del derecho internacional privado. Esta distinción ha permanecido a lo largo de los siglos y perdura, en nuestros días, expresa o implícitamente, en todos los países. Las razones son variadas:

1) Cada país establece soberanamente sus normas procesales de acuerdo con las particulares concepciones y valores que pretende defender en el funcionamiento de la justicia, normas que deben ser aplicables por igual a todo proceso que se sustancie en el país, y no distinguir el puramente interno de aquel en el que se presente un elemento de extranjería.

2) Desde el punto de vista de las partes, ello favorece la seguridad jurídica y facilita, para el juez y—también—para las propias partes, el normal desarrollo del procedimiento, que de otra forma complicaría la función de aquellos y de éstas, al tener que aplicar unos y probar las otras, las normas procesales extranjeras que se declarasen de aplicación.

Siendo este el principio, la regla *lex fori regit processum* no es, sin embargo absoluta, de manera que, en nuestros días, las necesidades del tráfico jurídico externo, y la cooperación judicial internacional, imponen importantes excepciones al principio.

El ámbito territorial de las normas procesales civiles españolas viene concretado en el art. 3 de la Ley 1/2000, de 7-1, de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que: Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas.

La formulación de la regla, tal como se presenta en el art. 3 LEC, no ha dejado de ser criticada por la doctrina iusinternacionalprivatista, que le reprocha: 1) Tanto su carácter excesivamente genérico, rígido y exclusivista, nada adecuado al trafico jurídico externo de los tiempos actuales, como lo demuestra el número de Convenios internacionales suscritos por España en la materia, que hacen que las excepciones se equiparen a la regla en determinados actos procesales (notificaciones, pruebas, información del derecho extranjero) — a los que hay que añadir la legislación de la UE p.ej. el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil o el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas). 2) Como su formulación unilateral, porque los actos procesales practicados en el extranjero en relación con procesos seguidos en España, deben regirse por las leyes del país en cuestión, lo que impone una formulación bilateral de la regla o su interpretación bilateralizada. 3) Por último, existe toda una serie de aspectos ligados al proceso pero no regulados por la *lex fori*, como los relativos a la capacidad procesal, a la legitimación, o a la carga de la prueba, por ejemplo.

2.- Las partes en el proceso

La intervención de un no nacional en el proceso civil plantea una serie de cuestiones relativas a su capacidad procesal, legitimación activa y pasiva, representación y defensa en el juicio, asistencia jurídica gratuita, caución de arraigo en juicio y embargo preventivo y la prueba. La mayoría de estas cuestiones constituyen excepciones a la regla *lex fori regit processum*.

1. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal

En España, toda persona física, con independencia de su nacionalidad y condición, tiene derecho, sin discriminación alguna, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Así que, toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad para ser parte en un proceso y ser titular de los derechos y obligaciones que de él se deriven (art. 6.1 LEC).

Se posee jurídicamente la calidad de persona física con arreglo a la ley nacional del sujeto (art. 9.1 CC). Cuando sea la española, habrá que atenerse a lo establecido en los arts. 29 a 34 del CC. Las personas jurídicas se hallan en similar situación pues todas ellas tienen capacidad para ser parte en el proceso (art. 6.3 LEC), a condición de que se hayan constituido válidamente de acuerdo con su ley nacional (art. 9.11 CC); cuando sea la española, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 35 a 39 del CC.

Por su parte, la capacidad para comparecer en juicio o capacidad de obrar procesal, esto es, la capacidad para realizar actos válidos en el proceso, viene regulada en el art. 7 LEC, a cuyo tenor, solo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, de no estarlo, podrán comparecer mediante la representación o la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Cuando se trate de persona física extranjera, su capacidad procesal se rige por su ley personal (art. 9.1 CC), que determinará si la persona en cuestión posee o no capacidad de obrar, si es plena o limitada, quienes pueden suplirla en su caso, etc. Pero la ley extranjera no se aplica si resulta contraria al orden público internacional español (por ejemplo, si niega capacidad procesal a las mujeres o discrimina por razón de raza o de religión). 2) Las personas jurídicas extranjeras, se rigen igualmente por su ley nacional (art. 9.11 CC).

2. Legitimación.

La legitimación procesal es la aptitud o idoneidad reconocida por la ley para ser parte en un determinado y concreto proceso, ya sea como demandante—legitimación activa—, ya como demandado—legitimación pasiva—. Así pues, la legitimación es un presupuesto de la acción, de manera que ésta no puede ejercerse si no se posee legitimación para ello. Salvo en los casos excepcionales en los que el interés en la realización efectiva de la justicia y de la tutela judicial haga necesaria la aplicación de la *lex fori*, la legitimación procesal debe regirse por la ley que resulte aplicable al fondo del asunto (*lex causae*) en razón, de la íntima conexión existente entre la titularidad del derecho subjetivo y la legitimación; en otros términos, quien es titular de un derecho subjetivo o pretende serlo, está legitimado o tiene acción para exigirlo u obtenerlo. Así que la ley rectora del fondo del asunto rige igualmente la legitimación.

3. Representación y defensa.

La aptitud para actuar personalmente y de forma válida en el proceso es lo que se conoce como el *ius postulandi*. Ahora bien, la cuestión de saber si las partes pueden ejercer este derecho por si mismas o mediante representación, es de

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

índole puramente procesal, por lo que su regulación corresponde a la lex fori (art. 3 LEC).

En Derecho español, salvo contadas excepciones (art. 23.2 LEC), las partes no pueden realizar, por si mismas, valida y eficazmente, los actos procesales sino por mediación de procurador y con intervención de letrado, tal como se dispone en los arts. 23 a 35 de la LEC.

El poder de representación procesal o "poder para pleitos", puede conferirse por comparecencia ante el Secretario judicial del tribunal que haya de conocer del asunto o ser autorizado por notario (art. 24 LEC). Cuando el poder a procurador se formalice en país extranjero, podrá otorgarse ya ante la autoridad consular española en dicho país, que instrumentará con arreglo a la ley española, ya de acuerdo con las formas y solemnidades previstas por la ley del Estado de otorgamiento (art. 11 CC). En este último caso, el documento debe ser traducido a lengua oficial española (art. 144 LEC) y legalizado o con la "apostilla" del Convenio de La Haya de 5-10-1961.

La capacidad para otorgar el poder se rige por la ley nacional del otorgante (art. 9.1 Cc) pero su contenido, cuando deba surtir efectos ante los tribunales españoles, lo es por la ley española (art. 10.11).

4. La asistencia judicial gratuita.

El modelo español de asistencia jurídica gratuita combina soluciones de origen europeo, convencional y estatal.

El beneficio de pobreza o asistencia jurídica gratuita, está reconocido en España por el art. 119 de la Constitución y de él se hace eco la LOPJ en sus arts. 20 y 440.2. La asistencia jurídica gratuita es una cuestión de índole procesal y, por tanto, regida por la *lex fori*. En España está regulada en la Ley 1/1996, de 10-1-1996, de asistencia jurídica gratuita, modificada por la Ley 16/2005, de 18-7-2005, que incluye "las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea" y que incorpora en el ordenamiento nacional la Directiva 2002/8/CE, que establece las reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos.

En el ámbito convencional internacional algunos instrumentos suscritos por España contienen reglas sobre e beneficio de justicia gratuita con formulaciones muy variadas y distinto alcance. De entre aquellos que cuentan con naturaleza multilateral, cabe citar los siguientes: Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25-10-1980; Acuerdo europeo de Estrasburgo, de 27-1-1977, sobre transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita; Convenio de Lugano, de 30-10-2007 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II) etc.

En cuanto a los convenios bilaterales suscritos por España, un número elevado de los mismos contienen alguna disposición en esta materia.

3.- La asistencia judicial internacional

1. Aspectos generales.

En el orden interno, la asistencia judicial es el auxilio que se otorgan entre sí los órganos jurisdiccionales del Estado en el curso de un proceso: El órgano jurisdiccional que sustancia el proceso pendiente, exhorta a otro órgano

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 954 64 18 00 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

jurisdiccional para que, en su jurisdicción, practique una diligencia de prueba, una notificación, adopte una medida cautelar o realice un determinado acto jurídico.

Cuando ese auxilio se presta entre tribunales de Estados distintos, estamos ante la asistencia judicial internacional. Necesaria en los procesos con elementos de extranjería, la asistencia judicial internacional permite el fin último de la tutela judicial efectiva a la que toda persona tienen derecho. De ahí que los Estados hayan convenido la prestación mutua de ese auxilio judicial en buen número de acuerdos internacionales, y hayan arbitrado una serie de reglas internas para el caso de ausencia de convenio en casos concretos. Los instrumentos internacionales más importantes en relación con la asistencia judicial internacional son los que se derivan de la actividad legislativa de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, por una parte, y de la UE, por otra. Estos instrumentos se refieren, en concreto, tanto a la notificación de actos judiciales y a la realización de pruebas en el extranjero.

2. Notificaciones

La comunicación de un determinado acto procesal emitido por un órgano jurisdiccional a una persona domiciliada en el extranjero, es una de las actividades más frecuentes y destacadas de la asistencia judicial internacional. España es parte en dos Convenios de La Haya en la materia, así como en la Convención de Panamá de 1975. Existe, además, en el ámbito comunitario europeo, un Reglamento en la materia.

El **Reglamento** (UE) **2020/1784** del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. Este Reglamento de la UE, directamente aplicable en España, regula la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado. Este Reglamento deroga al anterior Reglamento CE 1393/2007 y al Reglamento 1348/2000, y es aplicable a Dinamarca, con ciertos matices, en virtud del Acuerdo de 21 de enero de 2021 entre la Unión Europea y Dinamarca. El Reglamento se aplica a los asuntos civiles o mercantiles que requieren la transmisión de documentos judiciales o extrajudiciales de un Estado miembro a otro para su notificación o traslado. No se aplica a los asuntos fiscales, aduaneros ni administrativos, ni a los casos de responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad. Tampoco se aplica cuando se desconozca el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o entregarse el documento.

La notificación internacional, que no es sencilla, se basa en dos procedimientos: la comunicación entre autoridades centrales, diplomáticas o puntos de conexión y el envío por correo internacional. El Reglamento (UE) 2020/1784 impone ahora la comunicación electrónica así como el denominado sistema informático descentralizado: una red de sistemas informáticos nacionales y puntos de acceso interoperables, bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro. Asimismo, se insta que cada Estado miembro designe a los funcionarios públicos, autoridades u otras personas competentes para transmitir los documentos judiciales o extrajudiciales que deban ser notificados o trasladados en otro Estado miembro (organismos transmisores). La transmisión entre organismos transmisores y organismos receptores, entre dichos organismos y los órganos centrales, o entre los órganos centrales de los distintos Estados miembros, se realizará, a través de un sistema informático descentralizado seguro y fiable.

En el ámbito bilateral, España tiene suscritos convenios en la materia con diversos países del mundo. Cabe destacar los Convenios con Portugal, Tailandia, Túnez, República Dominicana, Argelia y Mauritania.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

En defecto de instrumento supraestatal se recurrirá al sistema autónomo español, el cual resulta común para todas las manifestaciones de la asistencia judicial internacional. Actualmente lo encontramos en la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. El régimen general de la cooperación jurídica internacional se contiene en el título I (arts. 5 a 32). Entre las cuestiones que se incluyen destacan:

a) Autoridad competente: se designa al Ministerio de Justicia como autoridad central española (art. 7), concretándose en el art. 8 sus competencias *ad extra* y *ad intra*. Con estos preceptos se colma un vacío clásico en nuestro sistema de DIPr derivado de la ausencia en España de un régimen legal común en este sector, pretendiéndose favorecer la efectividad en el plano internacional de la tutela judicial efectiva.

b) Mecanismos de transmisión (art. 9): han de estar previstos en los ordenamientos de los dos estados implicados, en particular se dispone la vía consular o diplomática; a través de las respectivas autoridades centrales; directamente entre los órganos jurisdiccionales y por conducto notarial. El contenido y requisitos mínimos de las solicitudes se detallan en el art. 10.

c) Ley aplicable: la ejecución en España de las solicitudes de cooperación jurídica internacional se someterá a las normas procesales españolas en tanto que lex fori (art. 13). Excepcionalmente, y a solicitud de la autoridad extranjera del Estado requirente, podrían aceptarse formalidades o procedimientos especiales previstos en el ordenamiento de tal Estado, siempre que ello fuese compatible con nuestro ordenamiento y resultase materialmente practicable.

d) Motivos de denegación: la Ley establece diversas causas por las que cabe que las autoridades españolas denieguen las solicitudes de cooperación recibidas de autoridades extranjeras (art. 14): si el objeto o finalidad de la cooperación solicitada es contrario al orden público; si la autoridad extranjera se halle conociendo de un proceso que fuese la exclusiva competencia de la jurisdicción española o si el acto requerido no corresponde a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida; si la solicitud no reúne los requisitos técnicos de la Ley para su tramitación o finalmente, si las autoridades extranjeras denegasen reiteradamente la cooperación solicitada por las autoridades españolas o si su ordenamiento dispusiese de una prohibición de hacerlo. No obstante, todo ello mediante aprobación de un Real Decreto por el Gobierno español que ordenase la denegación de cooperación en cuestión. Y cualquiera que fuese la causa de denegación, ha de emitirse resolución motivada y comunicar a la autoridad requirente. La Ley también incluye la regulación de los gastos y costas de tramitación (art. 18), así como una novedosa norma sobre protección de datos (art. 19)

3. La obtención de pruebas en el extranjero: comisiones rogatorias

Toda resolución judicial que resuelve un asunto se basa en unos hechos que deben haber sido probados de forma satisfactoria. La actividad de las partes en un litigio encaminada a convencer al juez de los hechos alegados constituye la prueba en el proceso. En el proceso español, la prueba se practica a instancia de parte aunque excepcionalmente su práctica puede acordarse, de oficio, por el juez, que puede igualmente acordar que se aporten documentos, dictámenes u otros medios probatorios, cuando así lo establezca la ley (art. 282 LEC).

Como cuestión eminentemente procesal, la prueba se rige por la lex fori, (art. 3 LEC) si bien este principio general conoce diferentes excepciones, ya sea porque la ley reguladora del fondo del litigio rige ciertos aspectos probatorios, ya porque determinadas pruebas pueden hallarse constituidas en el extranjero:

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *PhD.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel.: +34 955 64 1600 (Ext. 450)
amlopez@loyolaes.es
www.uloyola.es

1) En lo que respecta a la admisibilidad de los medios de prueba y la fuerza probatoria de estos, queda regulada por la lex fori pero no puede admitirse un medio probatorio que infrinja la ley aplicable al fondo.

2) En cuanto al objeto y carga de la prueba, lo que debe probarse y quien debe probarlo, incluidas las presunciones legales, son cuestiones atinentes al fondo del asunto, por lo que se rigen por la ley que resulte aplicable a éste. No obstante, si tal ley permite la prueba de hechos cuya prueba estuviera prohibida por la ley española, aquella podrá quedar descartada por la excepción del orden público internacional.

3) En cuanto a las medidas de aseguramiento de la prueba, que se solicitan antes de la iniciación del proceso con el fin de evitar que, por destrucción o alteración de los objetos materiales o estado de las cosas, resulte imposible en su momento la práctica de la prueba (arts. 297 y 298 LEC), y en cuanto al mismo procedimiento probatorio, son cuestiones de índole puramente procesal y, por lo tanto, regidas por la ley del foro.

Por otro lado, la comisión rogatoria es el acto por el cual un juez encarga a otro juez que proceda en su lugar a un acto de instrucción en un asunto determinado. En un proceso con elemento extranjero, el órgano judicial que está conociendo del asunto debe solicitar, en ocasiones, de un órgano judicial extranjero que realice en el territorio del estado al que pertenece un acto de instrucción, consistente, generalmente, en la ejecución de una diligencia probatoria como, por ejemplo, tomar declaración a unos testigos o practicar una prueba pericial.

Al igual que en la notificación de actos procesales, el régimen internacional de la obtención de pruebas en el extranjero aplicable en España viene establecido principalmente por diversos Convenios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y por instrumentos de la UE. Los más relevantes son:

a) Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil y Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970, sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil;

b) Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas): Este Reglamento facilita la obtención de pruebas en otro Estado miembro. Es aplicable en materia civil y mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite: la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro; la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. La solicitud deberá estar orientada únicamente a obtener pruebas para utilizarlas en un procedimiento judicial ya iniciado o previsto. En aquellos casos en los que la prueba consista en la toma de declaración o en el interrogatorio de una persona presente en otro Estado miembro, el órgano jurisdiccional interesado puede solicitar la práctica directa de dichas pruebas por videoconferencia u otra tecnología de telecomunicaciones, siempre y cuando dicha tecnología está disponible y sea considerada adecuada. Se entenderá por “Estado miembro» cualquiera de los Estados miembros, con excepción de Dinamarca.

c) Cuando no exista convenio o instrumento internacional aplicable en España, la asistencia o cooperación judicial internacional está regulada en el capítulo IV de la Ley de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil, dedicado a la práctica y obtención de pruebas en el extranjero (arts. 29 a 32).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 8.- MÉTODOS DE REGLAMENTACIÓN Y TÉCNICAS NORMATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.- Las normas de conflicto: Concepto, estructura, clases, caracteres y funcionamiento; 2.- Las normas materiales especiales de Derecho internacional privado; 3.- Las normas de aplicación inmediata; 4.- Las normas autolimitadas; 5.- Problemas de aplicación; 6.- Aplicación del Derecho extranjero

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- Las normas de conflicto: Concepto, estructura, clases, caracteres y funcionamiento

CONCEPTO.

Una vez aclarado que las autoridades públicas españolas disponen de competencia para conocer de las cuestiones suscitadas por una situación privada internacional, el DIPr. debe proporcionar una solución a la cuestión de fondo. Es decir, debe decidirse cual es el Derecho aplicable a la situación privada internacional.

Para precisar el Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales, el DIPr. utiliza tres técnicas de reglamentación y tres tipos de normas: a) Técnica de reglamentación indirecta, empleada por las normas de conflicto; b) Técnica de reglamentación directa, desarrollada por las normas materiales especiales; c) Técnica de reglamentación intermedia, utilizada por las normas de extensión. El DIPr. español utiliza los tres tipos de normas, aunque de modo abrumadoramente mayoritario, las normas de conflicto.

La norma de conflicto es aquella norma de DIPr. que, para la regulación de la situación privada internacional, determina, de entre los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes países vinculados con el supuesto, cual de tales Ordenamientos debe regir dicha situación. La norma de conflicto localiza una relación jurídica en un país determinado, cuyo Derecho resolverá la pretensión planteada y proporcionará la solución material concreta a la situación privada internacional. La norma de conflicto es el tipo normativo más utilizado por el DIPr. de todos los paises.

La norma de conflicto es un tipo de norma jurídica propuesto por F. K. DE SAVIGNY en el siglo XIX en su obra *System des heutigen römischen Rechts* (1849). La aportación principal de este autor es doble:

1.°) Despolitización del DIPr. La determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales no debe hacerse a partir de los intereses del Estado en aplicar su propia Ley en los casos internacionales. La Soberanía estatal debe eliminarse del discurso, pues no está en juego ni en peligro en las relaciones jurídicas entre particulares. La fijación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales debe hacerse con arreglo a criterios de Derecho Privado, debe tener en cuenta la naturaleza jurídica o la esencia jurídica de la institución en cuestión. En definitiva, lo importante son los intereses de los particulares, no los intereses de los Estados.

2.º) Cambio de perspectiva de las normas de DIPr. Antes de F. K. VON SAVIGNY, los expertos en DIPr. precisaban la Ley aplicable a los casos internacionales a través de la fijación del ámbito de aplicación en el espacio de las Leyes implicadas. Se seguía una clasificación de las Leyes o estatutos en personales, reales, y mixtos. Los estatutos personales de un país se aplicaban a la persona, cualquiera fuera el país donde ésta se encontrara. Los estatutos reales de un país se aplicaban a los bienes sitos en tal país. Los estatutos mixtos de un país se aplicaban a los actos realizados en el territorio de dicho país. SAVIGNY rechaza radicalmente esta división y propone

otro método: arrancar de las distintas instituciones de Derecho privado—matrimonio, sucesiones, derechos reales, etc.—, y fijar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales a través de la llamada norma de conflicto. Ejemplo: para fijar la Ley que rige la sucesión de un inglés domiciliado en España, el método estatutario se pregunta por el ámbito de aplicación en el espacio de las Leyes sucesorias inglesas y españolas. SAVIGNY se pregunta, en cambio, en qué país debe localizarse la sucesión según la naturaleza de la institución, país cuya Ley regirá el caso.

II. ESTRUCTURA.

La norma de conflicto contiene los siguientes elementos: 1.°) Supuesto de hecho (*Tatbestand*); 2.°) Punto de conexión (*Anknupfungspunkt*); 3.°) Consecuencia jurídica (*Rechtsfolge*). Esta estructura permite a la norma de conflicto realizar una remisión en favor de un Derecho estatal, sin resolver materialmente la cuestión suscitada.

1) Supuesto de hecho: el objeto de la norma de conflicto y el supuesto de hecho de la norma de conflicto deben ser deslindados. Así, el objeto regulado por la norma de conflicto es la materia regulada por ésta, es decir, las situaciones privadas internacionales. Por otro lado, el supuesto de hecho de la norma de conflicto está formado por conceptos y/o categorías jurídicas, más o menos concretas o generales p.ej.: la sucesión hereditaria.

2) Punto de conexión: es aquella circunstancia que expresa un vínculo entre el supuesto internacional y un determinado país, y que el legislador utiliza para señalar el Derecho aplicable a la situación privada internacional. El punto de conexión puede remitir la regulación de la situación privada internacional bien al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, o bien a un Derecho extranjero. Los puntos de conexión pueden clasificarse en atención a numerosos criterios, p. ej: a) variabilidad en el tiempo; b) modo de funcionamiento; c) naturaleza.

- Variabilidad en el tiempo. Se distingue entre puntos de conexión mutables e inmutables: si emplean circunstancias que pueden cambiar en el transcurso del tiempo (p.ej: la nacionalidad) o no (p.ej. el lugar de celebración del matrimonio).

- Modo de funcionamiento: Deben distinguirse dos tipos básicos: 1.°) Puntos de conexión únicos. Ciertas normas de conflicto solo contienen un punto de conexión: simple (un solo contacto del caso con un país, p.ej art. 9.1 CC) o por agrupación (el punto de conexión está compuesto por un grupo de contactos de la situación con un país, p.ej. Art. 4 C. Haya 1973 sobre responsabilidad por productos).

2.º) Puntos de conexión múltiples: La norma de conflicto contiene varios puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a una materia o institución (ad ex. art. 107.2 CC). Los puntos de conexión múltiples pueden estructurarse de distintos modos.

(a) Puntos de conexión alternativos: se sitúan en el mismo plano, de modo que cualquiera de ellos puede operar para determinar la Ley aplicable.

(b) Puntos de conexión en cascada o escalera (*Kegel's Ladder*). La norma de conflicto distingue diferentes situaciones privadas internacionales en atención a los caracteres de los mismos,—mayor o menor intensidad de internacionalidad, importancia del elemento extranjero, o cercanía / alejamiento del país cuyos tribunales conocen del asunto—, y contiene puntos de conexión distintos para cada tipo de situación privada internacional.

(c) Puntos de conexión cumulativos. Los distintos puntos de conexión operan al mismo tiempo y en el mismo plano, de modo que varios ordenamientos jurídicos se aplicarán simultáneamente para regir la situación privada internacional.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

(d) Puntos de conexión jerarquizados. La norma de conflicto contiene varios puntos de conexión previstos para la misma situación privada internacional. En primer término se observa el punto de conexión principal, del que se pasa al siguiente según se verifiquen o no determinadas circunstancias que consisten en datos externos al elemento empleado como punto de conexión (p.ej. Art. 4 PLH 2007, ley aplicable a las obligaciones alimenticias).

• Naturaleza. Se distinguen varios tipos de puntos de conexión: (a) Fácticos y jurídicos. Los puntos de conexión fácticos se refieren a elementos de hecho, circunstancias verificables con datos de la experiencia sensible, con constataciones de hecho. Ejemplos: la residencia habitual de los cónyuges (art. 107.2 CC). Los puntos de conexión jurídicos están constituidos por conceptos jurídicos y para su verificación se requiere un razonamiento jurídico. Ejemplos: la nacionalidad de la persona física o jurídica (art. 9.1 CC y art. 9.11.I CC); (b) Subjetivos y objetivos. Los puntos de conexión subjetivos se refieren a los sujetos o protagonistas de la situación privada internacional nacional. Ejemplo: nacionalidad del sujeto (art. 9.1 CC). Los puntos de conexión objetivos se refieren a circunstancias de hecho de la situación privada internacional, ajenas a los individuos que intervienen en la misma. Ejemplo: lugar de situación del bien (art. 10.1 CC); c) Personales y territoriales. Los puntos de conexión personales son elementos que siguen a la persona por tratarse de circunstancias íntimamente unidas a la misma. Ejemplo: la nacionalidad de la persona (art. 9.1 CC). Los territoriales hacen referencia a vinculaciones del supuesto con un territorio. Ejemplo: lugar de situación del bien (art. 10.1 CC); (d) Rígidos y flexibles: si designan la Ley aplicable de un modo mecánico o mediante un proceso de concreción por parte del intérprete (los flexibles). Ejemplo: los contratos se rigen, a falta de elección de Ley por los contratantes, por la Ley del país de los vínculos más estrechos (art. 4.1 R Roma I). Estos puntos de conexión flexibles son cada vez más numerosos.; (e) Localizadores y de orientación material: en los localizadores su única misión es localizar la situación privada internacional en un país determinado, cuya Ley debe regir dicha situación sin tener en cuenta ni el contenido material del Derecho designado, ni el resultado final al que conduce su aplicación ni tampoco el fin perseguido por los Derechos estatales potencialmente aplicables. Por el contrario, los puntos de conexión materiales hacen aplicable uno u otro Derecho estatal en función, precisamente, del contenido material de tales Derechos. En efecto: se hace aplicable el concreto Derecho material de un Estado porque se considera que su contenido sustancial es más justo que el contenido de otro Derecho material de otro Estado.

La elección de los puntos de conexión de la norma de conflicto es, quizás, la cuestión más importante y complicada del DIPr. ¿Por qué, por ejemplo, la capacidad para contratar se rige por la Ley nacional del contratante y no por la Ley de su domicilio o por la Ley del país donde se celebra el contrato? ¿Por qué, por ejemplo, los derechos reales sobre los inmuebles se rigen por la Ley del país donde tales inmuebles se hallan situados y no por la Ley nacional o de la residencia habitual del propietario? El legislador dispone de un amplia libertad para elegir uno u otro punto de conexión. Prueba de ello es que las mismas instituciones tienen puntos de conexión diferentes en unos sistemas estatales de DIPr. y en otros. Ejemplo: en DIPr. inglés la capacidad del sujeto se rige por la Ley del país donde tiene su domicilio. Pero en DIPr. español, la capacidad del sujeto se rige por la Ley nacional del mismo. Y también debe indicarse que los puntos de conexión han cambiado en la historia del DIPr. en relación con las mismas instituciones.

En realidad, todos los puntos de conexión persiguen finalidades y objetivos sustanciales determinados. En otras palabras, el legislador no fija los puntos de conexión al azar. No son una lotería. Los puntos de conexión persiguen intereses

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, PhD.

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel: +34 955 641 600 (Ext. 460)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

materiales concretos: fomentar la contratación internacional, favorecer la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, reforzar la Soberanía del Estado, hacer aplicable una Ley previsible para las partes, etc.

3) Consecuencia jurídica: La consecuencia jurídica de la norma de conflicto (*Rechtsfolge*) es la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico estatal, ya sea el Derecho español (*Lex Fori* o Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto) o un Derecho extranjero. El Derecho estatal designado por la norma de conflicto resolverá el fondo de la controversia entre las partes. Cuando la norma de conflicto remite a un Derecho extranjero, éste resuelve jurídicamente las pretensiones de las partes. Zanja la controversia.

III. CLASES.

Las normas de conflicto pueden ser unilaterales o bilaterales. Son unilaterales las que se limitan a determinar el ámbito de aplicación del propio ordenamiento jurídico: precisan los supuestos en que se aplica el Derecho del foro; no designan, para los demás casos, la ley extranjera aplicable. Si las normas de conflicto contienen uno o varios criterios, de acuerdo con los cuales se determina con carácter general la ley aplicable, sea ésta la del foro o una ley extranjera, se consideran bilaterales.

El punto de vista al que responde el unilateralismo no es el que ha prevalecido en el análisis del conflicto de leyes. En el Derecho Internacional privado actual, resultado de un proceso histórico en el que la figura de Savigny ha tenido una influencia muy destacada, se pone el acento no en la ley, sino en la relación o situación jurídica. No preocupa tanto la determinación del ámbito de aplicación de la ley en el espacio como la búsqueda de la localización más adecuada para dicha relación o situación. Esta localización supone fijar la ley aplicable con carácter general: si la ley del foro no es aplicable, debe señalarse la ley extranjera que lo es. Dicho de otro modo, de acuerdo con el criterio que hoy se considera acertado, las normas de conflicto deben ser bilaterales.

IV. CARACTERES Y FUNCIONAMIENTO.

La norma de conflicto clásica se caracterizaba por tres rasgos: automatismo, abstracción y neutralidad.

a) La norma de conflicto es automática. El sistema de F. K. VON SAVIGNY seguía un método jurídico de argumentación totalmente automático. Bastaba identificar la institución debatida, averiguar su esencia o naturaleza jurídica y localizar la institución en el país en el que situaba la esencia jurídica de dicha institución. Era una autentica máquina de los conflictos de Leyes. Ejemplo: obligaciones - lugar de ejecución - aplicación de la Ley del Estado donde se debe ejecutar la obligación.

b) La norma de conflicto es abstracta. La norma de conflicto prescinde plenamente de los datos de hecho del caso concreto. Tales datos son irrelevantes a la hora de precisar la Ley aplicable a una situación privada internacional. Todos los casos relativos a la misma institución jurídica se resuelven del mismo modo. Ejemplo: la filiación se rige por la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC). Dicha norma de conflicto rige todos los casos de filiación. Es indiferente que el hijo sea japonés o australiano o que resida en España o en Irlanda: los datos de hecho del caso concreto son totalmente irrelevantes.

c) La norma de conflicto es neutra. La norma de conflicto designa la Ley aplicable sin tener presentes, de ningún modo, el contenido del Derecho estatal designado por la norma de conflicto; el objetivo perseguido por tal ordenamiento; o El resultado final al que conduce la aplicación de tal Derecho. Por ello, la norma de conflicto construida por F.K. VON SAVIGNY es un auténtico “salto en la oscuridad”. A la norma de conflicto le resulta indiferente cual sea la concreta Ley estatal aplicable a la situación

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

privada internacional: lo mismo le da una Ley estatal que otra, ya que todos los Derechos estatales son, en principio, justos. Ejemplo: la sucesión se rige por la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC), y resulta totalmente indiferente el contenido de la Ley nacional del causante, el objetivo que persigue tal Derecho y el resultado al que conduce la aplicación de la Ley nacional del causante. Que la Ley nacional del causante sea la Ley china, la alemana o la uruguaya, es irrelevante, y que según la Ley nacional del causante no exista la legítima o esta sea del 50% o del 33%, son extremos que carecen de cualquier relieve para concretar qué Derecho estatal debe regir la sucesión.

En la actualidad, todos los sistemas de DIPr. de todos los Estados contienen, en su gran mayoría, normas de conflicto que siguen el método localizador de SAVIGNY. Ahora bien, la norma de conflicto clásica que diseñara el autor prusiano ha evolucionado en varios sentidos para poder así proporcionar una mayor Justicia en el caso concreto. En particular, la norma de conflicto del siglo XXI se caracteriza por su especialización, materialización y flexibilización (A.-L. CALVO CARAVACA).

a) Especialización. En la actualidad, el supuesto de hecho de la norma de conflicto ya no es una categoría jurídica abstracta como el divorcio, el régimen económico del matrimonio, etc. El supuesto de hecho de las normas de conflicto más modernos se ha concretado o especializado.

b) Flexibilización. Las normas de conflicto más modernas suelen emplear escapes que permiten flexibilizar la conexión. Ello se realiza a través de diversas técnicas: 1.°) Clausula de excepción. En los casos en los que el Derecho designado por la norma de conflicto no corresponde al país más vinculado con el supuesto, éste puede no aplicarse y se aplica otro Derecho de otro país más vinculado con el caso. 2.º) Puntos de conexión flexibles. En ciertos supuestos, especialmente difíciles de localizar en un concreto Estado, no existe un punto de conexión rígido y perfectamente determinado, sino que el juez dispone de una cierta libertad para concretar el Derecho aplicable al supuesto. Ejemplo: la Ley aplicable al contrato internacional de permuta se fija por el tribunal, que debe contar y pesar los contactos del caso concreto con los diferentes países con los que presenta vinculaciones (art. 4.5 Roma I).

c) Materialización. Existen ciertas normas de conflicto que son materialmente orientadas y para determinar el Derecho aplicable, tienen presente tanto el contenido material de los Derechos estatales de los países conectados con el supuesto, como el resultado final al que conduce uno u otro Derecho estatal. Ejemplo: los alimentos que los padres deben a sus hijos se rigen por el Derecho del país en el que tiene su residencia habitual el hijo acreedor de alimentos (art. 3 y 4.1 PLH 2007). Pero si el hijo acreedor de alimentos no puede obtener tales alimentos del deudor en virtud de la Ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, entonces se aplicara la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (Lex Fori) (art. 4.2 PLH 2007). Y todavía hay mas: si el hijo acreedor de alimentos no los puede obtener del deudor en virtud de las leyes anteriores, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe (art. 4.4 PLH 2007).

FUNCIONAMIENTO:

Imperatividad de la norma de conflicto. Todas las normas de conflicto españolas son normas imperativas o normas de *jus cogens*, o como los tribunales suelen decir, normas de orden público de las que las partes no pueden prescindir. Así lo indica de modo cristalino el art. 12.6 CC: “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”. Antes de 1974 ya la jurisprudencia defendió dicha solución (STS 6 junio 1969 [separación de cónyuges

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

finlandeses], STS 5 noviembre 1971). Hoy dia los tribunales españoles sostienen sin fisuras la imperatividad de las normas de conflicto españolas.

El carácter imperativo de las normas de conflicto se apoya en varios argumentos: 1.°) Se favorece la realización de la función del DIPr. Cuando el legislador emplea una norma de conflicto está ofreciendo el criterio de regulación más justo. No parece conveniente dejar a las partes la posibilidad de descartar la solución "justa" que el legislador ofrece a la cuestión; 2.º) Proporciona soluciones iguales y equitativas. Las normas de conflicto imperativas aseguran que los casos similares se resuelvan con arreglo al mismo régimen jurídico. El Derecho aplicable es siempre el mismo, no depende de la actitud de las partes.

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

1.°) Imposibilidad de pacto interpartes para la elección de la Ley aplicable. Las partes no pueden acordar la aplicación de un Derecho estatal distinto a aquel al que remite la norma de conflicto. Dichos acuerdos son nulos de pleno derecho. Se exceptúan, obviamente, los casos en que el legislador permite expresamente que las partes elijan el Derecho aplicable.

2.°) Vinculación de los órganos jurisdiccionales a las normas de conflicto. Todas las autoridades españolas, judiciales y no judiciales, están obligadas a aplicar la norma de conflicto en los casos en que concurran las condiciones de su aplicación. Y aplicarán la norma de conflicto con independencia de que las partes aleguen o reclamen la aplicación de la norma de conflicto, y con independencia de que las partes hayan alegado un Derecho distinto a aquel al que remite la norma de conflicto aplicable y en tal Derecho hayan fundamentado jurídicamente su pretensión. Los tribunales y autoridades españolas no pueden ignorar las normas de conflicto españolas y aplicar, en su lugar, el Derecho material español.

3.°) Aplicación de oficio de la norma de conflicto y no aplicación de oficio del Derecho extranjero. El art. 12.6 CC obliga a las autoridades y tribunales españoles a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Pero el art. 12.6 CC no obliga, en ningún caso, a las autoridades y tribunales españoles a probar y a aplicar de oficio el Derecho extranjero al que puede remitir la norma de conflicto española (STS 30 abril 2008 [trust]), SAP Barcelona 25 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos]). Con carácter general, y sin perjuicio de ciertas excepciones, la prueba del Derecho extranjero al que conduce la norma de conflicto es una carga que recae sobre las partes en el litigio, no sobre el tribunal (arts. 281.2 y 282 LEC).

4.°) Rechazo de la teoría de la equivalencia entre Ley extranjera y *Lex Fori*. Algunos autores y cierta jurisprudencia extranjera consideran que si la Ley extranjera designada por la norma de conflicto presenta el mismo contenido que la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) o produce las mismas consecuencias jurídicas, entonces se puede aplicar la Lex Fori y asunto resuelto (*Sent. Cour Cass*. Francia 13 abril 1999; con matices, SAP Tarragona 20 octubre 2009 [divorcio entre alemanes con residencia habitual en Cataluña y elección del régimen de separación de bienes con arreglo al Derecho alemán]; Es decir: en los casos de falsos conflictos de Leyes, se puede aplicar la *Lex Fori* y no la Ley extranjera. Ello resulta cómodo y rápido para el juez o autoridad que conoce del supuesto internacional inicialmente sometido a una Ley extranjera. Sin embargo, esta tesis no es correcta, por varios motivos. Primero, porque esta tesis no cuenta con ningún soporte legal. Ninguna norma jurídica autoriza a no aplicar el Derecho extranjero por su presunta igualdad o similitud con el Derecho sustantivo español. Y segundo, porque precisar cuál es el concreto Derecho estatal aplicable al caso es siempre un aspecto fundamental, por varias razones: a) Porque conocer el Derecho que rige el fondo del asunto es un derecho subjetivo de las partes, que solo de este modo pueden, en su caso, interponer

un recurso jurídicamente bien construido; b) Porque el concreto Derecho estatal aplicado a un supuesto internacional incide en la formación de la jurisprudencia; c) Porque sólo el Derecho extranjero debe ser probado; d) Porque la afirmación de que dos Derechos estatales son idénticos o sustancialmente similares raramente se verifica en la práctica. Ciertas diferencias siempre existen.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2.- Las normas materiales especiales de Derecho internacional privado

En DIPr. español, al igual que se sucede en el DIPr. de la inmensa mayoría de los países, la cuestión de los métodos de reglamentación se caracteriza por lo siguiente:

a) Pluralidad de técnicas, normas y métodos. El DIPr. español utiliza los tres tipos de normas arriba citados, que coexisten pacíficamente: normas de conflicto, normas de extensión y normas materiales especiales.

b) Predominio del método confictual-multilateral. El legislador español utiliza de modo abrumadoramente mayoritario, las normas de conflicto. Las normas materiales especiales y las normas de extensión son muy escasas. La inmensa mayoría de los sistemas de DIPr. de todos los países del mundo están construidos sobre normas de conflicto multilaterales (vid., para España, Exposición Motivos Decreto 1836/1974 de 31 mayo y art. 12.2 CC). El predominio de las normas de conflicto se explica por varias razones:

1. Sistema completo. La utilización de normas de conflicto multilaterales permite diseñar un sistema completo de DIPr., sin lagunas de reglamentación. Por el contrario, las normas de extensión y las normas materiales especiales solo ofrecen solución a cuestiones muy concretas, por lo que presentan lagunas, algo que las hace inadecuadas como reglas generales.

2. Sistema de sencilla construcción. Un sistema de DIPr. basado en normas de conflicto presenta un funcionamiento sencillo, por varios motivos: (a) No es preciso consultar normas de conflicto extranjeras; (b) No es preciso elaborar un entero código de normas materiales para los supuestos internacionales, ya que con un catálogo relativamente breve de normas de conflicto, se puede proporcionar una regulación adecuada de la vida internacional de los particulares. Por el contrario, utilizar normas materiales especiales implicaría un esfuerzo legislativo enorme, una reglamentación enciclopédica, que además presentaría inevitables lagunas.

El legislador español emplea, en todo caso, las normas de extensión para marcar el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Público español (vid. art. 8 CC) y del Derecho Privado Institucional español; Las normas de extensión que operan como limitadores de la norma de conflicto son muy escasas (art. 107.2 CC, art. 9.6.III CC). Y también son muy escasas, si es que existen, las normas de extensión que siguen el método del unilateralismo introverso y las que desarrollan el método *Lex Fori Approach*.

Las **normas materiales especiales** son también poco numerosas en DIPr. español. Son relevantes, únicamente, las normas materiales especiales contenidas en normas internacionales y que regulan ciertos sectores del comercio internacional, como la venta internacional, el transporte y ciertas parcelas de la responsabilidad civil ex delicto.

Estas normas proporcionan una respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales. No remiten a la Ley de ningún país.

La mayor parte de estas normas regulan exclusivamente aspectos concretos de las situaciones privadas internacionales. Ejemplos: Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 diciembre 1993 sobre la marca comunitaria, Convención de Viena de 11 abril 1 980 sobre compraventa internacional de mercaderías, etc.

Las normas materiales especiales de producción interna son muy escasas porque no es sencillo elaborar un texto legal para casos internos y otro para casos internacionales. Por el contrario, son más abundantes las normas materiales especiales contenidas en Convenios internacionales e instrumentos legales del Derecho de la UE. Ello se explica porque, de ese modo, se crean auténticos cuerpos normativos uniformes, válidos para multitud de Estados, que ofrecen soluciones verdaderamente internacionales, distintas de las previstas para situaciones meramente internas.

Las normas materiales especiales pueden ser de varios tipos: (a) Normas materiales especiales independientes: se aplican con independencia de la norma de conflicto y de la Ley nacional que rija la situación; (b) Normas materiales especiales dependientes: solo se aplican si la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto conduce a la aplicación de la Ley de un concreto país en el que están vigentes tales normas materiales especiales; (c) Normas materiales especiales con indicador espacial: solo se aplican en ciertos casos conectados con el país cuyos tribunales conocen del caso.

Las normas materiales especiales ya existían en el Derecho Romano (Ius Gentium) y en la Baja Edad Media (Lex Mercatoria).

Ejemplo El art. 57.1 de la Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, CVIM, regula la determinación del lugar de pago del precio en la compraventa internacional de mercaderías. Proporciona una regulación material al pago en la compraventa internacional, sin remitirse a ninguna Ley estatal: el comprador deberá pagar el precio al vendedor en el lugar pactado, y en su defecto, en el establecimiento del vendedor o si el pago debe hacerse contra la entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega. Es, además, una regulación completamente distinta a la prevista para el pago de la compraventa en los casos nacionales (arts. 1171 CC, 1500 CC y 339 CCom.)

3.- Las normas de aplicación inmediata

Cada Estado es, en principio, libre para organizar el orden económico y social que desea dentro de su territorio y adoptar decisiones de política económica y social que estime convenientes. El método de reglamentación que siguen es unilateral, pero dada la importancia de las mismas la doctrina y la jurisprudencia han procurado agruparlas como una categoría especial de normas, aunque sin ponerse de acuerdo en la terminología: “normas de aplicación necesaria, de aplicación inmediata, leyes de policía, normas de orden público, etc.”. Quedan típicamente comprendidas en esta categoría todas aquellas normas de intervención estatal que sirven una finalidad jurídico-pública o un interés general localizable en el Estado que las cita.

En nuestro sistema hay una norma, el art. 8.1 CC, que advierte al aplicador del Derecho de la existencia de estas normas que, por su importancia prevalecen sobre cualquier remisión conflictual a un Derecho extranjero. Así, el art. 8 CC afirma: ”Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”. La misión del art. 8 CC es fijar, por tanto, el ámbito de aplicación en el espacio de las normas del Derecho Público español.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Por otro lado, desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia han afirmado que existen ciertas normas de Derecho interno, rigurosamente obligatorias, que deben aplicarse también a situaciones privadas internacionales, sin que pueda aplicarse ninguna norma de conflicto y ningún Derecho extranjero. Se han vertido multitud de definiciones que tratan de identificar cuáles son estas normas materiales imperativas, también llamadas normas de policía, normas de aplicación inmediata, etc. El TJCE también ha proporcionado su definición. Dice el TJCE que "son leyes de policía las disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado" (STJCE 23 noviembre 1999, Arblade).

Las normas materiales imperativas regulan y protegen elementos básicos de la organización estatal, como por ejemplo, el mercado inmobiliario, la defensa de la infancia y los menores, el mercado de trabajo, etc. Por ello, tales normas deben aplicarse también a casos internacionales aunque su aplicación a dichos casos no haya sido prevista de modo expreso por el legislador.

La tesis de las normas materiales imperativas ha sido acogida expresamente por ciertos sistemas estatales de DIPr. (ad ex. LDIPr. Suiza 1987, arts. 18 y 19; LDIPr. Italia 1995, art. 17; Código DIPr. Belgica 2004, art. 20.I). También se cita como ejemplo el art. 9 Reg. Roma I de 17 junio 2008 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales].

Esta tesis, sin embargo, no cuenta con soporte legal en Derecho español. La jurisprudencia tampoco la acoge de modo claro. Entre las críticas a la aplicación de las normas materiales imperativas están: 1) la vulneración de la voluntad del legislador (hace aplicable estas normas a supuestos no previstos por el legislador); 2) la vulneración de la seguridad jurídica: Hacer de toda norma prevista para casos internos, una potencial norma aplicable a supuestos internacionales, atenta contra la mas elemental seguridad juridica (art. 9.3 CE). Ademas, la tesis es muy legeforista, lesiona la armonía internacional de soluciones y fomenta el forum shopping; 3) Las normas materiales imperativas no son normas de DIPr. Cuando la norma de extensión declara que ciertas normas de Derecho Privado interno son aplicables a supuestos internacionales, tales normas no dejan de ser preceptos de Derecho interno, Civil, Mercantil o Laboral.

El "caso estrella" esgrimido por los defensores de esta tesis es un tembloroso gigante con pies de barro (Sent.TIJ 28 noviembre 1958, caso Boll). El caso fue el siguiente: M. Elisabeth Boll era una menor que ostentaba nacionalidad holandesa y tenía su residencia habitual en Suecia. Las autoridades suecas aplicaron a dicha menor la Ley de 6 junio 1924 sobre protección de la infancia y de la juventud, y no el vigente, para Suecia, Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de menores. Los partidarios de la tesis de *las lois d'application inmediate* sostuvieron que la Ley sueca de 6 junio 1924 sobre protección de la infancia y de la juventud, era una norma de aplicación inmediata que se imponía sobre las normas de conflicto del Convenio. Pero esta afirmación es falsa: el TIJ nunca dedaró que las Leyes suecas operasen a título de normas materiales imperativas cuya aplicación era preferente a las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1902. El TIJ declaró, simplemente, que dicho Convenio de La Haya era inaplicable al caso, pues la cuestión debatida no se trataba de una tutela.

Otra cuestión muy polémica es la posibilidad de aplicar a una situación privada internacional, ciertas normas imperativas pertenecientes al Derecho de un tercer Estado que no es ni el Estado cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex*

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Fori), ni el Estado cuya Ley regula la situación privada internacional (*Lex Causae*). En el DIPr. Español no existe ninguna cláusula general que permita a los tribunales españoles aplicar normas imperativas de terceros Estados. Sin embargo, en relación con los contratos internacionales, el art. 9.3 Roma I permite, con toda claridad, "tomar en consideración" normas imperativas de terceros Estados que regulan los efectos de los contratos internacionales sobre intereses sensibles de la sociedad de un Estado.

4.- Las normas autolimitadas

Se trata de normas unilaterales mediante las cuales el legislador determina la esfera de aplicación de su propio ordenamiento. También llamadas de extensión (normas que fijan el alcance personal y territorial de un ordenamiento.)

Cuando la norma contenga al mismo tiempo la regulación sustantiva y el "indicador espacial" no hablaremos de "normas de extensión" en el espacio del Derecho material, sino de normas materiales autolimitadas. Las normas de extensión serían normas "incompletas" en cuanto las consecuencias jurídicas solo se reciben en necesaria combinación con otras normas del mismo ordenamiento.

Las normas de extensión son aquellas normas que extienden el ámbito de aplicación en el espacio de ciertas normas sustantivas de Derecho interno, de modo que las hacen aplicables, también, a determinadas situaciones privadas internacionales.

En principio, las normas de Derecho Privado interno,—Civil, Mercantil y Laboral—, solo se aplican a los supuestos jurídicos enteramente nacionales y nunca a las situaciones privadas internacionales. Pues bien: cuando el legislador quiere aplicar las normas jurídicas que regulan casos sin elementos extranjeros, también a casos internacionales, utiliza entonces las normas de extensión.

Son normas pro Lex Fori porque sujetan la situación privada internacional al Derecho sustantivo del país cuyos tribunales conocen del asunto (Lex Fori): evitan la aplicación de la norma de conflicto y de un Derecho extranjero.

El legislador puede emplear las normas de extensión de modos diferentes. Los más relevantes son:

1. Limitador de las normas de conflicto. El legislador emplea normas de extensión para hacer aplicable su Derecho sustantivo a una situación privada internacional muy conectada con su país y evitar que quede sujeta a un Derecho extranjero en virtud de una norma de conflicto. La norma de extensión recorta el ámbito de aplicación de la norma de conflicto y opera como una auténtica excepción a la misma.

2. Método del unilateralismo introverso. El unilateralismo introverso es un método que consiste en lo siguiente: cada Estado establece el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas. Por ello, las normas de conflicto de cada Estado deben ser todas ellas estrictamente unilaterales. Una norma de conflicto verdaderamente unilateral solo se ocupa de establecer los casos regulados por la Ley sustantiva de dicho Estado. Los partidarios del unilateralismo introverso indican que este método preserva la Soberanía estatal, pues la decisión de aplicar la Ley de un Estado concreto corresponde, exclusivamente, a dicho Estado. Y señalan, además, que el Derecho de un Estado forma una unidad jurídica completa, por lo que sus normas materiales solo pueden aplicarse cuando las normas de conflicto de ese Estado así lo ordenan

3. El método *Lex Fori Approach*. En algunos países, el legislador establece que, en todos los casos en los que sus tribunales y autoridades disponen de

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

competencia para conocer de las cuestiones suscitadas por las situaciones privadas internacionales, solo es aplicable la Ley sustantiva de su país (Lex Fori). En los países que siguen este método, los tribunales y autoridades solo conocen de supuestos particularmente vinculados con el Estado al que pertenecen y, por ello, solo aplican a los mismos la Ley sustantiva de ese Estado. Las normas de DIPr. de estos países son siempre normas de extensión. Son normas que precisan los casos internacionales a los que se extiende la aplicación de las normas de Derecho Privado diseñadas para casos internos. Este método es característico de los países anglosajones. No obstante, en ciertas materias, este método ha contagiado, parcialmente, el DIPr. de los países continentales (vid. art. 9.6.III CC y Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores]). Este *Lex Fori Approach* lo siguen también todos los países del mundo en relación con su respectivo Derecho Público. En efecto, los tribunales españoles solo aplican Derecho público español, y nunca Derecho público extranjero, salvo casos excepcionales. Y solo el legislador español puede precisar el ámbito de aplicación en el espacio de su Derecho Público en los casos internacionales (vid. art. 8 CC).

5.- Problemas de aplicación

La norma de conflicto presenta una estructura compleja. Por ello, la aplicación de la norma de conflicto está rodeada, inevitablemente, de numerosos problemas. Son los llamados "problemas de aplicación de la norma de conflicto". El DIPr. español contiene una batería de normas destinadas a resolver tales dificultades.

I. LA CALIFICACIÓN.

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

1.°) Problema de la **interpretación** de los conceptos. La primera cuestión a resolver es la interpretación y la definición que deben darse a los conceptos empleados por las normas de conflicto como supuestos de hecho. Ejemplo: el art. 9.1 CC indica que la Ley aplicable a la capacidad es la Ley nacional de la persona. Pues bien, antes que nada, se debe precisar que debe entenderse por capacidad. Es común opinión de doctrina y jurisprudencia que esta operación de interpretación y definición de conceptos debe llevarse a cabo con arreglo al Derecho de país cuyos tribunales conocen del asunto (Lex Fori). Por tanto, el concepto de capacidad debe precisarlo el Derecho español. Argumento: las normas de conflicto que contienen estos conceptos son normas de la Lex Fori, por lo que sus conceptos deben interpretarse y definirse con arreglo a los criterios hermenéuticos de tal Ordenamiento jurídico.

2.º) Problema de la **calificación**. Tras el anterior, surge otro problema: el problema de la calificación, que es uno de los problemas más clásicos y también más complicados del DIPr. y que consiste en la subsunción de un supuesto fáctico, una concreta situación privada internacional, en el concepto jurídico empleado como supuesto de hecho (*Tatbestand*) por la norma de conflicto. El problema surge porque, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Este es el auténtico problema de la calificación. Ejemplo: el art. 9.1 CC indica que la Ley aplicable a la capacidad es la Ley nacional de la persona y que el art. 9.8 CC precisa que la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante. Pues bien, surge la cuestión de saber si la posibilidad de que el nasciturus pueda heredar es una cuestión de capacidad, caso en el que será aplicable el art. 9.1 CC, o por el contrario, es una cuestión sucesoria, caso en el que debe aplicarse el art. 9.8 CC.

1. Concepto y doctrinas.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Calificar es definir jurídicamente o determinar la naturaleza jurídica de la situación fáctica. Para subsumir el supuesto fáctico en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, debe averiguarse la naturaleza jurídica del supuesto fáctico controvertido. Por ello, calificar es definir una situación privada internacional en términos jurídicos. Una vez calificada la situación privada internacional, se aplicará la norma de conflicto que corresponda a la naturaleza jurídica que se ha atribuido al supuesto. Ejemplo: ¿Cual es la naturaleza jurídica del contrato sucesorio? Si se estima que presenta una naturaleza jurídica sucesoria, tal contrato sucesorio debe subsumirse en el supuesto de hecho de la norma de conflicto que regula la sucesión internacional (art. 9.8 CC). Si, por el contrario, el contrato sucesorio presenta una naturaleza jurídica contractual, deberá subsumirse en el supuesto de hecho de la norma de conflicto que regula los contratos internacionales.

Para resolver este problema se han utilizado cuatro grandes tésis: a) Calificación lege fori; b) Calificación lege causae; c) Calificación autónoma; d) Precisión detallada del ámbito de la Ley aplicable.

Las dos primeras nacieron en el siglo XIX y son las tésis más clásicas. a) Primera solución. La calificación lege fori. La calificación es una operacion jurídica que tiene lugar en todos los sectores del Derecho. Pero en DIPr. presenta una particularidad. La naturaleza jurídica de numerosas instituciones es distinta en los diferentes Derechos estatales. Ejemplo: en ciertos Derechos estatales, la culpa in contrahendo constituye responsabilidad extracontractual, mientras que otros Derechos consideran que se trata de un aspecto de las obligaciones contractuales . Por ello debe precisarse el Derecho estatal con arreglo al que debe realizarse la calificación. Pues bien: la primera tesis, la tesis más clásica, indica que la calificación debe realizarse con arreglo a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto . Es la calificación ***lege fori***. La calificación lege fori es la solución defendida por la mayor parte de la doctrina clásica. Esta solución se sigue, como regla general, por la inmensa mayoría de los sistemas estatales de DIPr. (art. 3.1 DLDIPr. Hungría 1979, art. 3 LDIPr. Rumanía 1992, art. 12.1 CC).

b) La calificación ***lex causae***. Esta segunda solución indica que la naturaleza jurídica de la situación privada internacional la debe fijar el Derecho designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, es decir, la lex Causae. Varios aspectos deben subrayarse en torno a esta tésis.

– Bases de la calificación lege causae. Esta tesis se basa en varios argumentos: (a) El problema del circulus inextricabilis no es tal, porque es perfectamente posible tener en cuenta, a efectos calificatorios, las Leyes en presencia y sus correspondientes calificaciones del supuesto; (b) La remisión a la Ley extranjera debe ser una remisión total, con pleno respeto al Derecho extranjero, por lo que debe utilizarse los criterios de calificación del Derecho extranjero.

– Inconvenientes de la calificación lega causae. Sin embargo, la calificación lege causae es muy complicada. Varios motivos lo demuestran: (a) Obliga a los jueces a operar con categorías y calificaciones procedentes de multitud de Derechos extranjeros; (b) La calificación depende del Derecho extranjero aplicable, por lo que varía de caso a caso. Ejemplo: según cual sea el Derecho extranjero que regula la multipropiedad, ésta puede ser calificada como un contrato, como un derecho societario o como un derecho real, con lo que cambiará la norma de conflicto aplicable y el Derecho regulador del asunto. Por estas razones, ningún sistema estatal de DIPr. acoge la calificación lege causae como regla general. Sólo en relación con aspectos muy concretos, algunos sistemas de DIPr. aceptan la calificación lege causae. Ejemplo: para determinar la naturaleza jurídica mueble o inmueble de un bien, ciertas normas de conflicto de otros países indican que debe consultarse el Derecho del país de situación del bien. Es el caso de Brasil, Quebec, Hungria, etc.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

En cualquier caso, utilizar una técnica eternamente problemática propia del Derecho civil y de la jurisprudencia de conceptos no parece la herramienta más adecuada para resolver la compleja cuestión de la calificación en DIPr. Este hecho explica el éxito de dos tesis modernas sobre la calificación: la calificación autónoma y la calificación ejemplificativa.

c) La **calificación autónoma**. Esta tesis se debe a E. RABEL, al que siguieron F. DE CASTRO y L. MERIGGI. Estos autores integran la llamada "tercera escuela" (*Die dritte Schule*). La calificación autónoma consiste en lo siguiente.

– Conceptos autónomos. Los conceptos empleados como supuestos de hecho de las normas de conflicto son conceptos autónomos de DIPr. Tales conceptos deben definirse de una forma autónoma, propia del DIPr. Tales conceptos presentan un significado diferente al que tienen en Derecho Civil y Mercantil. Y generalmente, estos conceptos propios del DIPr. son conceptos muy amplios, pues de ese modo pueden designar correctamente la Ley aplicable a los muy distintos y heterogéneos casos internacionales.

– Encaje de la situación en el concepto autónomo. Una vez definido el concepto empleado como supuesto de hecho por la norma de conflicto, el operador jurídico sólo debe analizar el caso concreto y decidir si encaja en el concepto autónomo utilizado por la norma de conflicto. Esta técnica es sencilla, se adapta muy bien a la realidad internacional y evita el legeforismo.

d) La **calificación ejemplificativa**. Esta técnica procede de los Convenios internacionales concluidos por la Conferencia de La Haya de DIPr. La siguen también numerosos sistemas de DIPr. de producción interna, como el Código Belga de DIPr. (2004) y la Ley italiana de DIPr. (1995). Consiste en lo siguiente: cuando el supuesto de hecho de la norma de conflicto es un concepto bastante amplio, se añade una lista de cuestiones polémicas o dudosas bajo la rúbrica ámbito de la Ley aplicable, cuestiones que el legislador considera incluidas en tal supuesto de hecho. No hay que calificar nada. Ya lo hace el legislador cuando precisa, a modo de ejemplo, las cuestiones que quedan sujetas a una concreta norma de conflicto. Ejemplo. El art. 78.1 del Código belga de DIPr. 16 julio 2004 indica que la sucesión se rige, en general, por la Ley del país de la última residencia habitual del causante. Y el art. 80 Código belga DIPr. Contiene una lista no exhaustiva de cuestiones que se regulan por la Ley que rige la sucesión, como, por ejemplo, las causas y el momento de apertura de la sucesión, la sucesión del Estado y del cónyuge supérstite, causas de desheredación e indignidad, las legítimas, condiciones y efectos de aceptación y renuncia a la herencia, causas particulares de incapacidad para disponer y para recibir por herencia, reducción de donaciones inoficiosas, etc. En DIPr. español, existe una enconada polémica sobre cuál es la calificación que debe darse a la cuestión de la incapacidad relativa para suceder del confesor que atiende al causante en su ultima enfermedad: ciertos autores indican que debe calificarse como una cuestión de capacidad del confesor, por lo que defienden la aplicación de la Ley nacional del confesor (art. 9.1 CC), pero otros autores estiman que debe calificarse como una cuestión sucesoria, lo que lleva a aplicar la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC). Pues bien, una disposición como el art. 80 Código belga 2004 resuelve directamente la cuestión, ya que indica claramente que esta debe ser considerada una cuestión sucesoria y que, por tanto, debe regirse por la Ley aplicable a la sucesión. No hay que investigar la naturaleza jurídica de esta cuestión dudosa, porque ya lo hace el legislador.

2. La solución del Derecho internacional privado español.

El art. 12.1 CC acoge la solución de la calificación lege fori. Su texto es meridianamente claro: "La calificación para determinar la norma de conflicto

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. Ello significa que es la Ley española, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (Lex Fori), la que determina la naturaleza jurídica de la cuestión debatida. Antes de 1974, la jurisprudencia española ya acogía la tesis de la calificación lege fori (STS 13 enero 1909, STS 10 noviembre 1924, STS 27 enero 1933, STS 14 junio 1974, STS 17 abril 1956, RDGRN 4 junio 1915).

La técnica de la calificación autónoma está desplazando a las dos tesis clásicas. En la práctica, muchos tribunales españoles la siguen de modo implícito. Ello explica la escasa jurisprudencia española sobre el art. 12.1 CC. La tesis de la calificación autónoma ha hecho que el art. 12.1 CC se convierta en un precepto inútil.

II. LA CUESTIÓN PREVIA.

1. Concepto y presupuestos.

Existe cuestión previa de DIPr. cuando, para regular una relación privada internacional, la denominada cuestión principal (*Hauptfrage*, *Erstfrage*), es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente, llamada cuestión previa (*Vorfrage*, *Incidental Question*, *question preliminaire*), que opera como presupuesto de la anterior. La cuestión previa es una construcción de la doctrina alemana.

Caso. Los Tribunales españoles deben resolver un pleito relativo a la sucesión hereditaria de un inglés. La cuestión sucesoria es la cuestión principal y se rige por el Derecho inglés, que es la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC). Ahora bien, aparece otra cuestión, una cuestión previa, pues un sujeto francés afirma ser hijo del causante y tener derechos hereditarios. Esta cuestión previa, debe ser resuelta necesariamente antes que la principal. ¿Cual es la Ley aplicable a la cuestión previa? El Derecho inglés, que rige también la cuestión principal, el Derecho al que remitan las normas de conflicto inglesas, o el Derecho al que conduce la norma de conflicto española sobre filiación?

La cuestión previa suele suscitarse en relación con litigios sucesorios y litigios de responsabilidad no contractual, así como en relación a litigios de Derecho Público.

a) En los litigios sucesorios es frecuente que, antes de decidir a quién corresponde la herencia, deba resolverse, como cuestión previa, cual es la Ley aplicable al matrimonio del causante, a la adopción y a la filiación natural. En efecto: solo heredará el cónyuge supérstite si su matrimonio con el causante fue válido, y solo heredará quien dice ser hijo si realmente era hijo del causante (SAP Alicante 26 enero 2009 [causante alemán y posible hija extramatrimonial de la heredera]).

b) En los litigios relativos a responsabilidad no contractual, es frecuente que deba resolverse, como cuestión previa, la Ley aplicable a la existencia y titularidad de los derechos reales presuntamente vulnerados. En efecto: solo si un derecho existe y solo si pertenece a quien dice ser su titular, entonces podrá haber sido vulnerado por un tercero. Ejemplo: la Sent. Cour Cassation Francia 28 mayo 1991, Houston, tuvo que fallar sobre una posible vulneración del derecho de autor del cineasta John Houston en relación con su film "*The Asfalt Jungle*", que se transmitió por televisión en Francia pero en una copia coloreada. Pero antes de determinar si había existido vulneración o no de los derechos de autor (cuestión principal), tuvo que determinar quién era el auténtico titular de tales derechos (cuestión previa).

c) En determinados litigios de Derecho Público, es preciso acreditar con carácter previo una circunstancia de Derecho privado (cuestión previa impropia). Ejemplo 1: para que una persona pueda acceder a pensiones o prestaciones de la Seguridad social española, es necesario probar la cualidad de hijo o cónyuge del beneficiario

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

(STSJ Com. Valenciana Social 10 junio 2008 [esposa rumana-de sujeto fallecido y pensión de la Seguridad Social]

2. La solución del Derecho internacional privado español.

Punto de partida. En DIPr. el problema de la cuestión previa debe resolverse a partir de estos datos: 1.°) El DIPr. español guarda silencio sobre la cuestión previa: no existe una solución general al problema ni tampoco soluciones positivas específicas. La jurisprudencia española no ha proporcionado respuestas claras sobre la cuestión previa en forma de una teoría general sobre este problema. Ante el silencio legal y jurisprudencial, los tribunales pueden, mediante el desarrollo judicial, construir soluciones específicas para solventar los casos de cuestión previa. En tal sentido, pueden seguir una regla general, pero pueden admitir ciertas reglas especiales para casos específicos. La regla general es la Lex Formalis Fori. La solución básica a esta cuestión en DIPr. español debe ser la llamada tesis de la Lex Formalis Fori o tesis de la de la conexión independiente (*selbständige Anknupfung*). Según esta tesis, debe aplicarse a la cuestión previa, la norma de conflicto prevista para tal cuestión en el DIPr. del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Resultado: una vez resuelta la cuestión previa con arreglo al Derecho del país al que remite la norma de conflicto que en el DIPr. español regula dicha cuestión previa, se resolverá la cuestión principal, cuya Ley reguladora se determinará, naturalmente, conforme a la norma de conflicto española que sea aplicable a tal cuestión. Ejemplo: en un pleito relativo a la sucesión de un causante alemán, se tuvo que determinar la cualidad de hija extramatrimonial de una mujer de nacionalidad española. El tribunal aplicó a dicha cuestión previa el art. 9.4 CC y en consecuencia, la Ley sustantiva española. Acreditado que con arreglo al Derecho sustantivo español, dicha mujer era hija del causante, la sucesión del mismo quedo sujeta al Derecho alemán con arreglo al art. 9.8 CC (SAP Alicante 26 enero 2009).

Solución en DIPr. español. Reglas específicas. En ciertos supuestos, no obstante, cabe aceptar soluciones diferentes a la tesis de la Lex Formalis Fori. Son los que siguen.

1.°) Tesis de la Lex Materialis Causae. Ciertos instrumentos internacionales sujetan la cuestión previa a la Ley material designada por la norma de conflicto que regula la cuestion principal. Ejemplo: el art. 1.II del Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 (Ley aplicable al nombre) indica que la Ley nacional del sujeto, que rige su nombre y apellidos (cuestión principal), debe regular también las cuestiones previas al nombre de la persona, como el matrimonio o la filiación. Esta solución sólo debe seguirse si un instrumento legal internacional así lo indica.

2.º) Tesis de la cuestión previa creada y agotada en el extranjero. Cuando la situación jurídica ha sido creada en un país extranjero y en el ha desplegado sus efectos principales, pero ahora se cuestiona su validez en otro país como cuestión previa, aplicar las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto es inconveniente. Puede hacer inválida una situación perfectamente eficaz en otro país. Por ello, en este caso, la validez de la situación que se presenta como cuestión previa debe valorarse con arreglo al DIPr. del país en el que la situación se creó y desplegó sus efectos principales. Esta excepción convence: refuerza la seguridad jurídica y la continuidad internacional de las situaciones válidamente constituidas en un país. Ejemplo: si en un pleito sucesorio surgido en torno a la herencia de un ciudadano irlandés (cuestión principal) se duda sobre la validez de su matrimonio contraído con inglesa en Inglaterra (cuestión previa), aplicar a dicho matrimonio las normas de conflicto españolas no tiene sentido. El matrimonio es una situación ya creada en Inglaterra, en cuyos Registros consta. Es más conveniente aplicar, para decidir sobre su validez, las normas de conflicto inglesas.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

III. EL FRAUDE.

1. Concepto y elementos constitutivos.

El fraude de Ley internacional (*Evasion of the Law*) es la alteración voluntaria y artificiosa de la circunstancia empleada como punto de conexión de la norma de conflicto, realizada por las partes con el fin de provocar la aplicación de un Derecho estatal (ordenamiento de cobertura) al supuesto, distinto a aquel Derecho estatal (ordenamiento defraudado) que sería normalmente aplicable.

Se distinguen varios elementos básicos en el fraude de Ley internacional (H. BATIFFOL):

1.°) Elemento material (corpus). Se trata del cambio objetivo de circunstancia utilizada como punto de conexión por la norma de conflicto. Ejemplo: el cambio de nacionalidad en el caso de normas de conflicto que utilizan la nacionalidad como punto de conexión, como el art. 9.8 CC (la sucesión mortis causa se rige por la Ley nacional del testador). El cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión debe presentar ciertos caracteres específicos.

– Debe tratarse de un cambio voluntario. Ejemplo: cl sujeto solicita y obtiene la nacionalidad de un Estado. El cambio involuntario de la circunstancia empleada como punto de conexión impide la existencia de fraude de Ley internacional.

– Debe tratarse de un cambio malicioso o artificioso. Ello significa que el cambio de punto de conexión es sólo un cambio aparente.

Las partes crean una conexión fraudulenta. Es una conexión que existe, y que es incluso ajustada a la Ley. Pero es también una conexión que no refleja una vinculación auténtica con un país, sino sólo una vinculación aparente. En realidad, el supuesto continúa realmente vinculado con un Estado, aunque las partes hayan creado una vinculación aparente o meramente formal con otro Estado. Por eso dicha vinculación, que existe, no debe producir efectos jurídicos. Y no debe producirlos porque es una conexión meramente aparente o conexión vacía, de modo que el supuesto continúa estando más estrechamente vinculado con otro Estado. Ejemplo: ciertos países otorgan su nacionalidad en cuestión de días a sujetos que no tienen la más mínima relación sustancial con dicho país (Liechtenstein: STIJ 6 abril 1955, Nottebohm). Una persona puede adquirir de modo muy sencillo la nacionalidad de Liechtenstein con el objetivo de provocar un cambio en su Ley nacional, por lo que su sucesión mortis causa quedará regida por esa nueva Ley nacional (art. 9.8 CC).

2.°) Elemento subjetivo o intencional (animus). Es la intención de uno o varios sujetos de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico, esto es, la aplicación de una Ley que, en circunstancias normales, no debería haber regulado la situación privada internacional (STS 14 septiembre 2009).

El fraude a la Ley en DIPr. es una excepción al normal funcionamiento de norma de conflicto. Ello comporta vanas consecuencias: a) El fraude de Ley internacional debe interpretarse, siempre, de modo restrictivo; b) El fraude de Ley internacional debe ser siempre probado por el que lo alega. Debe probarse el cambio artificioso y voluntario de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto y debe probarse, también, la intención fraudulenta del sujeto (STS 14 septiembre 2009). Dicha prueba es difícil aunque no imposible.

2. La solución en Derecho internacional privado español.

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

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

a) Falta de sanción. El art. 12.4 CC describe el concepto de fraude de Ley en relación con la norma de conflicto. Pero ahí se queda, pues el precepto no establece ninguna sanción para el mismo. Para integrar esta laguna del art. 12.4 CC, puede emplearse el art. 6.4 CC. Por tanto, la sanción al fraude de ley en DIPr. consiste en la aplicación de la norma material que se ha tratado de eludir mediante el cambio artificioso de la circunstancia que constituye el punto de conexión de la norma de conflicto. En otras palabras: la sanción al fraude es la ineficacia o inoponibilidad del resultado pretendido con la maniobra fraudulenta. Sin embargo, la herramienta del fraude no es objeto de represión. Ejemplo: la adquisición por sujeto español de una nacionalidad de conveniencia con el solo objetivo de otorgar un testamento sin sujeción a legítimas, constituye fraude de Ley. Por ello, la Ley de la nueva nacionalidad del testador no regirá el contenido del testamento. Pero ello no supone la nulidad de la adquisición de la nacionalidad extranjera.

b) Objeto limitado del fraude. El art. 12.4 CC solo prevé el fraude a la ley imperativa española. Sin embargo, la doctrina entiende que el fraude a las normas imperativas extranjeras puede sancionarse por dos cauces:

• Aplicación analógica del art. 12.4 CC;

• Existencia de fraude a la norma de conflicto española, ya que si esta designa como aplicable una Ley extranjera, dicha Ley debe ser aplicada a pesar de las maniobras artificiosas de las partes.

La jurisprudencia comparada castiga el fraude internacional a Leyes extranjeras, como sucede en Francia (Sent. CA Paris 18 junio 1964, Gunzburg).

Finalmente, el fraude de Ley internacional debe ser diferenciado de otras figuras afines como el forum shopping.

VI. EL REENVÍO.

1. Concepto y clases.

El reenvío es el fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país. Ejemplo. Se litiga en torno a la herencia de un ciudadano inglés cuyo único patrimonio estaba compuesto por inmuebles sitos en España. El art. 9.8 CC indica que la sucesión por causa de muerte se rige por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Pero resulta que en Derecho inglés existe una norma de conflicto que sujeta la sucesión inmobiliaria a la Ley del Estado donde radican los inmuebles: España. Ello provoca una nueva remisión en favor del Derecho español. Es un reenvío: la norma de conflicto española envía la regulación del supuesto al Derecho inglés y la norma de conflicto inglesa vuelve a enviar (reenvía) la solución del supuesto al Derecho español (STS 23 septiembre 2002).

Para que exista reenvío deben concurrir estos presupuestos.

1°) Diversidad de puntos de conexión. La norma de conflicto española ordena la aplicación de un Derecho extranjero a una situación privada internacional, pero tal Derecho extranjero rechaza su propia aplicación al caso, y remite a otro Derecho estatal. Se produce un conflicto negativo de Leyes: la norma de conflicto española señala que la Ley española no es aplicable, sino que debe aplicarse una Ley

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

extranjera. Pero la norma de conflicto de dicho país señala que la cuestión no se debe regir por la Ley material de tal país, sino por el Derecho de otro Estado.

2.°) Consideración de la globalidad del Derecho extranjero. Para que exista reenvío la remisión que la norma de conflicto española hace al Derecho extranjero debe entenderse efectuada al entero ordenamiento jurídico extranjero, lo que incluye también las normas de conflicto del mismo, que son las normas que producen esa segunda remisión. El reenvío es un caso de conflicto de sistemas. En efecto, en virtud del reenvío, el tribunal español aplicará la norma de conflicto extranjera para determinar las normas sustantivas reguladoras de la situación privada internacional.

Clases de reenvío. La clasificación más tradicional permite distinguir dos grandes clases de reenvío.

1.°) Reenvío de primer grado o reenvío de retorno (*Ruckverweisung*). Se produce cuando, pendiente un caso ante un tribunal español, la norma de conflicto española remite la regulación de la situación privada internacional a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de dicho ordenamiento vuelve a remitir la regulación de la cuestión al Derecho español.

2.°) Reenvío de segundo grado o reenvío ulterior (*Weiterverweisung*). La norma de conflicto española remite la regulación de la situación privada internacional a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de dicho ordenamiento, a su vez, remite la regulación de la cuestión al Derecho de un tercer Estado. Este es un reenvío de segundo grado. En teoría, pueden plantearse reenvíos de tercer grado, de cuarto grado y sucesivos.

2. La solución en Derecho internacional privado español.

El art. 12.2 CC, que data de 1974, afirma: "La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española". El art. 12.2 CC presenta una caótica redacción: a) Una afirmación contradictoria: si la remisión al Derecho extranjero, se dice, lo es en favor de su Ley material, cómo se afirma, acto seguido, que se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras si estas remiten al Derecho español?; b) Una doble negación: no se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras que no remitan al Derecho español.

Tal y como el TS ha interpretado el art. 12.2 CC, el precepto acoge las siguientes soluciones.

a) Solución básica: admisión del reenvío de primer grado. El art. 12.2 CC acepta, exclusivamente, el reenvío de retorno o reenvío de primer grado. Cuando la norma de conflicto española remite a una Ley extranjera, se acepta la remisión hecha por las normas de conflicto extranjeras en favor de la Ley española (erróneamente: SAP Alicante 7 junio 2001). A este respecto, varias consideraciones son necesarias.

1.°) Aplicación correcta de la norma de conflicto extranjera. En caso de reenvío de retorno, la norma de conflicto extranjera debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho ordenamiento extranjero. Ejemplo: la sucesión mobiliaria de un inglés con domicilio en España se rige por el Derecho inglés (art. 9.8 CC). El Derecho ingles reenvía al Derecho español porque en DIPr. inglés, la sucesión mobiliaria se regula por la Ley del domicilio del causante. Pues bien: el concepto de domicilio que emplea el juez español para aceptar el reenvío es el concepto de domicilio del Derecho inglés, que no coincide con el concepto español de domicilio. El concepto inglés de *domicile* es un "concepto poético": el lugar al que la persona, cuando está lejos de él, quisiera volver (B. BAREL).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2.º) Calificación extranjera. Si la situación jurídica que debe regularse por un Derecho extranjero recibe según tal Derecho extranjero, una calificación distinta a la que ha recibido en Derecho español se aplicarán las normas de conflicto del Derecho extranjero correspondientes a la calificación que en tal ordenamiento recibe la institución. Dichas normas de conflicto extranjeras pueden remitir a la Ley española. Es el llamado "reenvío de calificaciones". Ejemplo: si la ruptura de los esponsales se considera en España una cuestión de "responsabilidad civil" y la norma de conflicto en dicha materia remite al Derecho alemán, puede suceder que el Derecho alemán la califique como una cuestión de "Derecho de familia", y que, con arreglo a dichas normas de conflicto alemanas, la cuestión se deba regir por la Ley española. Se produce un reenvío aunque las normas de conflicto españolas y alemanas en materia de responsabilidad civil sean idénticas.

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

4.º) Eliminación del reenvío de segundo grado. Si la norma de conflicto extranjera remite a la Ley de un tercer país, dicho reenvío, que sería un reenvío de segundo grado, no se acepta. La situación privada internacional queda en tal caso regulada por las normas materiales del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española.

5.°) Norma de conflicto extranjera contraria al orden público internacional español. Si la aplicación de la norma de conflicto extranjera resulta contraria al orden público internacional español, dicha norma no podrá tenerse en cuenta en ningún caso. Se aplicará entonces la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto española. Ejemplo: la filiación de un sujeto argelino se rige por el Derecho argelino (art. 9.4 CC), pero si el Derecho argelino reenvía al Derecho del país cuya nacionalidad ostenta el padre, esta norma de conflicto no puede tenerse en cuenta. Se aplicará, en tal caso, el Derecho sustantivo argelino.

6.º) Excepción al art. 12.2 CC. Los arts. 98 y 162 LCCh. regulan la capacidad para obligarse por letra de cambio, pagaré o cheque en DIPr. Ambos preceptos permiten el reenvío de segundo grado, ya que someten la cuestión a la ley nacional del sujeto, pero admiten que si esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última.

Carácter instrumental y facultativo del reenvío. El reenvío no es una solución general ni un mecanismo automático. El reenvío es una mera herramienta jurídica. Es un puro instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto. El art. 12.2 CC es una norma auxiliar o ancilar respecto de las normas que indican el Derecho aplicable. Por ello, el reenvío no puede traicionar el sentido de las normas de conflicto, sino facilitar su correcta aplicación. El reenvío desarrolla una función instrumental (A.L. CALVO CARAVACA). Esta concepción instrumental del reenvío comporta diversas consecuencias:

1.°) El reenvío no es obligatorio. En Derecho español, el reenvío no es obligatorio, sino facultativo. El carácter facultativo del reenvío se deduce de dos concretas previsiones de legislador. Primera: el art. 12.2 CC no afirma que el juez español debe aplicar las normas de conflicto extranjeras que remiten al Derecho español. Lo que dice el art. 12.2 CC es que el juez español debe tener en cuenta las normas de conflicto extranjeras si estas remiten a la Ley española. Y naturalmente, tener en cuenta no es lo mismo que aplicar las normas de conflicto extranjeras. Segunda: el art. 12.6 CC indica que solo las normas de conflicto del Derecho

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

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

2.º) Justificación del reenvío en el caso concreto. El juez español puede emplear el reenvío de primer grado o puede no emplearlo. Pues bien: lo utilizara solo y exclusivamente si dicho reenvío resulta útil para alcanzar soluciones satisfactorias, razonables y justas en el caso concreto (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999). El operador jurídico debe demostrar que el reenvío conduce a resultados justos. A tal efecto, el tribunal español debe realizar un test de oportunidad del reenvío. En dicho test, deben ponderarse los elementos del caso concreto y los resultados que comporta el reenvío en dicho caso concreto. Este modo de concebir el reenvío se conoce como reenvío funcional o reenvío expediente (H. LEWALD, PH. FRANCESCAKIS, P. COURBE).

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

I. Primera condición del reenvío: Es absolutamente necesario, para aceptar el reenvío de primer grado, que este no vulnere los principios inspiradores de la norma de conflicto española. El art. 12.2 CC es una norma instrumental que debe respetar la idea de Justicia que vertebra la norma principal, que es la norma de conflicto española. En concreto, cabe distinguir estos casos.

1.°) Sucesión por causa de muerte. El reenvío no debe aceptarse si provoca un fraccionamiento legal de la sucesión, porque el art. 9.8 CC exige que la Ley que regule la sucesión sea una sola Ley. Si la admisión del reenvío lleva a que distintos aspectos de la misma sucesión se rijan por varias Leyes diferentes, el reenvío debe rechazarse (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999) Este criterio se sigue también en Francia.

2.º) Normas de conflicto materialmente orientadas. El reenvío no cabe en relación con las normas de conflicto que seleccionan el Derecho aplicable en virtud de su contenido material (normas de conflicto materialmente orientadas). En este caso, la admisión del reenvío vulnerarla el objetivo sustancial perseguido por el legislador en estas normas de conflicto, que consiste, precisamente, en la aplicación de un concreto Derecho extranjero.

3.º) Elección de la Ley aplicable. El reenvío no debe operar en relación con las normas de conflicto españolas que permiten a los particulares, directa o indirectamente, elegir el Derecho aplicable. Puede presumirse que las partes eligen la Ley material de un país y no las normas de conflicto extranjeras. El reenvío no debe alterar ese principio. Ejemplo: el art. 9.2 CC [conexión segunda] permite que los efectos del matrimonio se regulen por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento autentico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Si los cónyuges han elegido la Ley marroquí, que es la Ley nacional de uno de ellos, como Ley reguladora de los efectos de su matrimonio, se aplicara dicha Ley sustantiva sin tener en cuenta las normas de conflicto marroquíes ni la remisión que tales normas puedan hacer a otras Leyes.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

4.°) Sentencias claudicantes. En ciertos supuestos, la aplicación de la Ley sustantiva española que se verifica gracias al reenvío, puede conducir a una sentencia española claudicante, una sentencia sin efectos jurídicos en un país en el que realmente, interesa que dicha sentencia española surta tales efectos jurídicos. En tal caso, el reenvío es desaconsejable (SAP Burgos 30 julio 2007 [divorcio entre cónyuges colombianos]). Ejemplo: el divorcio entre cónyuges colombianos se rige por la Ley colombiana (art. 107.2 CC), pero la Ley de dicho país remite a la Ley del domicilio conyugal. Si los cónyuges residen habitualmente en España, ello haría aplicable la Ley sustantiva española. Sin embargo, dicha sentencia española de divorcio no surtirá efectos legales en Colombia, pues el Derecho colombiano exige que, para que un divorcio dictado en el extranjero y que afecta ciudadanos colombianos produzca efectos en Colombia, la causa de divorcio apreciada por el tribunal sea admitida por la Ley colombiana. Si ello no es así, lo que sucederá en el caso de un divorcio por mera voluntad de uno de los cónyuges acordado con arreglo al art. 86 y 81.2 CC, la sentencia española no surtirá efectos en Colombia. El tribunal deberá aplicar la Ley material colombiana, pues de ese modo dictará una sentencia de divorcio con plenos efectos jurídicos tanto en España como en Colombia.

II. Segunda condición del reenvío: los índices positivos de reenvío. Para aceptar el reenvío, además de concurrir la condición básica de reenvío, es necesario que exista algún índice positivo de reenvío, sea cual sea. Estos índices positivos de reenvío son circunstancias que ponen de relieve que el reenvío de primer grado permite alcanzar soluciones racionales y justas. Dichas circunstancias pueden ser de varios tipos.

a) Primer índice positivo: el reenvío como mecanismo para resolver un falso conflicto de Leyes. Si el Derecho material extranjero y el Derecho material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío es aconsejable (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, SAP Málaga 13 marzo 2002, SAP Alicante 10 marzo 2003). En efecto, según el TS, en este caso, realmente, es indiferente aplicar Derecho extranjero o Derecho material español. Pues bien: el reenvío permite aplicar el Derecho español, lo que siempre es más fácil, rápido y económico para los tribunales, y no perjudica a ninguna de las partes en el litigio. En otras palabras: para el TS, el reenvío es aconsejable y positivo cuando opera para resolver un falso conflicto de Leyes (*Fake Conflict*), es decir, cuando logra una armonía internacional de soluciones materiales. Este primer índice positivo de reenvío no concurre en el caso de que el contenido del Derecho material extranjero difiera sensiblemente del contenido del Derecho material español. Es un índice positivo de reenvío por el que el TS siente especial debilidad y aprecio (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 23 septiembre 2002).

b) Segundo índice: el reenvío como ajuste de la localización. En ocasiones, la situación litigiosa queda regulada por un Derecho extranjero porque así lo ordena la norma de conflicto española. Sin embargo, se aprecia que la conexión real de dicha situación con tal ordenamiento extranjero es muy débil. Con otras palabras: todos los datos del supuesto lo vinculan con España, salvo el punto de conexión empleado por la norma de conflicto española que vincula el caso con un Derecho extranjero. Y además, los contactos del caso con España son contactos sustanciales mientras que los contactos del supuesto con el país extranjero a cuya Ley remite la norma de conflicto española son contactos formales. Puede entonces afirmarse que la norma de conflicto española localiza incorrectamente el supuesto en un país y en un Derecho extranjero. Pues bien, en tales casos, el reenvío puede operar para reajustar la localización y hacer aplicable la Ley del país más conectado con el supuesto, que es la Ley española. El reajuste de la localización garantiza las expectativas de los sujetos y la seguridad jurídica, pues las partes esperan ver aplicado el Derecho del país más vinculado al supuesto. Con ello, el reenvío potencia también la vida internacional de los particulares, pues sujeta la situación

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

privada internacional a la Ley del país cuya aplicación a dicha situación genera los menores costes a los particulares implicados (reducción de costes conflictuales). El TS se ha referido a este índice positivo de reenvío en la STS 15 noviembre 1996 y lo aceptó expresamente en la STS 23 septiembre 2002 (vid también implícitamente SAP Guipúzcoa 11 abril 2008 [divorcio entre cónyuges argentinos] y de modo menos claro, SAP Alicante 30 marzo 2009 [cónyuges argentinos y reenvío en favor del Derecho español]).

c) Tercer índice positivo: el reenvío para fomentar la armonía internacional de soluciones. El reenvío puede ser aconsejable si mediante el mismo se logra que la Ley aplicable a la situación privada internacional sea la misma, ya conozca del caso un tribunal español o un tribunal del Estado a cuya Ley remite la norma de conflicto española. Es el reenvío-coordinación defendido por H. BATIFFOL, que potencia la seguridad jurídica internacional. Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Por varios motivos: 1.°) El legislador no emplea el reenvío como instrumento al solo servicio de la armonía internacional de soluciones. Si fuera así, se aceptaría el reenvío de segundo grado, que sin embargo está expresamente prohibido por el art. 12.2 CC; 2.º) El TS nada ha indicado sobre este índice de armonía internacional de soluciones conflictuales. Para el TS, sólo es relevante la armonía internacional de soluciones materiales: la Ley material extranjera es similar a la Ley material española. Por tanto, este tercer índice positivo de reenvío es, hasta hoy, una mera propuesta doctrinal.

d) Cuarto índice positivo: el reenvío materialmente orientado. Algunos autores indican que el reenvío podría ser aconsejable cuando conduce a resultados constitucionalmente ajustados. Ejemplos: el reenvío debe aceptarse si a través del mismo se provoca la aplicación de la Ley material española, Ley que permite la determinación de la filiación del hijo (*favor filii*), o la disolución del matrimonio por divorcio (*favor divortii*). Este índice positivo de reenvío (reenvío *in favorem*) ha sido acogido por otros sistemas extranjeros de DIPr. (art. 13.3 LDIPr. Italia 1995 [establecimiento de la filiación]). Si embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Si la Ley extranjera presenta un contenido inaceptable, debe entonces utilizarse el orden público internacional para excluir la aplicación de la Ley extranjera y provocar así la aplicación de la Ley española (*Lex Fori*), y el reenvío es improcedente e innecesario

V. EL ORDEN PÚBLICO.

1. Concepto y características

El orden público -como concepto específico del Derecho Internacional privado- se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro. Tal excepción se hará, por ejemplo, en el caso de que un extranjero quiera contraer un segundo matrimonio en España, sin que se hubiera disuelto previamente el primero. Pese a que esa ley extranjera -rectora de la capacidad matrimonial según el artículo 9.1 del Código Civil- admita la poligamia, no será posible la celebración del segundo matrimonio en España porque se ven afectados principios que considera fundamentales la sociedad española.

Constituye una perturbación en el juego de las normas de conflicto, pero tal perturbación resulta inevitable por la propia naturaleza indirecta de las normas de conflicto; generalmente el mecanismo conflictual es “ciego” y genera remisiones al Derecho extranjero sin considerar su contenido, la norma de conflicto no puede suponer “un salto en el vacío” (RAAPE), no puede interpretarse como un cheque

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

en blanco en favor del conjunto de los legisladores del universo (BATIFFOL). Resultan imprescindibles unas medidas de seguridad para evitar la aparición de graves incongruencias en el ordenamiento jurídico del foro. Por esta razón, en todos los sistemas jurídicos se utiliza el mecanismo del orden público, aunque no siempre se recoja esta figura en un texto legal. No obstante, no debe dudarse de que se trata de una excepción, un remedio de carácter extraordinario que, en consecuencia, "debe ser aplicado con sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, de incompatibilidad manifiesta" (AGUILAR NAVARRO).

No basta que la ley extranjera sea distinta, o incluso opuesta, a otra ley del foro. Para que pueda excluirse la aplicación de la ley extranjera deben verse afectados los principios del ordenamiento jurídico del foro que pueden considerarse básicos -ejes centrales de la reglamentación- e irrenunciables -porque reflejan valores esenciales de la sociedad- (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ). El orden público interviene para salvaguardar principios de justicia de una importancia vital para el Estado del foro. Es un concepto más restringido que el del orden público interno -formado por el conjunto de normas imperativas del ordenamiento, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse la autonomía de la voluntad-, pues comprende únicamente aquel sector del Derecho imperativo del foro que resulta absolutamente irrenunciable, incluso en presencia de relaciones jurídicas que contengan un elemento extranjero.

El orden público en Derecho Internacional privado es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico. Este contenido es elástico y variable en el espacio y en el tiempo, es decir, cambia de unos países a otros y, dentro del mismo Estado, lo que hoy es orden público puede no serlo mañana. «Está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966). Este orden público «internacional» es esencialmente nacional o estatal: cada Estado determina autónomamente el contenido de su orden público. La actuación del mecanismo del orden público supone una comparación de la solución prevista por la ley extranjera con los principios y reglas esenciales del ordenamiento jurídico del foro. En ocasiones, sin embargo, los jueces estatales intentan reforzar su negativa a aplicar la ley extranjera con argumentos que no proceden estrictamente de su propio Derecho y apelan al Derecho natural o al Derecho Internacional. En cuanto a la relatividad en el tiempo, es consecuencia de la evolución que pueden sufrir las concepciones fundamentales de la sociedad con el transcurso del tiempo. Incluso aunque no se produzcan modificaciones en el texto de las leyes, la concepción esencial de su contenido y su impacto en el orden público pueden evolucionar. Rige, en este sentido, un principio de actualidad, a cuyo tenor el contenido del orden público ha de ser estimado por el Juez en el momento de dictar su decisión, aunque deban aceptarse excepciones por aplicación de los criterios del Derecho intertemporal (el respeto a los derechos adquiridos puede exigir que se tome en consideración el orden público tal y como se entendía en un momento anterior a aquel en el que se resuelve).

Cuando el Juez de un Estado aprecia que la aplicación de la ley extranjera conduciría a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, debe excluir su aplicación. Este es el llamado efecto negativo del orden público. En consonancia con el sentido restrictivo con el que debe ser aplicado, la exclusión se limita a aquella parte o sector del Derecho extranjero verdaderamente incompatible. La ley extranjera sigue siendo la ley competente según la regla de conflicto del foro y, por esta razón, debe seguir siendo aplicada en la medida de lo posible.

2. La solución en Derecho internacional privado español.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

En el sistema de Derecho Internacional privado español, es esta dimensión negativa del orden público la que se recoge en el artículo 12.3 del Código Civil: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

Una vez excluida la aplicación de la ley extranjera, se plantea el problema de qué reglas aplicar en sustitución de la misma. Tradicionalmente se ha considerado que en sustitución de la ley extranjera debía aplicarse el Derecho material del foro. Este es el llamado efecto sustitutivo o positivo del orden público. Puede decirse que es la solución generalmente más razonable, que tiene su justificación, según algunos autores, en la competencia subsidiaria del Derecho del foro para regir las situaciones en que el Derecho extranjero no puede ser aplicado. La ley del foro se aplica -en lo que sea estrictamente necesario- en sustitución de la ley extranjera incompatible. No obstante, la doctrina precisa en la actualidad que la aplicación del Derecho del foro debe entenderse como último recurso y deben tenerse en cuenta otras posibilidades (por ejemplo, si la norma de conflicto contiene un punto de conexión múltiple sustitutivo, en caso de que el Derecho designado por la primera conexión no pueda aplicarse, debería aplicarse el Derecho al que remite la segunda conexión antes que el Derecho material del foro).

Aunque el orden público al que nos estamos refiriendo se presenta como una excepción a la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto del foro, este mecanismo de defensa también actúa frente a los efectos que indirectamente la ley extranjera puede generar en el foro a través de una sentencia extranjera reconocida o de un documento público extranjero.

Por otra parte, el mecanismo del orden público no actúa siempre con la misma fuerza frente a la ley extranjera incompatible con los principios y valores fundamentales del Derecho del foro. La jurisprudencia de algunos Estados nos muestra cómo se atenúa o flexibiliza su actuación en atención a los derechos válidamente adquiridos en el extranjero con arreglo a la ley extranjera competente. El reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero ha puesto de manifiesto que la virulencia del orden público puede ser menor cuando se trata de reconocer derechos adquiridos en el extranjero, conforme al Derecho designado como competente por la norma de conflicto del foro (por ejemplo, el caso *Chemouni* -sentencias del Tribunal de Casación francés de 28 de enero de 1958 y 19 de febrero de 1963-). En otros países, se entiende que el orden público sólo puede intervenir si existe un contacto suficiente entre la situación y el foro, y que esa intervención será más o menos exigente según la mayor o menor intensidad de dicho contacto.

6.- Aplicación del Derecho extranjero

1. Concepto y naturaleza de la ley extranjera.

Cuando la norma de conflicto española ordena la aplicación de Derecho extranjero por parte de un tribunal español, surgen entonces las siguientes cuestiones: ¿debe alegarse el Derecho extranjero?; ¿debe probarse?; ¿quién debe o puede probar el Derecho extranjero?; ¿qué ocurre si el Derecho extranjero no se prueba en el proceso que se sigue en España?

Al abordar estas cuestiones, el juzgador en la búsqueda de soluciones en materia de litigios internacionales, se encuentra ante diversas doctrinas, tesis, que procuran darles respuesta en materia de la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento procesal. Así se distinguen dos aspectos fundamentales, uno de carácter sustantivo y otro procesal, a saber: 1) La naturaleza o la calidad del Derecho extranjero, esto es, saber si el mismo es un Derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir si es un hecho. Las primeras son las denominadas teorías normativistas,

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

jurídicas, y las segundas, las realistas, vitalistas. 2) El tratamiento procesal que merece el Derecho extranjero, si corresponde su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes.

2. Vías de solución.

Para regular la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero, existen dos grandes modelos teóricos. Con variantes y matices importantes, los distintos Estados siguen uno u otro modelo.

2.1. Aplicación del Derecho extranjero de oficio.

El Derecho extranjero lo debe aplicar y probar el tribunal que conoce del asunto. Este modelo se apoya en varios argumentos: 1.°) El Derecho extranjero es "Derecho" y desarrolla una función estrictamente jurídica, pues resuelve el caso. Por ello, debe ser trata igual que el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, es decir, el tribunal debe probar o acreditar el contenido del Derecho extranjero (jura [aliena/ novit curia); 2.º) Los supuestos regulados por un Derecho extranjero son, hoy día muy numerosos. De ello se beneficia un gran sector de la población. Por tanto, es justo distribuir el coste de la prueba del Derecho extranjero entre toda la sociedad, ya que toda la sociedad está implicada y toda la sociedad se beneficia de ello. Son países que siguen este segundo modelo, con ciertas variantes, la inmensa mayoría de los que disponen de Leyes especiales de DIPr. promulgadas recientemente (Austria, Turquía, Suiza, Italia, Venezuela, Bélgica), así como Alemania, Japón, y muchos Estados de América del Sur.

2.2. Aplicación en virtud de la previa alegación y prueba por las partes.

El Derecho extranjero lo deben probar las partes. Este primer modelo se sigue en numerosos países, si bien con matices importantes: Francia, España, Reino Unido, USA, Argentina, Brasil, Quebec, etc. Este primer modelo se apoya en varios argumentos:

a) El Derecho extranjero es un mero hecho procesal y no es Derecho. Y no se puede considerar como Derecho porque, si así fuera, se estarían aplicando, en un país, los mandatos soberanos dictados por otro país, lo que comportaría una lesión intolerable de la Soberanía estatal del país cuyos tribunales conocen del asunto. Como el Derecho extranjero es un hecho procesal, lo deben probar las partes interesadas. Este primer argumento es, hoy día, totalmente insostenible: aplicar un Derecho extranjero en otro país en calidad de Derecho, no lesiona en absoluto la Soberanía de ese otro país. En efecto: el Derecho extranjero no es Derecho vigente en otro país, es sólo un Derecho que se aplica en otro país.

b) El Derecho extranjero es extranjero. Por ello no se puede tratar igual que el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Consecuencia: el principio jura novit curia solo alcanza al Derecho nacional y nunca al Derecho extranjero, pues no se puede exigir a los jueces de un país que conozcan el Derecho de otro país. No puede arrojarse sobre los hombros de los tribunales españoles la carga enorme de tener que averiguar el contenido de las Leyes de todos los países del mundo;

c) Probar el Derecho extranjero cuesta dinero y lleva tiempo. Pero los casos regulados por el Derecho extranjero son escasos. Pero la aplicación de un Derecho extranjero beneficia solo a los sujetos que desarrollan una actividad internacional. Es decir, la aplicación del Derecho extranjero, en la mayor parte de los supuestos, beneficia exclusivamente intereses particulares y no intereses generales. Por todo ello, el coste de la prueba del mismo lo deben soportar las partes interesadas. La sociedad española y el Erario Público español no tienen por

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

que pagar con tiempo y dinero lo que afecta a un sector reducido de sujetos (SAP Barcelona 11 febrero 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes y Mudawana marroquí alegada pero no probada]).

2.3. Colaboración entre el Juez y las partes.

El modelo regulativo más adecuado, consiste en la aplicación del Derecho extranjero mediante la colaboración entre el tribunal y las partes. En consecuencia, no se trata de decidir, de modo dogmático, apriorístico y estático, si el DIPr. debe seguir un modelo de prueba del Derecho extranjero por las partes o un modelo de prueba del Derecho extranjero por el juez. Se trata, más bien, de optar por el primero o por el segundo modelo o por una combinación entre ambos, según los caracteres del caso concreto suscitado. La pregunta no es qué modelo es preferible, sino en qué casos debe emplearse cada uno de tales modelos o una combinación entre ambos (Sent. Trib. Reggio Emilia, Italia, 3 septiembre 2007 [Ley vietnamita y divorcio]). Varias consideraciones resultan pertinentes sobre esta cuestión.

a) Preservación del objetivo de la norma de conflicto y carácter instrumental de las reglas sobre prueba del Derecho extranjero. Las reglas sobre aplicación y prueba del Derecho extranjero son reglas instrumentales. Son herramientas jurídicas ancilares que se hallan al servicio de las normas de conflicto, que son las normas que regulan las situaciones privadas internacionales (normas reguladoras). Por tanto, si las normas de conflicto ordenan la aplicación de un Derecho extranjero, las normas instrumentales sobre aplicación y prueba del Derecho extranjero deben seguir el modelo regulativo que garantice e impulse, en la mayor medida posible, la aplicación de ese Derecho extranjero. De este modo, la norma instrumental ayuda a una más correcta aplicación de la norma reguladora, a cuyo servicio se encuentra.

b) Colaboración entre tribunal y partes: más garantías para la aplicación correcta del Derecho extranjero. En la búsqueda de la más correcta aplicación de las normas de conflicto, no debe elegirse entre aplicación del Derecho extranjero por el tribunal o por las partes. El Derecho extranjero tendrá más oportunidades de ser acreditado con exactitud si tribunal y partes colaboran en dicho cometido que si lo hacen por separado. En consecuencia, la colaboración entre tribunal y partes es el modelo regulativo preferible porque es el modelo regulativo que garantiza, en mayor medida, la correcta aplicación del Derecho extranjero y, en consecuencia, la correcta aplicación de la norma de conflicto.

c) Sistema concreto de colaboración entre tribunal y partes. Debe tenerse presente que, en el siglo XXI, la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión que afecta a toda la sociedad y no una cuestión que implica a unos pocos sujetos. Ello aconseja establecer un sistema de colaboración estructurado sobre los siguientes principios: (1) El tribunal debería probar el Derecho extranjero de oficio a través de una estructura pública de prueba del Derecho extranjero, como Institutos Jurídicos de Investigación o Institutos de Derecho Comparado. Ello permitiría probar el Derecho extranjero a un coste mucho menor para toda la sociedad; (2) Además, si el tribunal lo considera conveniente, o en casos concretos justificados, las partes pueden ser llamadas a colaborar con el tribunal en la prueba del Derecho extranjero. Por ejemplo, porque sean nacionales de países remotos cuyos Derechos son difíciles de probar por las instituciones españolas; (3) Debe admitirse que las partes prueben, por propia iniciativa, el Derecho extranjero.

d) Derecho internacional privado comparado. No es casualidad que la mayor parte de los Estados se inclinen, en la actualidad, por sistemas mixtos de prueba del Derecho extranjero. Este lo prueban los tribunales y las partes, que colaboran en

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

ello de diferentes maneras (art. 14 LDIPr. Italia 31 mayo 1995, art. 15 Código DIPr. Bélgica 16 julio 2004, art. 16 LDIPr. Suiza 18 diciembre 1987). Estos Estados han elegido este modelo regulativo mixto porque es cl que mejor garantiza una más exacta aplicación de la norma de conflicto y del Derecho extranjero designado por ésta.

e) Fomento de las libertades recogidas en el Derecho de la UE. El sistema mixto de colaboración entre tribunal y partes asegura, también, una más correcta aplicación de las normas de conflicto producidas por la UE (art. 81 TFUE). Dichas normas solo son efectivas si se garantiza, al más alto nivel posible, la aplicación del Derecho extranjero designado por tales normas. En caso contrario, la armonía internacional de soluciones buscada con dichas normas, se desvanece. Y se esfuma también el propósito perseguido por tales normas, que es la defensa y el impulso de las libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE. Por ello, el art. 81.2.c) TFUE ofrece una óptima base legal para que la UE elabore normas uniformes que opten por un sistema de prueba del Derecho extranjero que siga un modelo regulativo de colaboración entre tribunal y partes.

3. La solución en Derecho internacional privado español.

a) El art. 281.2 LEC 1/2000. La regulación actual de la prueba del Derecho extranjero se halla en el art. 281.2 LEC. El texto del precepto indica: "También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. (...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". El régimen de la prueba del Derecho extranjero contenido en el art. 281.2 LEC es un régimen general. Vincula, salvo regulación especial para ciertos sectores del Derecho, a todos los tribunales en todos los órdenes jurisdiccionales (STS CA 16 junio 2009 [reconocimiento en España de título italiano de licenciado en Historia].

El art. 281.2 LEC indica lo siguiente: 1.°) El Derecho extranjero debe ser probado; 2.º) Debe probarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero; 3.º) Como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero el tribunal puede utilizar de medios de averiguación del Derecho extranjero que considere necesarios para su aplicación (art. 281.2 LEC); 4.°) El Derecho extranjero es algo totalmente diferente de los hechos procesales: los hechos procesales están sujetos a unas reglas determinadas de prueba que no son aplicables tal cual al Derecho extranjero.

Esta norma establece un mayor y más claro equilibrio en el sistema de colaboración entre el juez y las partes para llegar al conocimiento del contenido del derecho extranjero, partiendo de la consideración de la ley extranjera como Derecho. Sólo son dos los medios idóneos para probar el Derecho extranjero: la prueba documental y la prueba pericial. La primera -que permite acreditar el contenido y vigencia de las normas extranjeras- puede consistir en la aportación de certificaciones de la ley extranjera expedida por agentes diplomáticos o funcionarios consulares, tanto del foro como extranjeros acreditados en el foro, o certificaciones del Ministerio de Justicia. En cuanto a la prueba pericial, que permite al Juez conocer el alcance de la ley extranjera, consiste en el dictamen de jurisconsultos.

Deben destacarse en este punto los convenios internacionales acerca de la información del Derecho extranjero y, concretamente, el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (B.O.E. de 7 de octubre de 1974), junto a su Protocolo adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 (B.O.E. de 24 de junio de 1982), y la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (B.O.E. de 13 de enero de 1988), que establecen un mecanismo de cooperación a través de unos órganos nacionales de enlace, evitando la intervención de diplomáticos o cónsules.

El artículo 281.2 nada ha establecido para el caso de que resulte imposible conocer el contenido del Derecho extranjero aplicable. Aunque la respuesta generalmente sea la aplicación subsidiaria de la ley española (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ), en algunos supuestos puede resultar más adecuado aplicar un Derecho extranjero -por ejemplo, en el caso de que la norma de conflicto del foro contenga conexiones sustitutivas, el Derecho extranjero designado por la segunda conexión será preferible a la ley española. Finalmente, otra tesis sostiene que ante la falta de prueba del Derecho extranjero, siendo tal derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria de la pretensión. Esta es la tesis más recientemente adoptada por nuestro TS: STS 30 octubre 2024.

b) Interpretación y aplicación del Derecho extranjero. Conocido suficientemente el contenido y alcance del Derecho extranjero, el Juez debe interpretarlo y aplicarlo. El criterio básico a seguir será el de interpretar y aplicar el Derecho extranjero tal y como lo haría el Juez extranjero si ante él se hubiera presentado la demanda, es decir, el Derecho extranjero debe ser aplicado tal y como es, sin desnaturalizarlo ni deformarlo. Sólo así se está cumpliendo con el mandato de la norma de conflicto del foro. Parece indiscutible que éste es el criterio adecuado, pero en la práctica no resulta fácil seguirlo porque el Juez del foro, cuando aplica el Derecho extranjero, sigue siendo naturalmente Juez del foro, con su formación particular, y además está sujeto a su propio Derecho Procesal. El criterio básico que rige la interpretación y aplicación del Derecho extranjero obliga al Juez del foro a respetar las reglas vigentes en el Estado extranjero en materia de fuentes del Derecho y de entrada en vigor y derogación de las normas jurídicas y Derecho transitorio. El Juez del foro debe respetar también los criterios establecidos en el Estado extranjero en materia de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico. Finalmente, el Juez debe seguir las reglas del ordenamiento extranjero relativas a la interpretación de las normas jurídicas.

c) El recurso de casación por infracción del Derecho extranjero.

El Juez o tribunal de instancia puede infringir el Derecho extranjero aplicable. Se discute si en este caso cabe recurrir en casación. Aunque tradicionalmente se ha negado esta posibilidad, tanto por razones vinculadas con la naturaleza misma del recurso de casación como por razones prácticas, frente a este criterio se van abriendo paso nuevas soluciones. Garantizar la seguridad jurídica o evitar la desnaturalización de la ley extranjera aplicable son algunos de los argumentos empleados para permitir en casación el control de la aplicación del Derecho extranjero. En el Derecho español, el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni admite ni rechaza el recurso de casación por infracción de leyes extranjeras. En la jurisprudencia tradicionalmente se ha negado la admisión del recurso, ya que la aplicación de leyes extranjeras -se ha dicho- en nada afecta a la uniformidad en la aplicación del Derecho español, pero no faltan aquí tampoco contradicciones. No obstante, en la jurisprudencia más reciente, aunque sin pronunciamientos de carácter general, se admite el recurso de casación

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

Profesora titular de derecho internacional privado

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 9. – LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

1.- Introducción; 2.- El Reglamento (CE) nº 593/2008, del parlamento europeo y del consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); 3- Ámbito de aplicación, estructura del Reglamento; 4. -Ley aplicable; 5.- Contratos con parte débil; 6.- Otras reglas: normas imperativas

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- Introducción

El contrato internacional mueve la economía del planeta y permite la circulación eficiente de los recursos productivos ya que es el vehículo jurídico más perfecto que se conoce para el cambio de cosas, derechos y servicios entre operadores económicos en el contexto de la economía de libre mercado internacional.

A pesar de ello, no existe un derecho privado mundial, ni unos tribunales internacionales que apliquen este inexistente Derecho privado mundial. Existen, por el contrario, multitud de Derechos nacionales estatales. El hecho de que el mundo esté dividido en estados, cada uno de ellos con sus tribunales y sus leyes hace que intercambiar en el contexto internacional resulte mucho más arriesgado y peligroso que en el contexto meramente interno o nacional porque no se dispone de la certeza de saber qué Derecho nacional asegurará el cumplimiento del intercambio entre los particulares. Nadie sabe, a priori, qué Derecho nacional regirá el contrato internacional.

La norma de conflicto cubre de seguridad legal los intercambios internacionales, ya que determina qué concreto Ordenamiento jurídico estatal debe regir el contrato entre los particulares. Al seleccionar un determinado y único Derecho estatal regulador del contrato internacional a través de la norma de conflicto, el contrato queda enmarcado en tal Derecho estatal. A partir de este momento, los particulares son conscientes de que el contrato es exigible con arreglo a un solo y concreto Derecho estatal, sea éste un Derecho nacional o extranjero.

En DIPr. español pueden distinguirse varias etapas en relación con la precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales:

- Lex loci contractus: los estatutarios medievales sujetaron los contratos internacionales a la Ley del país de su celebración
- Lex solutionis: se pone de relieve que el lugar de celebración del contrato puede ser meramente casual, por ello, los contratos internacionales se han de regir por la ley del país de ejecución
- El Código Civil de 1889 no contenía una norma de conflicto para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. En 1974 el art. 10.5 CC se ocupó de la cuestión. Los criterios acogidos, en general, fueron: a) ley expresamente elegida por las partes si tuviera alguna conexión con el negocio del que se trate, b) en su defecto, la ley nacional común de las partes; c) a falta de nacionalidad común, la ley de la residencia habitual común; d) en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

2.- El Reglamento (CE) nº 593/2008, del parlamento europeo y del consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

La ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina, en DIPr. español, con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 de junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Reglamento Roma I.

El reglamento de Roma I recoge, sustancialmente, el texto del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio de 1980. La Comisión de la UE redactó una propuesta para transformar dicho Convenio en un Reglamento de la UE (COM (2005) 650 final), y aprovechó el momento de la transformación del Convenio de Roma en el Reglamento de Roma I para realizar también cambios sobre el texto de dicho Convenio y para introducir ciertas innovaciones de importancia en la regulación de los contratos internacionales.

Los importantes considerandos incluidos en Roma I no sólo explican las soluciones contenidas en sus preceptos, sino que exponen las motivaciones de los cambios introducidos, aclaran ciertas reglas e incluso, precisan el alcance y método de ciertos artículos del Reglamento.

3- Ámbito de aplicación, estructura del Reglamento

El Reglamento de Roma I es Derecho de la UE. Es directamente aplicable y vincula a todos los Estados miembros de la UE, **menos a Dinamarca**. La base legal de Roma I son los arts. 67 y 81.2 TFUE. Al ser un Reglamento de la UE el Tribunal de Justicia puede resolver cuestiones prejudiciales referentes a su interpretación y aplicación ex. art. 267 TFUE.

El Convenio de Roma se aplica a (Art. 1):

• Obligaciones contractuales: concepto autónomo. Derechos reales y de la propiedad intelectual están excluidos

• En situaciones: una conexión con el territorio de la UE no se requiere.

• Que impliquen un conflicto de leyes: incluso si la única conexión con el exterior es un acuerdo de sumisión o la elección de un Derecho extranjero (y no la existencia de un contrato internacional propiamente dicho)

• Entre los ordenamientos jurídicos de diferentes países: territorios con legislación contractual propia p.ej: Escocia e Inglaterra

Art. 1.2: algunas materias se excluyen: al estado civil y a la capacidad de las personas físicas; testamentos y sucesiones; regímenes matrimoniales; derechos y deberes derivados de relaciones de familia; obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables; convenios de arbitraje y de elección de foro; cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas; la vinculación de un intermediario frente a terceros etc.

Por su parte, el Reglamento de Roma I se aplica a (Art. 1):

• Obligaciones contractuales: concepto autónomo extrapolable del art. 5.1 Bruselas I: "vínculo jurídico voluntariamente asumido por las partes"

• En materia civil y mercantil

• en situaciones que impliquen un conflicto de leyes

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Algunas materias se excluyen (Art. 1.2): coincidentes con las excluidas por el Convenio de Roma, con algunas modificaciones. Al contrario que el Convenio, el Reglamento se aplica a los contratos de seguro y especifica la exclusión de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*).

Aplicación universal

Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento de Roma I pueden designar la aplicación de la Ley de un Estado no miembro de la UE.

4. -Ley aplicable

El Reglamento Roma I es aplicable para determinar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Sin embargo, Roma I determina la ley aplicable al contrato, es decir, contrato por contrato. Cada contrato tiene su propia Ley reguladora.

La ley del contrato (lex contractus o lex causae) cumple las siguientes funciones jurídicas: 1) Crear un contrato; 2) determinar las cuestiones que pueden pactar los contratantes en su contrato; 3) proporcionar la regulación del contrato en defecto de pacto entre las partes.

4.1 La autonomía de la voluntad.

Las partes pueden elegir la ley aplicable, Art. 3.1 Roma I. Esto es lo que se denomina "autonomía de la voluntad conflictual", es decir, el derecho subjetivo del que disponen los contratantes, consistente en poder elegir la Ley que regula el contrato en el que participan. La Ley elegida proporciona así el marco jurídico dentro del cual las partes pueden ejercitar su autonomía negocial y suplir las carencias regulativas del contrato

• Libertad para elegir cualquier Ley: no se exige conexión entre la ley elegida y el contrato. Pero la ley elegida tiene que ser ley estatal y en vigor. La denominada lex mercatoria no puede funcionar como ley del contrato. La validez de una elección por las partes de la lex mercatoria o de los usos del comercio internacional estará supeditada a la ley aplicable en defecto de elección.

• Claridad de la elección de Ley: expresa o tácita, pero no presunta No es de aplicación el principio favor negotii.

El Reglamento precisa los términos de la Convención y sólo acepta aquella elección tácita que resulte "de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso". Al contrario que la doctrina preponderante respecto al Convenio de Roma, el Considerando 12 del Reglamento, obliga al juez a tener presente una posible sumisión a los Tribunales de un Estado miembro.

• *Dépeçage* (contract splitting): los contratantes pueden elegir, como Ley aplicable a distintas partes de su contrato, Leyes de Estados distintos.

Las partes pueden modificar la Ley aplicable tras la conclusión del contrato (Art. 3.2). Ello no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.

En el caso de situaciones puramente internas, la elección de un Derecho extranjero no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo (Art. 3.3).

Nuevo: De acuerdo con el Art. 3.4 Roma I, cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

• La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se rige por la Ley aplicable al contrato (Art. 3.5 Roma I)

• Validez de fondo: La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos, Art. 10 Roma I. Excepción: Art. 10.2 Roma I: cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual para demonstrar que no ha dado su consentimiento.

• Forma del contrato. Formas extrínsecas *ad constitutionem*, es decir, las formalidades necesarias para la validez del contrato. El Art. 11 Roma I adopta el principio del *favor negotii* al establecer conexiones alternativas que persiguen evitar, en lo posible, la invalidez del contrato por meros motivos formales. Así, la forma del contrato se rige ley que lo rija en cuanto al fondo (*lex causae*) o de la ley del país en el que se haya celebrado (*lex loci actus*).

• Contratos inter-absentes: el contrato será formalmente válido si cumple los requisitos de forma de la Ley aplicable al contrato o la ley de uno de los países donde se encuentren las partes (Art. 11 Roma I).

• Cuando el contrato se celebre por medio de representante, el lugar relevante para aplicar el Art. 11 es el país donde se encuentre el representante en el momento de actuar

• NUEVO: Roma I añade otra conexión alternativa para validar la forma del contrato: la residencia habitual de las partes en el momento de la celebración del contrato.

• acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar, por ejemplo, una oferta: será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se efectúe dicho acto (Art. 11.3 Roma I). NUEVO: Roma I añade otra conexión alternativa para validar la forma del contrato: la residencia habitual de la persona que realizó el acto (Art. 11.3 in fine)

• Contrato de consumo: los requisitos de forma de un contrato de consumo comprendido en la definición del Art. 6 Roma I se rigen por la residencia habitual del consumidor (Art. 11.4 Roma I)

• Contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble: las normas imperativas de la lex rei sitae siempre se aplican (Art. 11.5 Roma I)

4.2. La ley aplicable en defecto de elección.

La ley aplicable en defecto de elección se rige por el Art. 4 CR + Roma I

Convenio de Roma (Art. 4):

• Regla general: Ley de los vínculos más estrechos (Art. 4.1): Acompañada de tres presunciones:

• Dos presunciones especiales:

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

-Contrato que tenga por objeto derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble: se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble (Art.4.3)

- Contrato de transporte de mercancías: se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato si este país fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor (Art. 4.4)

• Una presunción general (Art. 4.2): El test de la prestación característica: se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

• Clausula de escape (Art. 4.5): si la prestación característica no puede determinarse o cuando el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país se aplicará la ley de los vínculos más estrechos

Bajo el Convenio de Roma no existe una jerarquía clara entre el test de la prestación característica y la ley de los vínculos más estrechos, por lo que la jurisprudencia en los Estados miembros no ha sido homogénea.

Reglamento Roma I (Art. 4):

La Ley de los vínculos más estrechos no es ya el punto de partida. Catálogo de ocho tipos de contratos específicos, para los que determina la Ley aplicable (Art. 4.1):

• Contrato de compraventa de mercaderías (interpretado de igual forma que bajo el Art. 5.1 Reglamento Bruselas I): Ley de la residencia habitual del vendedor

• Contrato de prestación de servicios: Ley de la residencia habitual del prestador del servicio

• Contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble: Ley del país donde esté sito el bien inmueble.

• Arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país.

• Contrato de franquicia: Ley de la residencia habitual del franquiciado

• Contrato de distribución: Ley del país de la residencia habitual del distribuidor

• Contrato de venta de bienes mediante subasta: ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse

• Contracto concluido en un mercado financiero organizado p.ej. Bolsa de valores: Ley que rige el mercado financiero en cuestión.

Aquellos contratos para los que no se determine una regla especial se rigen por la Ley de la residencia habitual del prestador característico (Art. 4.2)

*** "Claúsula de escape": será de aplicación **la Ley de los vínculos más estrechos** (Art. 4.3), si la prestación característica no puede determinarse o cuando el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Ley aplicable a los contratos de transporte de mercancías en ausencia de elección: Arts. 5.1 and 5.3 Reglamento Roma I:

- Ley de la residencia habitual del transportista (Art. 5.1), si ésta coincide con:

• el lugar de recepción o

• el lugar de entrega o

• la residencia habitual del remitente

En caso contrario, el contrato se regirá por la Ley del lugar de entrega convenido por las partes (Art. 5.1 in fine)

"Claúsula de escape" (Art. 5.3): Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplica la Ley de este último.

5.- Contratos con parte débil

5.1. Contratos de transporte de pasajeros.

El régimen del Convenio de Roma no contenía ninguna norma protectora para estos contratos, a los que se le aplicaba las normas generales de los arts. 3+4. Sin embargo, el Reglamento de Roma I ha introducido cambios importantes, estableciendo una regulación específica:

Arts. 5.2+5.3 Roma I

- Las partes sólo pueden elegir como ley aplicable:

• La ley de la residencia habitual del pasajero.

• La ley de la residencia habitual del transportista p.ej. La ley de su establecimiento principal o incluso un segundo establecimiento

• La ley del lugar donde el transportista tenga su administración central

• Ley del lugar de origen del transporte

• Ley del lugar de destino del transporte

- En ausencia de elección, el contrato se regirá por la ley de la residencia habitual del pasajero, siempre y cuando el lugar de origen o destino del transporte estén situados en este país

• Si no se cumplen los requisitos arriba mencionados, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual

"Cláusula de escape" (Art. 5.3): ley de los vínculos más estrechos

5.2. Contratos de consumo.

El fundamento de estos artículos es proteger a la parte débil de la relación jurídica.

- Definición de contrato de consumo: contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (art. 5.1 CR + 6.1 Roma I)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

- Solo se protegen ciertos contratos de consumo, siguiendo el criterio del consumidor "cazado" en su domicilio por un profesional extranjero:

Convenio de Roma: suministro de bienes muebles corporales o de servicios si:

a) la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato

b) si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo en la residencia habitual del consumidor

c) Excursiones comerciales: venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de su país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta

Exclusiones: contratos de transporte y servicios a prestar totalmente en un país distinto al de residencia habitual del consumidor

Roma I: **Cualquier contrato**, independientemente de su objeto, siempre que el profesional:

– ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

– por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y

– el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

Exclusiones (Art. 5.4 Roma I): contratos de transporte (aunque los viajes combinados están incluidos); contratos de prestación de servicios en el extranjero; contractos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble; instrumentos financieros (Directiva 2004/39) etc.

Ley aplicable: si el contrato está comprendido dentro de la definición de contrato de consumo protegido, las partes podrán elegir la ley aplicable, pero el consumidor retiene la protección de aquellas normas imperativas de la ley de su residencia habitual que le fueran más favorables (art. 5.2 CR +6.2 Roma I). En ausencia de elección, el contrato de consumo se regirá por la ley de la residencia habitual del consumidor, Art. 5.3 CR + 5.1 Roma I.

5.3. Contratos de seguro.

El Convenio de Roma sólo regula los contratos de seguro que cubran riesgos situados fuera de la UE y contratos de reaseguro y a ellos se les aplica las reglas generales de los arts. 3 y 4. Para el resto de contratos de seguro remite a las Directivas comunitarias existentes y al régimen de Derecho internacional privado de producción autónoma.

El Reglamento de Roma I ha eliminado esta complejidad incluyendo normas de conflicto para todos los contratos de seguro, Art. 7. Así:

- En los contratos de reaseguro y contratos de seguro que cubran riesgos situados fuera de la UE, se sigue el régimen general de los arts. 3 y 4.

- En los contratos de seguro que cubran un gran riesgo, independientemente de dónde esté localizado se aplica la ley elegida por las partes. En defecto de elección, se aplica la ley de la residencia habitual de la aseguradora (art. 7.2), pero si existe una ley con vínculos más estrechos, ésta regirá el contrato.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

La definición de gran riesgo está contenida en el art. 5 d) Directiva 73/239/CEE: riesgos de transporte, independientemente del volumen; crédito + caución relacionados con actividades comerciales; incendio + otros daños a bienes, responsabilidad civil general, pérdidas pecuniarias diversas siempre que el tomador del seguro cumpla determinados requisitos, etc.

Pues bien, a estos contratos se aplica: la ley elegida por las partes y en defecto de elección, se aplica la ley de la residencia habitual de la aseguradora (art. 7.2), pero si existe una ley con vínculos más estrechos, ésta regirá el contrato.

- Para el resto de contratos de seguro. Riesgos localizados en un Estado miembro (incluida Dinamarca):

Las partes pueden elegir como ley aplicable (Art. 7.3):

• La Ley del Estado miembro en que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato

• La ley de la residencia habitual del tomador del seguro

• En el caso de un seguro de vida, la ley de la nacionalidad del tomador del seguro

• Cuando el contrato cubra riegos relativos a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del estado miembro en que se sitúe el riesgo, las partes podrán elegir la Ley de ese otro Estado miembro.

• Cuando el tomador de un contrato de seguro ejerza una actividad comercial o industrial o una profesión liberal y el contrato de seguro cubra dos o más riesgos situados en estados miembros diferentes, las partes pueden elegir: a) La ley de cualquiera de los Estados miembros en cuestión o b) la ley de la residencia habitual del tomador del seguro.

Si los Estados miembros arriba mencionados conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro, las partes podrán hacer uso de tal libertad (Art. 7.3).

En ausencia de elección, la ley aplicable es la Ley del estado miembro donde se localice el riesgo en el momento de celebración del contrato (Art. 7.3 in fine).

- Contratos de seguro obligatorios (art. 7.4):

Cuando un Estado imponga la obligación de suscribir un seguro para desarrollar una actividad determinada, el contrato de seguro sólo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por el Estado miembro que impone la obligación

Si existe una contradicción entre la ley del estado miembro en que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última.

El Estado miembro cuya legislación exige concertar un seguro obligatorio podrá establecer que el contrato de seguro se regirá por la Ley de dicho Estado miembro.

5.4. Contratos individuales de trabajo.

- No se proporciona definición: dos opciones: aplicar la ley putativa para determinar si una relación determinada es un contrato individual de trabajo o utilizar una noción autónoma de contrato de trabajo, como la noción que el TJCE utiliza en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Así, existe contrato de trabajo "cuando una persona proporciona durante un cierto período de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución" (STJCE 26 febrero 1992, Bernini, STJCE 31 mayo 2001, Leclere)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

- Las partes podrán elegir la ley aplicable, pero la ley elegida no puede privar al trabajador de las protección más favorable de las normas imperativas de la ley aplicable en defecto de elección, Art. 6.1 CR + 8.1 Roma I. Si la ley elegida por las partes es más protectora para el trabajador, las normas imperativas de la ley en defecto de elección no serán aplicables.

- La ley aplicable en defecto de elección es (Art. 6.2 CR + 8.2, 8.3 y 8.4 Roma I):

• ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.

• la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador si éste no trabaja habitualmente en un solo país

• "Claúsula de escape": ley de los vínculos más estrechos

6.- Otras reglas: normas imperativas

Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento de Roma I mencionan en varios preceptos la existencia de normas imperativas. No obstante, estas normas imperativas tienen distinto contenido y alcance. Así nos encontramos:

- Normas imperativas de carácter doméstico: las partes no pueden excluirlas mediante acuerdo si están contenidas en la ley aplicable al contrato. Pero en un contrato internacional se pueden evitar mediante la elección de otra ley aplicable.

Ejemplo: la ley francesa establece un periodo de 10 años para reclamar los defectos de la mercancía en el caso de un contrato de compraventa. Así, cuando la ley aplicable a un contrato de compraventa sea la ley francesa, las partes no pueden estipular en el contrato que cualquier reclamación habrá de hacerse antes de 6 años desde la entrega. Pues bien, como esta norma imperativa es de carácter doméstico, si las partes quieren evitar el periodo de reclamación de 10 años, deberán descartar la aplicación de la ley francesa y elegir otra ley como la inglesa, que prescribe un periodo de reclamación de 6 años.

En todo caso, la exclusión de las normas imperativas de carácter doméstico mediante la elección de la ley aplicable está sometida a ciertas limitaciones:

• Art. 3.3 Roma I: cuando todos los elementos relevantes de la situación están localizados en el mismo Estado, las normas imperativas de carácter doméstico de ese Estado no pueden ser evitadas mediante la elección de un Derecho extranjero. La explicación es clara: estos contratos no son en realidad contratos internacionales

• Art. 3.4 Roma I: cuando todos los elementos relevantes de la situación están localizados en la Unión Europea, la aplicación de las normas imperativas comunitarias no puede ser evitada mediante la elección del Derecho de un Estado no miembro como ley aplicable al contrato

• Art. 6 Roma I: en los contratos de consumo cubiertos por este art. la elección de la ley aplicable no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en la ley de su residencia habitual (pero si la ley elegida es más protectora que esta última, las normas imperativas de la residencia habitual del consumidor pueden ser excluidas)

• Art. 8 Roma I: en los contratos individuales de empleo, la elección de la ley aplicable no puede privar al trabajador de la aplicación de las disposiciones imperativas (más protectoras) de la ley aplicable en defecto de elección (de nuevo,

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, PhD.
UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel: +34 955 641 600 (Ext. 460)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

si la ley elegida es más beneficiosa para el trabajador, las normas imperativas de la ley aplicable en defecto de lección pueden ser excluidas)

- Normas imperativas de carácter internacional o "leyes de policía": su aplicación no puede ser evitada mediante la elección de la ley aplicable en uno u otro sentido. Son de aplicación independientemente de la ley aplicable al contrato. Las leyes de policía son normas que defienden y protegen intereses públicos y generales. Entre ellas cabe citar: a) normas antitrust o las normas que rigen de manera imperativa los contratos de agencia; b) normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos, como las que regulan la transferencia de tecnología, el patrimonio histórico; c) Normas sobre control de la economía nacional, como las que regulan las inversiones exteriores, el control de cambios; d) Normas dictadas en cumplimiento de objetivos de política exterior, cuyo ejemplo más típico es el de normas que establecen la prohibición de comerciar con empresas de determinados Estados, y las normas sobre nacionalizaciones; e) Normas de protección de medio ambiente etc.

El Reglamento de Roma I ha introducido por primera vez una definición de estas normas imperativas (Art. 9.1): "Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento".

Las leyes de policía se pueden clasificar en:

• Art. 9.2 Roma I: leyes de policía del foro (ordenamiento jurídico del juez)

• 9.3 Roma I: leyes de policía de otros ordenamientos. De acuerdo con el Reglamento de Roma I, podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. En cualquier caso, esta es una facultad del juez, no una obligación.

• Art. 11.5 Roma I: en el caso de inmuebles, las normas formales de carácter imperativo del país de situación del inmueble se aplican siempre, independientemente de la ley que rija el contrato.

- Leyes de policía de carácter negativo u **orden público**: Art. 21 Roma I: la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento podrá excluirse si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Tema 10.- LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

1.- Introducción; 2.- El Reglamento (CE) nº. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); 3.- Ámbito de aplicación y estructura del Reglamento; 4.- Norma general; reglas especiales y autonomía de la voluntad; 5.- Otras reglas; 6.- El Convenio de la Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- Introducción

Desde hace algún tiempo han existido normas comunes respecto a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad extracontractual en la UE. Así el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento de Bruselas I contienen un foro especial de competencia para el caso de las obligaciones extracontractuales (Art. 5.3: tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso), además de los tribunales del domicilio del demandado (Art. 2). Sin embargo, hasta el 11 de enero de 2009, no ha existido un marco normativo armonizado en la UE relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El proyecto del Convenio de Roma de 1980 incluía preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual, pero fueron finalmente eliminados en redacciones posteriores. Por lo tanto, hasta hace pocos años estas cuestiones han sido reguladas por el Derecho internacional privado propio de cada Estado.

En general, se aprecian puntos comunes en las legislaciones nacionales de los países de la UE y EFTA respecto a qué ley debe regular la responsabilidad extracontractual:

• Por lo general, la mayoría de los países aplican la *lex loci delicti* (ley del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso). En el caso de ilícitos a distancia, algunos Estados aplican la ley del Estado donde la conducta ilícita tuvo lugar (p.ej. Art. 10.9 CC español, art. 48 del Código Austríaco de DIPr. o el art. 62 de la ley italiana de DIPr.), mientras que otros Estado aplican la ley del país donde el daño se hubiere materializado (art. 11.1 ley británica de DIPr. de 1995). Finalmente, otras legislaciones concen al demandante la posibilidad de elegir entre una u otra (art. 40 Título Preliminar del Código Civil alemán, EGBGB).

• La *lex loci delicti* es algunas veces reemplazada por la residencia habitual común de las partes, la denominada *lex communis* (p.ej. El art. 133.1 de la ley suiza de DIPr. o el art. 40.2 Título Preliminar del Código Civil alemán, EGBGB).

• Al contrario que en EEUU, (vid. Art. 145 ss. *Restatement of the Laws 2d*, *Babcock v Jackson*) en una mayoría de Estados europeos no ha sido posible establecer la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de acuerdo con el test de los "vínculos más estrechos". Sólo los instrumentos legislativos nacionales más recientes, como la Ley británica de DIPr. de 1995 y el Título Preliminar del Código Civil alemán, EGBGB han previsto esta posibilidad . Así, según el art. 11.2 c) del texto británico, la ley del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso puede ser sustituida por la ley "del Estado donde estuviesen situados los elementos más significativos constitutivos del ilícito". De la misma manera, el art. 41.1 del texto alemán prescribe la sustitución de la *lex loci* o de la *lex communis* por la ley de "un Estado más estrechamente vinculado con el ilícito".

• En general, la autonomía de la voluntad no ha jugado un papel importante, aunque su importancia se ha ido reconociendo progresivamente, p.ej. el art. 132 ley suiza de DIPr.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2.- El Reglamento (CE) Nº. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)

El plan de Acción de 1999 emitido por la Comisión en materia civil incluía, inter alia, la adopción de un Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En esta dirección, la Comisión Europea lanzó en 2003 una propuesta preliminar de Reglamento, COM (2003) 427 final. La propuesta fue sometida a debate y a modificaciones durante varios años, siendo incluso objeto de un procedimiento de conciliación entre el Consejo y el Parlamento Europeo (!) http://europa.eu/institutions/decision-making/index_es.htm. Pero finalmente, el Reglamento de Roma II fue adoptado en julio del 2007: Reglamento (EC) 864/2007 de 11 de julio relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que entró en vigor el 11 de enero 2009.

3- Ámbito de aplicación, estructura del Reglamento

El Reglamento de Roma II se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes, Art. 1.1. El concepto de obligaciones extracontractuales debe ser interpretado de forma autónoma e incluye la responsabilidad por hechos dañosos, enriquecimiento injusto la gestión de negocios o la *culpa in contrahendo* (Art. 2.1). El Reglamento se aplicará asimismo a cualquier obligación extracontractual que pueda surgir (Art. 2.2). Ciertas materias se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento (similares a aquéllas excluidas del Reglamento Roma I + las obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear (Art. 1.2 f) + las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluida la difamación (Art. 1.2 g). Al contrario que el Reglamento de Roma I, Roma II incluye en su ámbito de aplicación cuestiones relativas al estado y capacidad jurídica de las personas físicas.

• Importante: al igual que el Reglamento de Roma I, Roma II: se aplicará solamente por los jueces y tribunales de la UE (excepto Dinamarca). Los países de la EFTA no tienen normas armonizadas al respecto. Por otra parte, al igual que el Reglamento de Roma I, Roma II tiene un carácter universal y puede conllevar la aplicación de la ley de cualquier Estado, aunque no haya adoptado el Reglamento, Art. 3.

4. Norma general; reglas especiales y autonomía de la voluntad

LEY APLICABLE A LOS HECHOS DAÑOSOS:

- Regla general: Art. 4.1 *lex loci delicti*, entendido como el lugar donde el daño se ha materializado directamente (por tanto, solución diferente a la recogida por el art. 5.3 Reglamento Bruselas I). Esta ley puede ser sustituida por la ley de la residencia habitual común de las partes, *lex communis*, Art. 4.2. Excepcionalmente, si la *lex loci delicti* o la *lex communis* no presentan una conexión significante con el caso y el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país (como, por ejemplo, debido a la existencia de un contrato previo), la ley de este último país será de aplicación (Art. 4.3)

-Normas referentes a casos particulares:

• **Responsabilidad por productos**, Art. 5 (=similar al Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos): ley de la residencia habitual o establecimiento de la víctima si el producto se comercializó en dicho país con el consentimiento de la persona cuya responsabilidad se alega (=fabricante, intermediario o vendedor). En su defecto, la ley del país donde se adquirió el producto, si éste también fue comercializado en ese país con el consentimiento de la persona cuya responsabilidad se alega (letra b) o finalmente, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país (letra c). Cuando el productor no ha dado su consentimiento a o no podía prever la comercialización del producto en los países arriba mencionados, será de aplicación la ley del país donde la persona cuya responsabilidad se alega tenga su residencia habitual. Por último, la *lex communis* (Art. 4.2) y el test de los vínculos más estrechos también son aquí de aplicación (Art.5.2).

• **Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia**, Art. 6: Se aplicará la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados=*lex loci delicti*. Los arts. 4.2 and 4.3 no son de aplicación en este supuesto. Cuando un acto de competencia desleal afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular (por ejemplo, espionaje industrial) se aplica la regla general del art. 4 (Art. 6.2). En supuestos de restricción de la competencia, la ley del mercado afectado será de aplicación. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño puede elegir la *lex fori* como Derecho aplicable si el demandado está domiciliado en el foro y éste es uno de los países afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia. La ley aplicable con arreglo al art. 6 no podrá excluirse mediante un acuerdo entre las partes!!!

• **Daño medioambiental**, Art. 7: = *lex loci delicti*, entendida como la ley del país donde el daño se ha materializado directamente SALVO que la víctima elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

• **Infracción de los derechos de propiedad intelectual**, Art. 8: ley del país para cuyo territorio se reclama la protección (*lex loci protectionis*). En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario (p.ej, el Reglamento 6/2002 sobre dibujos y modelos comunitarios) la ley aplicable será el Derecho comunitario. Además, se aplicará la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario. Art. 8.2. La ley aplicable con arreglo al art. 8 no podrá excluirse mediante un acuerdo entre las partes!!!

• **Daños causados por una acción de conflicto colectivo**, Art. 9: ley del país en el que se haya emprendido o vaya a emprenderse una acción de conflicto colectivo futura o realizada.

LEY APLICABLE AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, GESTIÓN DE NEGOCIOS Y CULPA IN CONTRAHENDO:

- Los supuestos de **enriquecimiento injusto** (Art. 10) o **gestión de negocios** – *negotiorum gestio* - (Art. 11) que se deriven de una relación jurídica previa entre las partes, estarán gobernados por la ley aplicable a dicha relación jurídica (p.ej., un contrato). En ausencia de una relación previa entre las partes, se aplicará la ley de la residencia habitual común de las partes, *lex communis*, Art. 10.2+11.2. En su defecto, la responsabilidad extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto se regirá por la ley del país donde se produjo dicho enriquecimiento injusto, Art. 10.3. En relación a la gestión de negocios sin la debida autorización, se aplicará la ley del país

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

en el que se haya realizado el acto, Art. 11.3. Finalmente, los arts. 10.4+11.4 establecen una cláusula de escape: la ley de los vínculos más estrechos.

- *Culpa in contrahendo* i.e. rotura de las negociaciones contractuales: se rigen por la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. (Art. 12.1). Cuando la ley aplicable no pueda determinarse p. ej. debido al estado embrionario se las negociaciones, el Art. 12.2 básicamente remite a la regla general de art. 4 (*lex loci delicti*, *lex communis* y vínculos más estrechos).

Si el enriquecimiento injusto, gestión de negocios o *culpa in contrahendo* se derivan de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, la ley aplicable se determinará a través del Art. 8 (Art. 13).

NORMAS COMUNES PARA DISPUTAS QUE SE DERIVEN DE HECHOS DAÑOSOS Y DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, GESTIÓN DE NEGOCIOS Y CULPA IN CONTRAHENDO:

- **Libertad de elección**, Art. 14: Con la excepción de disputas sobre competencia desleal (Art. 6) y propiedad intelectual (Art. 8) Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño (14.1 a); b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño (Art. 14.1 b).

La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros, Art. 14.2. La elección de la ley aplicable no impedirá la aplicación de la ley del país en el que todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados o de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, cuando todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, Art. 14.3.

5.- Otras reglas

- Ámbito de la ley aplicable, Art. 15: a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada; d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño; e) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; f) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; g) la responsabilidad por actos de terceros; h) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

En el caso de accidentes de tráfico, al calcular los daños relativos a lesiones personales cuando el accidente se produce en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima, el órgano jurisdiccional que conozca del caso debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión. Ello debe incluir, en particular, las pérdidas y los costes efectivos de la convalecencia y atención médica p.ej. En el país de su residencia habitual (considerando núm. 33)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

- Leyes de policía del foro, Art. 16 Roma II= 9.2 Roma I: las disposiciones de la ley del foro se aplicarán en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual.

- Art. 17 Roma II: las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad habrán de tenerse en cuenta para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega

- Acción directa contra el asegurador del responsable y subrogación, Arts. 18+19: la víctima podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro.

El precepto sobre subrogación es similar al de Roma I: la ley aplicable a la obligación de un tercero de satisfacer al acreedor determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones.

- Validez formal, Art. 21: inspirada en el art. 11 Roma I

-Carga de la prueba, Art. 22: similar a Roma I

OTRAS DISPOSICIONES

- Residencia habitual, Art. 23: la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central. Cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado, Art. 23.2.

- El reenvío está excluido, Art. 24;

- La aplicación de una disposición de una ley contraria al orden público del foro puede ser rechazada, Art. 26.

- En materia de responsabilidad extracontractual, Roma II no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario o de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento, Arts. 27+28.

- *Non-compensatory (=punitive) damages* pueden considerarse contrarios al orden público del foro, Considerando 32.

6.- El Convenio de la Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos

Pocos textos normativos presentan soluciones uniformes en el campo de la responsabilidad extracontractual p.ej. el Convenio de la Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos. Estos convenios, sin embargo, sólo cubren aspectos muy específicos y han sido ratificados por un escaso número de países.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 11.- LOS BIENES Y LOS DERECHOS REALES

1.- El régimen jurídico de las cosas: el contenido del estatuto real; 2.- La ley aplicable a los bienes materiales; 3.- Ámbito de aplicación de la ley de la cosa; 4.- La ley aplicable a los bienes inmateriales

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- El régimen jurídico de las cosas: el contenido del estatuto real

El tradicionalmente llamado "derecho de cosas" se refiere esencialmente a la atribución y al goce de los bienes, elemento básico de la organización social. Estos bienes pueden ser materiales e inmateriales y, dentro de los primeros, cabe que sean muebles e inmuebles.

Dentro del estatuto real se aborda pues, el régimen jurídico de los bienes materiales en aquellas ocasiones en que se hace presente un elemento de extranjería. En particular, el análisis se plantea en relación con el régimen jurídico de los bienes considerados de forma individual, y de los derechos sobre ellos constituidos; no respecto de aquellos bienes que aparecen incardinados en un patrimonio concreto, por ejemplo, masa de la quiebra, caudal hereditario, patrimonio conyugal, y que, precisamente como consecuencia de este hecho, tienden a recibir un tratamiento propio y generalmente diferente al anterior, vinculado habitualmente con la ley reguladora del específico patrimonio en liza.

2.- La ley aplicable a los bienes materiales

La ley reguladora de los derechos reales viene precisada en el modelo español de DIPr, con carácter general, en el art. 10.1.I y II CC. En el mismo se señala que la "posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se halle", esto es, por la ley del lugar donde físicamente se encuentren sitos. Igual ley, añade el precepto, "será aplicable a los bienes muebles".

La ley del lugar de situación del bien – la *lex rei sitae* - rige, pues, con carácter unitario los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad frente a terceros, debiéndose incluir dentro de este concepto, a la publicidad registral.

Se trata, empero, de una ley que no es concretada temporalmente por el legislador nacional—se hace referencia, sin más, a la ley del lugar donde se halle—lo que, como se observa en el apartado siguiente, puede plantear ciertos problemas derivados del eventual conflicto móvil.

1. La regla *lex rei sitae* como conexión general.

La solución recogida en el art. 10.1 CC es tradicionalmente mantenida en nuestro ordenamiento jurídico y en otros sistemas de nuestro entorno. Su justificación radica en argumentos diversos que oscilan desde la satisfacción de los intereses del Estado en relación con los bienes situados en su territorio, hasta la estabilidad de la conexión o su fácil concreción. La conexión cuenta con la ventaja añadida de hacer coincidir generalmente al tribunal competente y a la ley aplicable.

Estos argumentos, mantenidos de forma constante por la doctrina española y comparada, se ven un tanto difuminados en relación—principalmente con los bienes muebles. También, en algunas ocasiones, aunque bastante inhabituales, en relación con los inmuebles. Así, como ocurrió en el supuesto que dio lugar a la STJUE de

6/7/1988, en el asunto 158/87, Scherrens c./Maenhout and others (cit.), el bien puede encontrarse localizado en dos países distintos. En dichos casos la doctrina apuesta con carácter mayoritario, por extrapolar la solución mantenida por el Tribunal de Luxemburgo en el plano de la competencia judicial internacional al ámbito del derecho aplicable, y aplicar linealmente la solución prevista en cl art. 10.1.1 CC, y que daría lugar a la regulación de la parte del inmueble localizada en uno y otro país por la ley de cada uno de éstos, en calidad de ley de localización del bien.

2. Problemas de aplicación.

Los bienes muebles son, por propia naturaleza, susceptibles de traslado. Ello determina que la conexión "lugar de localización del bien" pueda generar ciertos problemas, tanto con relación al concreto momento de verificación de dicha conexión (A), como con respecto a la fijación del exacto lugar de situación del bien mueble (B).

A) Momento de verificación de la conexión

La ausencia en el modelo español de DIPr de una norma que aborde con carácter general la problemática del conflicto móvil, hace que no contemos con una solución clara respecto de la cuestión de la determinación del concreto momento de verificación de la conexión "lugar de localización del bien".

La doctrina ha optado tradicionalmente, con carácter mayoritario, por diferenciar el tratamiento otorgado a la cuestión de la constitución válida de un derecho real, y de su exacto contenido:

1) De esta forma, se dice, la válida adquisición de un derecho real, así como su modificación, transmisión o extinción, de acuerdo con el ordenamiento jurídico del lugar de localización del bien en un determinado país no se vería posteriormente afectado por el traslado del mismo a otro país. El operador jurídico español valoraría dichas dimensiones de acuerdo con la ley del país donde radicaba el bien en el momento en que las mismas se produjeron.

2) No ocurriría lo mismo, sin embargo, con su contenido. Atendido al estricto tenor del art. 10.1.I CC este vendría regulado por la ley del concreto país en que el bien se halle en cada momento.

Junto a esta posición, otro sector de la doctrina: C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO—opta, como regla general, por aplicar a los aspectos reales—adquisición y transmisión, contenido y efectos—, entre las partes vinculadas por un contrato, la ley del lugar de localización del bien, no en el momento de adquisición del derecho real, sino de perfeccionarse el título - el contrato—que permite dicha adquisición.

Esta regla general, señalan los mencionado autores, se acompaña de diversas excepciones. De esta forma, en aquellos supuestos en que se plantea la oponibilidad del derecho real frente a terceros, se habrá de estar al tipo de caso planteado. Así, por ejemplo, en el supuesto de oponibilidad frente a terceros subadquirentes del bien, se estará a la ley del lugar donde se encontraba el bien en el momento en que el tercero entra en posesión del mismo. Igualmente, en el supuesto de oponibilidad frente a un tercero embargante, se estará al momento en que se produce la traba del bien.

B. Fijación del lugar de localización del bien

En relación con la fijación del lugar exacto donde se halle el bien, el legislador español aborda expresamente dos de las diversas situaciones susceptibles de darse

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

en la práctica: esto es, el régimen jurídico de los medios de transporte (a) y de los bienes en tránsito (b).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

a) Régimen jurídico de los medios de transporte

Los medios de transporte, su propio nombre lo indica, tienen como objeto el desplazamiento de personas y mercancías. Este dato convierte en altamente inadecuada la aplicación a los mismos de la ley del lugar de situación del bien, requiriéndose una respuesta específicamente diseñada para ellos.

El legislador español afronta su regulación en el art. 10.2 CC, diferenciando dos categorías de medios de transporte, y sometiendo cada una de ellas a soluciones normativas diversas. Se distingue, así, entre:

1) Los buques, aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril. Estos, y todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedan sometidos a la ley de su abanderamiento, matrícula o registro. Se trata ésta de una conexión que en relación con este tipo de medios de transporte resulta mucho más estable que la ley del lugar de localización del bien.

2) Junto a ello, en segundo lugar, los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedan sometidos, en línea con la regla general prevista en el art. 10.1.II CC, a la ley del lugar donde se hallen. Una opción que se basa, entre otras razones, en el hecho de que España es un importante destino del turismo internacional y, en menor medida, en el variable grado de fiabilidad que acompaña a los distintos sistemas nacionales de matrícula.

b) Régimen jurídico de los bienes en tránsito

El legislador español aborda en el apartado III del art. 10.1 CC la problemática de los bienes en tránsito; aquellos que son objeto de transporte internacional en el instante en que se procede a disponer de ellos. En tal sentido señala que a los efectos de la constitución o cesión de un derecho sobre bienes en tránsito, estos se entenderán situados en el lugar de su expedición. Un lugar que se entiende fácilmente constatable y que, por lo tanto, genera un alto grado de seguridad jurídica entre las partes.

Esta presunción decae en esas ocasiones en que el remitente y el destinatario hayan convenido expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino. Dicha ley, claramente fijada por las partes de acuerdo con sus intereses, y perfectamente conocida por ellas será, pues, la que regule la constitución o cesión de derechos sobre los bienes en tránsito. Incluso—salvaguardándose de esta suerte la voluntad de las partes—, en el caso de que los bienes se deriven a un destino distinto del originariamente señalado, o que no alcancen finalmente el mismo, como consecuencia de su pérdida o destrucción.

La norma cesa de aplicarse en el momento en que el bien deja de estar en tránsito y se entiende llegado a destino, o se produce una disposición del bien —venta del mismo, por ejemplo—en un lugar determinado. En dicho momento se procederá a aplicar la regla general de la ley del lugar de localización del bien, prevista en el art. 10.1.I CC.

La regla se presenta aparentemente diseñada para supuestos de operaciones simples, sin embargo, la realidad práctica pone de manifiesto todo un conjunto de situaciones complejas, que no han sido previstas por el legislador nacional. La doctrina española se refiere, entre otras, a las operaciones sucesivas y al supuesto de los bienes destinados a la exportación.

1) Con respecto a las operaciones sucesivas, aquellas en las que un determinado cargamento—petróleo, gas licuado, grano—cambia de titular mientras está siendo transportada—se encuentra, pues, en tránsito—, la doctrina tiende a distinguir con carácter mayoritario tres posibles supuestos susceptibles de darse en la práctica (M. VIRGOS SORIANO):

A) Aquellos en los que las nuevas partes no realizan manifestación alguna de voluntad; lo que implica seguir aplicando la regla general del lugar de expedición prevista en su art. 10.1.III CC.

B) Aquellos en los que las partes originarias optaron por el lugar de destino, y la nueva o nuevas partes respetan el lugar de destino seleccionado por aquellas, no produciéndose por lo tanto alteración de la solución alcanzada.

C) Aquellos otros supuestos en que las partes pactan un nuevo lugar de destino al amparo del art. 10.1.III CC; en cuyo caso habrá de atenderse al mismo, en tantas ocasiones como sea modificado.

2) En el caso de los bienes destinados a la exportación; esto es, bienes que se encuentran temporalmente en un determinado lugar pero que, como consecuencia de lo pactado por las partes, deben ser entregados en otro país, un sector relevante de la doctrina española—ante el silencio del legislador en relación con este punto—favorece la aplicación analógica de la regla prevista en el art. 10.1.III CC en materia de bienes en tránsito, como posibilidad ofertada a las partes de consolidar en forma anticipada—dado que los bienes no se encuentran técnicamente en tránsito sino que están en un país pero van a ser remitidos a otro—la aplicación de la ley del lugar a donde ineludiblemente van a ser enviados los bienes en liza.

3. Las conexiones especiales.

A) Bienes culturales

El juego de la regla de la ley del lugar de localización del bien puede verse afectado por la incidencia en determinados casos, y respecto de ciertas materias, de normas que gocen de naturaleza imperativa. El supuesto de la aplicación de las normas de protección del patrimonio histórico constituye un claro ejemplo de ello.

En el caso de España, debe estarse a lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 26-6 (BOE de 29-6-1985) de Patrimonio histórico; específicamente, en primer lugar, a lo dispuesto en su art. 5, en el que como regla de base se prohíbe la exportación —esto es, la salida del territorio español—de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que pertenecen al patrimonio histórico español. Y. en segundo lugar, a lo señalado en su art. 29.1, en el que se declara la pertenencia al Estado español de todos los bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español que sean exportados sin la autorización requerida por el art. 5 de la propia Ley. Dichos bienes, se dice, “son inalienables e imprescriptibles”.

B. Títulos valores

El título valor documenta un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado a la posesión del mismo. Los títulos valores cumplen una función esencial en la facilitación de la circulación de los derechos, aun cuando su trascendencia se esté viendo disminuida por la creciente representación de los derechos a través de anotaciones o registros electrónicos (F. VICENT CHULIA).

Dentro de la categoría “título valor” se incluyen distintos tipos de títulos que varían, tanto por los concretos derechos incorporados, como por la naturaleza de su

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

emisor, el régimen de emisión o el de su circulación. En todo caso, se trata de una realidad dotada de una especial trascendencia en el tráfico privado diario.

El título valor presenta dos dimensiones diferenciables que pueden tener una incidencia en su regulación desde la perspectiva del DIPr. En primer lugar, el título valor es un documento que puede ser susceptible de transmisión y que en cuanto tal, cuenta por lo tanto, en sí mismo, con una innegable condición real (1). Junto con ello, en segundo lugar, el título valor describe o incorpora, un concreto derecho (2).

1) De acuerdo con el art. 10.1 CC, la ley del lugar en que se halle el título valor —un documento, por lo tanto, un mueble regulará los derechos reales sobre dicho título valor.

Esto es, generalmente, si se han transmitido, y en qué momento, la propiedad o la posesión sobre el concreto documento.

2) En algunas ocasiones, el título valor constituye un título de tradición, concerniendo a la posesión y propiedad de las cosas de los que son representativos: el conocimiento de embarque es un buen ejemplo de ello. La determinación de si la entrega de estos títulos ha cumplido o no la función de transferir la propiedad de las mercancías que vienen representados en estos vendrá gobernada por la ley del lugar en que las mercancías se encuentren, al amparo del art. 10.1.I CC. O. en caso de tratarse de mercancías en tránsito, por lo dispuesto en el art. 10.1.III CC.

3.- Ámbito de aplicación de la ley de la cosa

El ámbito de aplicación de la ley reguladora de los derechos reales es amplio. Dicha ley determina esencialmente:

1) Aquellas cosas susceptibles de ser objeto de derechos reales y el régimen jurídico de éstas.

2) La creación—incluyendo el modo y el momento de la adquisición del derecho real—, la alteración, la transmisión, la pérdida o la extinción del derecho real. Cuestiones estas, respecto de la que los distintos ordenamientos jurídicos incorporan soluciones muy diversas.

3) Igualmente regula y concreta el haz de efectos generados por dichos derechos reales—su contenido—, tanto respecto del titular de los mismos como frente a terceros, y la duración de los mismos.

La referencia a la oposición frente a terceros exige de una matización en relación con aquellos supuestos de eventual oposición frente a acreedores colectivos, esencialmente en el supuesto de los procedimientos concursales, debiendo estarse en tales casos a lo dispuesto en la normativa concursal, tanto de origen institucional como estatal.

4) A su vez, y tal como específicamente señala el art. 10.1.I CC, la ley reguladora de los derechos reales gobierna las exigencias de publicidad de los actos de constitución, transmisión o extinción de los mismos y, caso de requerirse dicha publicidad, los términos, significado y efectos de ésta.

Fuera del ámbito de aplicación de la ley quedan diversos aspectos relevantes. De entre ellos cabe, cuanto menos, destacar:

1) El régimen de la capacidad personal para adquirir derechos reales, que vendrá regulado por lo dispuesto en el art. 9.1 CC, respecto de las personas físicas, y 9.11 CC, en relación con las personas jurídicas.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

2) La forma del acto o negocio jurídico mediante el cual se constituye, transmite o extingue el concreto derecho real, que vendrá regulado por lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento (CE) n°. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17-6-2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y, en lo no cubierto por éste, por los mandatos contenidos en el art. 11 CC.

3) Igualmente quedará fuera del ámbito de aplicación de la ley reguladora de los derechos reales el título de adquisición de estos y la validez del mismo, cuestiones que vendrán regulados por la ley aplicable al concreto título de adquisición; muy habitualmente, un contrato.

4.- La ley aplicable a los bienes inmateriales

La trascendencia creciente que poseen los bienes inmateriales – derechos de la propiedad industrial e intelectual – en el plano económico internacional, así como su especial naturaleza y las peculiaridades que le son propias, justifican su estudio por parte del Derecho del comercio.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Tema 12.- EL ESTUTO PERSONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES

1.- El estatuto personal; 2.- La ley aplicable a los bienes materiales; 3.- Ámbito de aplicación de la ley de la cosa; 4.- La ley aplicable a los bienes inmateriales

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- El estatuto personal

La noción de estatuto personal se remonta a la Edad Media, aunque su significado y justificación han evolucionado desde entonces hasta nuestros días, viéndose difuminados sus contornos y, lo que es más trascendente, perdiendo gran parte de su razón de ser y de su utilidad.

Hoy se entiende de forma generalizada que el estatuto personal refiere y engloba al conjunto de instituciones y materias que se vinculan directamente con la persona, conformando su condición como sujeto de derecho (J.C. FERNANDEZ ROZAS).

El CC incorpora en su art. 9.1. un concepto de estatuto personal que resulta bastante amplio en comparación con la noción que se acaba de exponer. Materias vinculadas directamente con la persona son, básicamente, la personalidad jurídica con su doble ámbito de fijación de su comienzo y extinción y de los derechos inherentes a la misma—, el estado civil y la capacidad de obrar de las personas. Sin embargo, el art. 9.1 CC incardina dentro del estatuto personal, junto a la capacidad y al estado civil, a los derechos y deberes de familia y a la sucesión por causa de muerte.

Históricamente, el concepto de estatuto personal se refirió indistintamente a las personas físicas y a las jurídicas. El art. 9.11 CC, en línea con lo dispuesto en el apartado 1 del propio art. 9, señala que la ley personal de las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, guardando silencio en relación con la forma en que se concreta dicha nacionalidad (al respecto, arts. 28 y 41 CC, y art. 8 Ley de Sociedades de Capital). Dicha ley, añade el artículo, regulará todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.

La realidad societaria actual, caracterizada por su dinamismo y complejidad pone de manifiesto como el empresario social participa en el comercio internacional adoptando una pluralidad de formas jurídicas, dotadas de una naturaleza, configuración y regulación diversa. Una aproximación a la misma refleja, desde la perspectiva del DIPr, la irrealidad de esta tradicional extrapolación, y la insuficiencia de los resultados alcanzados a través de la misma.

2. Determinación de la ley rectora del estatuto personal

El estatuto personal viene regulado en España por la ley nacional de las personas. El art. 9.1.I CC afirma con claridad que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad.

La nacionalidad se entiende que configura un criterio claro y privilegiado de vinculación entre un concreto sujeto y la sociedad en la que este desarrolla su actividad diaria. Generaría, pues, un vínculo efectivo, duradero y fácilmente determinable entre el individuo y el país con el que éste, en principio, mantiene un mayor grado de conexión.

La opción por la nacionalidad como criterio de conexión, sin embargo, ha sido tradicionalmente objeto de críticas por parte de sectores de la doctrina, no sólo en España sino en aquellos países que han hecho uso de la misma.

1) Por un lado, y entre otras muchas, se entiende que la opción por la ley nacional del sujeto no sólo responde a unas coordenadas temporales e ideológicas muy concretas que hoy han perdido parte de su vigencia, sino que, además, permite en ocasiones la aplicación de una ley que cuenta con poca o nula vinculación con la realidad diaria de la persona. Imaginemos una persona que emigró de un concreto país a otro, estableciendo su entorno vital en el país de acogida. La aplicación de su ley nacional supondrá la referencia a una ley con la que este guarda una escasa vinculación en el momento presente.

2) Por otro lado, se añade, la utilización de la ley nacional en un entorno social caracterizado por la existencia de un amplísimo volumen de inmigrantes puede tener efectos poco convenientes. Y ello, no sólo por fomentar la introducción de instituciones desconocidas en muchas ocasiones radicalmente contrarias al orden público de las sociedades "occidentales"—sino, también, por convertirse en un elemento de exclusión jurídica, al conducir a que personas que han hecho de un concreto país su patria y que no tienen voluntad de volver a su nación de origen vean reguladas sus relaciones por el ordenamiento jurídico del Estado del que son nacionales y no por el ordenamiento del país de acogida.

El criterio de la nacionalidad ha coexistido históricamente en el plano comparado con otros criterios, entre lo que destaca el del domicilio. Un número importante de países—anglosajones e iberoamericanos, principalmente—han optado por incluir este criterio en sus ordenamientos jurídicos.

El debate doctrinal en tomo a las ventajas de la conexión domicilio frente a la conexión nacionalidad es clásico en el DIPr de las últimas décadas. La doctrina favorable al domicilio tiende a destacar la mayor calidad y virtualidad de la conexión que genera. Si bien, aquellos que son críticos con la misma, destacan los problemas vinculados a las dificultades de su concreción y a la mayor variabilidad de la conexión alcanzada.

Las dificultades que acompañan a la ley nacional del sujeto como ley reguladora del estatuto personal han llevado al legislador español, en línea con otros legisladores estatales, y con lo que ha venido haciendo la Conferencia de La Haya en las últimas décadas, a utilizar de forma creciente la conexión residencia habitual. Una conexión de base fáctica que permitiría verificar una vinculación realista y efectiva, aunque aparece dotada eso sí—de una cierto grado de volatilidad.

La referencia a la residencia habitual es crecientemente incorporada por el legislador español como conexión subsidiaria a la nacionalidad, que sigue contando con la condición de conexión principal en relación con las instituciones incorporadas dentro del estatuto personal. Ejemplos de ello se encuentran, entre otros, en el art. 9.2 y 9.3 CC en relación con los efectos personales y patrimoniales del matrimonio o en el art. 9.4 CC respecto de la filiación. La referencia a la residencia habitual, sin embargo, cuenta en nuestro modelo con la dificultad de concretar su significado, atendida a la equiparación entre domicilio y residencia habitual formulada en el art. 40 CC.

B. Problemas de concreción de la nacionalidad de las personas físicas

La realidad diaria pone de manifiesto la presencia, tanto de personas que son consideradas como nacionales por más de un Estado, como de sujetos que no cuentan con nacionalidad alguna. Una y otra situación afectan directamente a la viabilidad y aplicación en la práctica de la conexión nacionalidad prevista en nuestra legislación.

El legislador español incorpora en el CC dos preceptos cuyo objetivo es, precisamente, resolver los problemas generados por estas dos situaciones: los arts. 9.9 y 9.10 Cc. Ambas reglas cuentan con un ámbito de aplicación limitado a las normas de DIPr recogidas en el Capítulo IV—"Normas de Derecho internacional privado"—del Título Preliminar CC.

a) Supuestos de doble nacionalidad

El legislador español asume la posible presencia de personas que son considerados como nacionales por más de un Estado, y la correlativa necesidad de especificar cuál sea la nacionalidad de referencia a efectos del funcionamiento de la norma de conflicto española. En este sentido, el legislador diferencia entre aquellas situaciones en que la doble nacionalidad se encuentra prevista por las leyes españolas y aquellas otras en que tal situación no es prevista por nuestra normativa, aportando soluciones diferentes para uno y otro supuesto.

i. Situaciones de doble nacionalidad prevista por la legislación española

El legislador español admite la potencial existencia de situaciones de doble nacionalidad. La propia Constitución Española de 1978 señala en su art. 11.3 la capacidad que acompaña al Estado español de concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos, o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con nuestro país. El precepto añade que los españoles podrán adquirir la nacionalidad de estos países sin perder la nacionalidad española, aun cuando la legislación de estos Estados no reconozca a sus ciudadanos un derecho recíproco (vid. arts. 24.1.II y 23.a) CC).

En el caso de que la situación de doble nacionalidad planteada venga prevista por el legislador español el art. 9.9.I CC señala que:

1) Se estará, en primer lugar, a lo prevenido por los tratados internacionales que vinculen a España en la materia.

2) En aquellas ocasiones en que no exista convenio que vincule a España, o que existiendo nada diga el mismo al respecto, será preferida: a) La nacionalidad coincidente con la última residencia habitual; b) En defecto de ésta, esto es, cuando el sujeto resida en un Estado distinto al de los que le consideran nacional, la última nacionalidad adquirida.

ii. Situaciones de doble nacionalidad no previstas por la legislación española

En aquellos supuestos en que la situación de doble nacionalidad no venga prevista por el legislador español, el art. 9.9.II CC precisa que:

1) En el caso de que las dos nacionalidades en liza sean la española y otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales, prevalecerá en todo caso la nacionalidad española.

2) En aquellos supuestos en que el sujeto cuente con dos o más nacionalidades y ninguna de ellas sea la española, se estará a la ley del lugar de su residencia habitual, independientemente de que la misma sea, o no, coincidente con alguna de las nacionalidades que ostenta.

Un ciudadano birmano que contase, además, con la nacionalidad vietnamita, y residiera en el Perú, vería aplicada la ley peruana de acuerdo con el mandato del art. 9.9.11 CC, al ser esta la ley de su residencia habitual.

b) Supuestos de apatridia

En aquellas situaciones en que el sujeto carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada, el art. 9.10 CC señala que se considerara como ley nacional a la ley de lugar de su residencia habitual.

La solución debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 12.1 de la Convención de Nueva York, de 29-9-1954 sobre el Estatuto de los apátridas (BOE de 4-7-1997), que incorpora una respuesta diferente a la prevista en la normativa española, al afirmar que el estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio y, sólo a falta de domicilio se estará a la ley de su residencia, sin adjetivarla como residencia habitual.

3. Ámbito de aplicación de la ley personal

Tal como se ha expuesto en la introducción, el art. 9.1 CC sigue el modelo italiano de "estatuto personal" o "modelo extenso": la ley nacional rige no sólo el estado civil y capacidad de la persona, sino también las relaciones familiares y la sucesión por causa de muerte. Este modelo extenso se siguió también en otros países como Alemania o Portugal. El legislador español, tanto en 1889 como en 1974, no siguió el modelo francés o modelo estricto, a cuyo tenor la Ley nacional sólo rige el estado y capacidad de la persona, pero no necesariamente las relaciones de familia y la sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, a pesar de la dicción literal del art. 9.1 CC, la Ley nacional designada por dicho precepto como "Ley personal" no regula numerosas cuestiones jurídicas relativas a la persona, como los efectos del matrimonio, filiación, protección de menores e incapaces o alimentos entre parientes, que quedan sujetas a normas de conflicto específicas.

En consecuencia, las cuestiones que, efectivamente, regula el art. 9.1 CC y por la Ley personal son escasas: a) Capacidad de personas físicas; b) Declaración de ausencia y fallecimiento; c) Mayor y menor edad; d) Sexo de la persona; e) Emancipación.

4. La protección de los menores

La lucha por la protección del menor en el ámbito internacional es una constante desde hace décadas. Los instrumentos de protección de los menores a nivel internacional se han multiplicado desde organizaciones tan dispares como las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. Ello ha dado lugar a un entramado de instrumentos supraestatales, a veces entrecruzados, de muy compleja aplicación, máxime en conjunción con las normas internas existentes en cada Estado. Se trata de una normativa que parte de la prevalencia del principio del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

Instituciones relacionadas con aspectos que tienen un nexo común con la protección del menor son:

a) La filiación, tanto la natural como la adoptiva, que equipara en sus efectos a la primera, si bien en lo que hace a su constitución en el plano internacional presenta complejos problemas

b) La cuestión de los alimentos

c) Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental

5. La filiación

La institución de la filiación se presenta desde siempre como especialmente sensible a los cambios sociales y políticos que acompañan a toda sociedad. En el caso concreto de España, las alteraciones de toda índole que han acontecido en nuestro país durante estas últimas décadas han contado con una directa incidencia en el entendimiento y regulación de esta institución. Y, lógicamente, en su proyección externa.

1) Así, en un primer momento, el cambio político plasmado en la Constitución de 1978, dio lugar a una profunda reforma de la regulación española en materia de filiación, que permitió acompasar sus soluciones a las existentes en los países de nuestro entorno. En el plano del Derecho internacional privado, esa reforma se plasmaría años después en la modificación —en su tenor y filosofía subyacente— del art. 9.4 y 5 CC, y en la posterior sustitución de éste último apartado por la Ley 54/2007, de Adopción internacional (BOE de 29-12-2007).

2) En estos últimos años, no obstante, la filiación se ha visto afectada por todo un conjunto de factores de índole diversa que van, desde la acelerada acentuación de la dimensión "pública" de una institución tradicionalmente incardinada en el ámbito de las relaciones privadas, hasta la presencia de nuevas figuras y situaciones generadas por el importante proceso migratorio que ha sufrido España, pasando, en otro orden de cosas, por los cambios padecidos por el modelo familiar en nuestro país reflejados, por ejemplo, en la atenuación de su vinculación con la figura del matrimonio.

3) A ello se ha unido en los últimos tiempos el desarrollo y generalización de nuevas técnicas de reproducción asistida, que cuentan en algunos casos con una incidencia directa en el ámbito de la filiación. La problemática de las madres de alquiler, por ejemplo, es claro ejemplo de ello.

Reflejo de ello es la RDGRN de 18-2-2009 (RJ 200911735) en que se aborda la inscripción en el Registro Consular de San Diego (EE.UU.) de los hijos de dos varones españoles casados nacidos en esta ciudad mediante "gestación sustitutoria". La DGRN acepta finalmente su inscripción en el Registro Consular de éstos como hijos de dicho matrimonio español.

Todos estos datos presentan una incidencia en la realidad del régimen jurídico interno español de filiación, que adquiere una especial trascendencia y complejidad cuando se proyectan en la práctica del modelo español de DIPr.

1. El establecimiento de la filiación.

El art. 9.4 CC hace mención en su tenor al "carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales". Una primera lectura del precepto permite constatar con claridad cómo el mismo refiere, tanto a la filiación natural, como a la adoptiva. A ellas se añade, además, la regulación de las relaciones paterno filiales.

En consecuencia, el ámbito de aplicación material del art. 9.4 CC abarca:

1) En primer lugar, el carácter de la filiación. Tal "carácter" al que hace referencia el precepto, incidiría, básicamente, en la condición matrimonial o no matrimonial de la filiación. Una condición que en el ordenamiento jurídico español carece de incidencia en cuanto a los efectos derivados de una y otra.

2) Junto a ello, en segundo lugar, el contenido de la filiación. La mención al contenido de la filiación que recoge el art. 9.4 CC implica una referencia al conjunto de efectos de toda índole con trascendencia jurídica, derivados de la atribución de la filiación; en otras palabras, de la propia condición de hijo: Aspectos tales como el régimen de los nombres y apellidos, el régimen de alimentos, el régimen sucesorio o la problemática de la nacionalidad, entre otros.

3) El tercer sector temático cubierto por el artículo, aunque no aparece expresamente recogido en el tenor del art. 9.4 CC es el referente al establecimiento o determinación

de la filiación. Esta mención a la determinación de la filiación implica que la ley convocada por este precepto regule los modos de acreditación de la filiación, incluyendo los medios de su prueba (arts. 113, 115 y 120 CC, en contra, SAP de Málaga, de 17-2-2004, EDJ 2004/11746) y la eficacia probatoria de los mismos; dicha ley regulará, igualmente, el objeto y carga de dicha prueba.

4) Por último, el mandato del art. 9.4 CC hace referencia a las relaciones paterno-filiales. Dentro de esta genérica acepción se incardina todo un haz de relaciones jurídicas. La ley convocada por el precepto regula la patria potestad, concretando sus titulares y efectos, así como sus modos de ejercicio, y todo el régimen de la privación, extinción, prórroga y recuperación de la misma. Dicha ley gobierna, a su vez, las cuestiones de la representación legal del hijo y de la administración de sus bienes.

2. El establecimiento de la filiación natural: su determinación legal.

La norma de conflicto recogida en el art. 9.4 CC incorpora dos criterios de conexión en relación con la filiación, dotados de una marcada naturaleza subsidiaria: refiere así, en primer lugar, a la residencia habitual y, caso de no poder determinarse ésta, hace mención a la ley de la nacionalidad del hijo y, si no pudiera tampoco establecerse esta, a la ley española.

3. El establecimiento de la filiación adoptiva: la constitución de la adopción

La institución de la adopción ha sufrido una profunda transformación en las últimas décadas, reflejada en una notable y generalizada acentuación de su dimensión pública frente a la tradicional dimensión privada que la ha caracterizado. Todo ello, buscando dotar al menor que va a ser adoptado de un marco jurídico de protección que asegure la salvaguarda del principio básico del "interés superior del menor". En el caso de España, este proceso se ha plasmado, tanto en la dimensión interna, como internacional de la institución, y ha generado, desde 1987, un conjunto repetido de reformas que han dado lugar a una regulación ciertamente compleja de la institución. La última de estas reformas, que goza además de una voluntad de globalidad, se articula a través de la ya mencionada Ley 54/2007, de 28-12, de Adopción internacional (en adelante LAI). Por tanto, el art. 9.5 CC ahora se limita a señalar que la adopción internacional "se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción internacional'. Igualmente, añade, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras "surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción internacional". A este régimen jurídico hay que añadir un conjunto de textos de naturaleza convencional, tanto de carácter multilateral, como bilateral, que son, naturalmente, de aplicación preferente.

Con carácter multilateral se trata, esencialmente: 1) Del Convenio de La Haya, de 29-5-1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del que en 2010 son parte 81 países; 2) Con un carácter más programático, de la Convención de 20-11-1989, sobre los Derechos del Niño.

En relación con los textos de naturaleza bilateral, cabe destacar: 1) El Acuerdo bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, de 29-10-2001; 2) El Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, de 12-11-2002; 3) El Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, de 5-12-2007 y 4) el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación Rusa, de 9-7-2014.

En defecto de instrumento supraestatal, la cuestión de la Ley aplicable aparece regulado en el Capítulo II de la LAI. En concreto, el art. 18 establece que la constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española: a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. Sin embargo la LAI guarda silencio sobre la Ley que sería aplicable en el

supuesto de que el adoptando no residiese en España o no fuese a ser trasladado a España.

6. Los alimentos

La relevancia social y jurídica del derecho a la obtención de alimentos ha provocado su elevación al grado de derecho humano reconocido y protegido más allá de las fronteras: así ocurre, en un plano genérico, con la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 25.1) y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966. En el marco de los procesos de colaboración entre autoridades estatales para lograr el cobro internacional de alimentos destaca la Convención de Naciones Unidas de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, así como el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos por los niños y otros miembros de la familia (en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014)

1. El Reglamento 4/2009

El día 30 de enero de 2009 entró en vigor el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

El Reglamento, en un intento de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos, se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonial o afinidad (art. 1.1).

El Reglamento no aporta una noción de "obligación de alimentos", aunque sí opta por su interpretación de forma autónoma (cdo. 11). En tal sentido, cabrá tomar en consideración la jurisprudencia del TJUE dictada en relación con el Reglamento de Bruselas I bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que ha perfilado dicha noción.

El Reglamento 4/2009 regula los tres sectores clásicos de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y del reconocimiento de resoluciones en materia de alimentos, incorporando igualmente disposiciones en materia de asistencia jurídica gratuita y sobre la cooperación entre las autoridades centrales. Se aplica desde el 18 de junio de 2011 en todos los Estados miembros, aunque incorporando ciertas matizaciones en relación con Dinamarca, donde no se aplica lo que se refiere a la cooperación administrativa entre autoridades y de la Ley aplicable.

En cuanto a la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias el art. 15 del Reglamento 4/2009 se limita a incorporar por referencia las soluciones contenidas en el Protocolo de la Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. De esta forma, se determina para todos los Estados miembros la Ley aplicable según los criterios del Protocolo, excepto para el Reino Unido y Dinamarca, Estados que no están vinculados por el Protocolo de la Haya de 2007.

El Protocolo diseña dos grupos de reglas generales, de amplitud diversa, en relación con la determinación de la ley reguladora de las obligaciones alimenticias.

1) En primer lugar, el art. 3.1 del Protocolo precisa que las obligaciones alimenticias se regirán, con carácter general, por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. Esta solución general se supedita, eso sí, a que el "Protocolo disponga otra cosa"; esto es, a la eventual presencia de normas especiales en la materia.

2) Junto a ello, el Protocolo admite un juego limitado de la autonomía de la voluntad a la hora de concretar la ley reguladora de las obligaciones alimenticias. En tal sentido:

a) El art. 7.1 del Protocolo afirma que, con independencia de lo previsto en el art. 3 del Protocolo y en las normas especiales recogidas en los arts. 4, 5 y 6 del Protocolo, el acreedor y el deudor de alimentos podrán, únicamente a los efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado, designar expresamente como aplicable a una obligación de alimentos a la ley de dicho Estado (por tanto, *lex fori*).

b) Junto a ello, las partes podrán designar en cualquier momento determinadas leyes como ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 8.1 del Protocolo): p.ej. ley de un Estado del cual sea nacional alguna de las partes en el momento de la designación; residencia habitual de una de las partes, en el momento de la designación etc. Pero con determinados límites: no procederá la elección en el caso de obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años, o de un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades mentales "no se encuentre en condición de proteger sus intereses" (art. 8.3 del Protocolo).

El Protocolo contiene asimismo determinadas reglas de funcionamiento sobre cuestiones clásicas en el ámbito del Derecho aplicable: así, excluye el reenvío (art. 12); otorga protección al orden público del foro (art. 13) y contiene determinadas soluciones particulares para la resolución de conflictos internos (arts. 15-17).

En defecto de norma supranacional se aplicará el art. 9.7 CC, que remite a su vez al Protocolo de la Haya de 2007.

7. La responsabilidad parental

En relación a la cuestión de la Ley aplicable a las medidas de protección de los menores o de sus bienes (cuestión no regulada en el Reglamento 1111/2019, Bruselas II), hay que tener en cuenta el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental. Dicho Convenio tiene eficacia erga omnes, lo que supone que el ordenamiento señalado aplicable por sus reglas se aplicará aunque se trate de un Estado no parte en el mismo; ello implica el desplazamiento o sustitución de la norma existente en nuestro ordenamiento interno, esto es, el art. 9.6 CC.

A tenor del art. 15.1 del Convenio, la autoridad que se declare competente para conocer, aplicará su propia Ley interna. Esta solución *legeforista* evita los inconvenientes que puedan plantearse en la aplicación de un Derecho extranjero. Sin embargo, el propio Convenio contempla la posible aplicación de la Ley de otro Estado con el que la situación mantenga un vínculo estrecho y siempre que la protección de la persona o de los bienes del menor así lo requiera (art. 15.2).

El Convenio también regula la Ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental, la cual queda sometida a la Ley del país de residencia habitual del menor (art. 14). Con esta solución, al tener la competencia judicial las autoridades de la residencia habitual del menor y aplicar éstas su Ley interna, se consigue también que sea la misma Ley la que regule tanto la distribución y extinción de la responsabilidad parental como las medidas de protección que se tuvieran que adoptar, con las ventajas que ello conlleva.

Tema 13.- EL MATRIMONIO

1.- La celebración del matrimonio; 2.- Los efectos del matrimonio; 3.- La separación el divorcio y la nulidad

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

1.- La celebración del matrimonio

Toda persona goza del *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio libremente (art. 32 CE). Desde el punto de vista del DIPr., el matrimonio es una institución complicada debido a varios factores:

1) Diferentes significados de "matrimonio": con esta expresión puede aludirse tanto a la institución o vínculo entre los cónyuges (matrimonio *in facto esse*), como el acto por el cual se accede a dicha relación jurídica (matrimonio *in fieri*). La regulación de ambos aspectos en Dipr. se sujeta a normas de conflicto distintas.

2) La controvertida naturaleza jurídica del matrimonio: Para fijar el régimen jurídico del matrimonio, éste ha tratado de encapsularse en instituciones jurídicas ya conocidas. Así, se ha considerado que el matrimonio es un contrato, un acto de estado civil etc.

3) Diferentes sistemas matrimoniales en el mundo: Los Estados siguen diferentes sistemas matrimoniales. Los más relevantes son: a) matrimonio obligatorio en forma religiosa; b) matrimonio obligatorio en forma religiosa, pero con forma civil subsidiaria para los no creyentes; c) Matrimonio mediante acto puramente privado (seguido en occidente hasta el C. de Trento; hoy subsiste en Escocia); d) Matrimonio en forma civil obligatoria; e) Matrimonio a celebrar en la forma (civil o religiosa) admitida por la ley que elijan por los cónyuges etc.

4) Significado variable del matrimonio como institución en el mundo: su contenido varía enormemente según sea el círculo cultural examinado, p.ej: en el Derecho islámico se admite la poligamia, el matrimonio temporal (*mut'aa*), el repudio etc.

5) Importantes cambios que han modificado la institución matrimonial en España durante la última década: consolidación del fenómeno de las parejas de hecho, aceptación de los matrimonios entre personas del mismo sexo e incremento de los procesos migratorios , que han facilitado la presencia en España de institutos hasta ahora desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

ESTABLECIMIENTO DEL VÍNCULO CONYUGAL.

El modelo matrimonial español vino históricamente afectado por el carácter confesional de España. El tradicional sistema de doble matrimonio previsto en el CC —matrimonio civil, por un lado, y matrimonio canónico, por otro se convirtió por mor de la redacción del art. 42 CC que vinculaba la celebración del matrimonio civil al carácter no católico de los contrayentes —fueran estos españoles o extranjeros—, y de la condición católica de gran parte de la población española, en un modelo en el que el matrimonio canónico actuaba como la regla general, constituyendo el matrimonio civil la excepción a la misma. Esta situación se modificó drásticamente en 1981 con la reforma del Cc operada por la Ley 30/1981, de 7-7 (BOE de 20-7-1981). El legislador español optó en ese momento por incorporar un modelo de matrimonio único con diversas formas de manifestación del consentimiento: bien ante la autoridad civil competente o bien ante la autoridad religiosa —ya católica o de otra confesión que hubiera alcanzado un acuerdo con el Estado-.

El Estado español tiene concluidos acuerdos con la Iglesia Católica (Acuerdos entre España y la Santa Sede, de 1979, BOE de 24-9-1979), con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992) y con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, los tres acuerdos publicados en BOE de 12-11-1992).

La reforma del CC de 1981 no resolvió la cuestión del carácter disperso del modelo español que viene recogido en el CC, en la LRC y en el RRC. Las soluciones plasmadas en 1981 en el CC permiten constatar cómo el legislador español tuvo más interés en asegurar la práctica futura de las mismas —resaltando de forma nítida que suponían un punto y aparte con respecto a las soluciones legales hasta entonces vigentes en España en el ámbito matrimonial—, que en incorporar un modelo que aportase respuestas globales y coherentes a todos los problemas planteados en torno a la celebración del matrimonio con elementos de extranjería. En este sentido, por ejemplo, se abordó con más o menos acierto la cuestión de la autoridad ante la que debía manifestarse el consentimiento matrimonial, (incidiendo claramente en la distinción entre consentimiento manifestado ante autoridad civil y ante autoridad religiosa... Mas, por contra, nada se señaló por el legislador español de 1981 en torno a la ley reguladora de la capacidad para contraer matrimonio, o en relación con la validez del consentimiento emitido. Significativamente, el carácter sesgado del modelo ha perdurado hasta nuestros días.

1. Regulación de los requisitos de fondo.

A. La ley reguladora de la capacidad para contraer matrimonio

Como reflejo de lo apuntado hasta el momento, el modelo matrimonial español de DIPr no incorpora una norma que regule específicamente la capacidad para contraer matrimonio. Este silencio ha sido colmado por la doctrina y por la DGRN (R-Cir. DGRN de 29-7-2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, BOE de 7- 8-2005) mediante el recurso a la regla general del art. 9.1 CC. De acuerdo con ella, la capacidad —y por tanto, la capacidad matrimonial— se regirá por la ley nacional del sujeto —contrayente, en este caso- al tiempo de la celebración del matrimonio. Pudiendo existir, por lo tanto, leyes distintas en caso de contrayentes de nacionalidad diversa.

Esta ley gobernará la capacidad para contraer matrimonio y, consecuentemente, regulará los impedimentos para contraer matrimonio y, a su vez, los supuestos de posible dispensa de los mismos.

La cuestión de la capacidad para contraer matrimonio viene vinculada en los, últimos tiempos a distintas problemáticas de enorme actualidad. Entre ella destacan dos, el matrimonio de personas del mismo sexo y el matrimonio de transexuales. Centrándonos en la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo, la reforma del CC operada mediante la ley 13/2005, de 1-7 (BOE de 2-7-2005) introduce en el art. 44 CC un apartado II en el que se señala que el matrimonio tendrá los mismos requisitos, y producirá los mismos efectos, independientemente de que los contrayentes cuenten con igual o diferente sexo.

La admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo suscita la doble cuestión de la consideración en España como capaces para contraer matrimonio a personas que de acuerdo con su ley nacional no podrían celebrar este tipo de uniones —por entender que las uniones entre personas del mismo sexo no constituyen auténticos matrimonios- y, por otro lado, la necesidad de frenar el posible "efecto llamada" que la reforma pudiera tener.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Ambas cuestiones han sido abordadas en la R-Cir. DGRN de 29-7-2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. En la misma, y entre otras afirmaciones, se opta por una interpretación integradora del modelo español de DIPr, excepcionándose la aplicación del art. 9.1 CC, y concluyéndose que "el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la Ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero".

B. Verificación de la existencia de capacidad para contraer matrimonio

La determinación de la capacidad para contraer matrimonio viene directamente vinculada a la problemática de su verificación en la práctica. Por su propia naturaleza, esta verificación se realizará de forma distinta según que el consentimiento matrimonial vaya a emitirse (1) ante una autoridad civil española, (2) ante una autoridad religiosa española o, por contra, (3) el matrimonio haya sido ya celebrado en el extranjero y la verificación se plantee con vistas a la inscripción del mismo en el Registro Civil español.

1) En el primer supuesto, el art. 56 CC concreta la existencia de un expediente previo a la celebración del matrimonio en el marco del cual se procederá a verificar dicha capacidad. Este expediente, de acuerdo con el propio art. 56, se desarrollará según lo dispuesto en los arts. 238 a 251 RRC.

Una situación especial se suscita en aquellas ocasiones en que el impedimento de ligamen ha desaparecido como consecuencia de un divorcio obtenido en el extranjero, y se desea contraer nuevas nupcias en España ante la autoridad civil. En relación con este supuesto la DGRN exige el exequatur de la decisión cuando uno de los cónyuges divorciados sea español y el matrimonio anterior se encuentre inscrito o debiera estarlo en el RC español (RDGRN de 6-11-2000).

2) En el caso de que el consentimiento vaya a emitirse ante una autoridad religiosa en España, el momento para la verificación de la existencia de válida capacidad se pospone —en relación con el matrimonio canónico y el musulmán - al momento de la inscripción del matrimonio ya celebrado en el RC español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63 CC.

3) Esta verificación es igualmente realizada a posteriori en el supuesto de inscripción en España de un matrimonio celebrado fuera de nuestras fronteras. En dicho caso se estará a lo dispuesto en el art. 65 CC, en el que se exige que el juez o el encargado del Registro Civil "antes de practicar la inscripción, deberá, comprobar si concurren los requisitos legales para su inscripción".

C. Ley reguladora del consentimiento matrimonial.

El consentimiento matrimonial Se presenta como uno de los requisitos imprescindibles para contraer un matrimonio válido. En la legislación española, por ejemplo, el art. 45.1 CC manifiesta de forma taxativa que "No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, generando su ausencia la nulidad del matrimonio" (art. 73 CC).

A pesar de la trascendencia que acompaña al consentimiento como base de la unión matrimonial, nada dice el legislador español en relación con el mismo cuando de un matrimonio con elementos extranjeros se trata. La doctrina (J .D. GONZÁLEZ CAMPOS) y la DGRN (IDGRN de 31-1-2006, sobre los matrimonios de complacencia, BOE de 17-2-2006) ha considerado unánimemente que dicha cuestión vendrá regulada por el art. 9.1 CC, que remite su verificación a la ley personal del sujeto en el momento de la celebración del matrimonio. El

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

consentimiento matrimonial de cada uno de los cónyuges, pues, vendrá gobernado por sus respectivas leyes nacionales en el momento de la celebración del matrimonio. Dichas leyes determinarán si el consentimiento es aparente o real, los vicios del consentimiento, los efectos del consentimiento simulado o viciado, el plazo para el ejercicio de las acciones, así como las personas legitimadas para ello.

Lógicamente, en aquellas ocasiones en que se trate de dos cónyuges extranjeros, cuyas respectivas leyes admitan la validez de un matrimonio a pesar de que el consentimiento es simulado o se encuentra viciado, se recurrirá a la excepción de orden público (art. 12.3 CC), y se aplicará en lugar de la ley convocada por el art. 9.1 CC, la ley material española (SAP Valencia, de 21-4-2008, EDJ 2008/89429).

2. Regulación de la forma de celebración

La precisión de la Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio exige distinguir varios grupos de casos:

a) Matrimonio celebrado en España entre español y extranjero: Según el art. 49 CC, la Ley reguladora de la forma de matrimonio celebrado en España entre español y extranjero es, exclusivamente, la Ley española. Se aplica, pues, la Ley del lugar de celebración del matrimonio (*lex loci celebrationis*). Por tanto, el matrimonio se podrá celebrar en cualquiera de las formas – civil o religiosas – legalmente previstas en España.

b) Matrimonio celebrado en España entre extranjeros: La forma del matrimonio celebrado en España entre contrayentes extranjeros se rige por cualquiera de las leyes indicadas por el art. 50 CC. En concreto, los contrayentes podrá, elegir cualquiera de las siguientes leyes: 1) ley del lugar de celebración del matrimonio: ley española; 2) Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes. Pero ojo: el art. 57 CC exige que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España.

c) Matrimonio celebrado en el extranjero entre españoles o entre español y extranjero: La forma de este matrimonio se rige por cualquiera de las Leyes que recoge el art. 49.1 y 2 CC. En consecuencia, los contrayentes pueden elegir que la forma de su matrimonio se ajuste a cualquiera de las formas previstas en cualquiera de las siguientes leyes: 1) ley de celebración del matrimonio; 2) ley española.

d) Matrimonio celebrado entre extranjeros en el extranjero: El DIPr. español carece de norma de conflicto específica que señale cuál es la ley aplicable a la forma de celebración de este matrimonio. Aplicando el art. 11 CC o el art. 50 CC por analogía , el matrimonio será válido si se ha celebrado en una forma, civil o religiosa, legalmente prevista: 1) *lex loci celebrationis*; 2) la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

ESPECIAL REFERENCIA AL MATRIMONIO CONSULAR.

El carácter incompleto del modelo español de DIPr en materia matrimonial, se hace igualmente patente en relación con la problemática del matrimonio consular. Si bien la referencia del art. 49.1 CC a la manifestación del consentimiento ante la autoridad civil competente, combinada con el mandato del art. 51.3 CC en el que se atribuye competencia al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero para autorizar el matrimonio, incorpora una referencia al mismo, lo cierto es que se echa en falta un tratamiento global de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Í

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Varios son los requisitos que se exigen para la válida celebración de un matrimonio consular por parte de un español en el extranjero:

1) Con base en el mandato del art. 15 LRC, es necesario, en primer lugar, que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad del cónsul, esto es, la nacionalidad española.

2) Junto a ello, en segundo lugar, resulta imprescindible que al menos uno de los contrayentes españoles esté domiciliado en la demarcación consular (Res.Cir.DGRN de 29-7-2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo y art. 5 del Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10-9-1964).

3) En tercer lugar, el Estado donde ejerce sus funciones el Cónsul debe reconocerle capacidad para celebrar matrimonios. Algo que no ocurre, por ejemplo, en Austria, Dinamarca, Guatemala, Reino Unido, Suiza, Uruguay o Venezuela.

A estos tres requisitos se uniría, en el caso de tratarse de un matrimonio a celebrar en España ante el Cónsul de un país extranjero, dos más:

4) Que ninguno de los contrayentes tenga la nacionalidad española (Cir.DGRN de 5-8-1981 y art. 5 del Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10-9-1964)

5) Que la legislación del Cónsul extranjero le reconozca capacidad para celebrar matrimonios al amparo del art. 5.f del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares (IDGRN de 6-2-1995).

2.- Los efectos del matrimonio

El modelo internacionalprivatista español en materia de relaciones personales del matrimonio viene recogido en los arts. 9.2 y 9.3 CC.

En el primero de estos dos artículos se incardina una regulación genérica. Por su parte, el art. 9.3 CC incorpora una regulación específicamente referida a los pactos matrimoniales.

El art. 9.2 CC incorpora un amplio conjunto de conexiones cuya finalidad estriba en determinar:

1) La ley aplicable a las relaciones personales entre los cónyuges. Esto es, la ley reguladora de todas aquellas relaciones surgidas entre ellos como consecuencia del matrimonio, que no gocen de una naturaleza económica.

Así, por ejemplo, las previstas en los arts. 67 y 68 CC en los que se incluyen, esencialmente, meras declaraciones de principios —respeto mutuo, vivencia conjunto, obligación de fidelidad y socorro mutuo...— no susceptibles, en muchas ocasiones, de reclamación ante los tribunales.

2) La ley aplicable a las relaciones patrimoniales —no pactadas- existentes entre ellos. Pero tras la entrada en vigor el 29 de enero de 2019 de sendos reglamentos europeos, adoptados en el ámbito de la cooperación reforzada, uno en materia de régimen económico matrimo nial (Reglamento 2016/1103) y otro sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas (Reglamento 2016/1104), dentro de su ámbito de aplicación y con alguna excepción puntual, estos Reglamentos reemplazan a las normas de Derecho interno, en particular, los artículos 9.2 y 9.3 CC pues entre otros regulan la ley aplicable.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

A) El art. 9.2 CC señala en tal sentido que las relaciones personales —no pactadas – derivadas del matrimonio vendrán reguladas:

1) Por la **ley de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo** de contraer matrimonio.

Para el eventual supuesto de que la ley finalmente aplicable sea la española, pero los cónyuges —que residen en el extranjero y celebraron su matrimonio fuera de España- cuenten con vecindad civil diversa, habrá de tomarse en consideración el mandato del art. 16.3 CC, que precisa que los efectos del matrimonio celebrado entre españoles vendrán regulados por la ley española que resulte aplicable de acuerdo con el art. 9 CC y, en su defecto, por las normas materiales del CC. En este último supuesto, añade, se aplicará el régimen de separación de bienes del propio CC, si conforme a la normativa de las distintas vecindades civiles de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación de bienes.

2) En aquellas ocasiones en que las partes carezcan de nacionalidad común en el momento de contraer matrimonio, se admite un cierto juego de la autonomía de la voluntad, señalándose que se estará a **la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado con anterioridad a la celebración del matrimonio**.

Se trata, en suma, de cuatro posibles conexiones distintas, realizadas de acuerdo con los términos fijados por el precepto: ley nacional de uno de los cónyuges, ley nacional del otro cónyuge, ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges y ley de la residencia habitual del otro cónyuge.

3) En ausencia de elección por las partes, se regularán por la **ley de la residencia habitual común del matrimonio inmediatamente posterior a la celebración**. Si no existe tal residencia inmediatamente posterior, lógicamente, este criterio no podrá aplicarse.

4) Por último, el art. 9.2 CC señala que, faltando las anteriores conexiones, se estará a la ley del **lugar de celebración del matrimonio**.

B) La **ley aplicable a las relaciones patrimoniales** viene determinada por el Reglamento 1103/2016. Estas reglas tienen alcance universal (artículo 20).

Siguiendo una pauta común a los textos europeos, el Reglamento arranca del principio de autonomía de la voluntad, i.e. permite la elección de la ley aplicable aunque con ciertos límites, y prevé una regla en defecto de elección. En primer lugar, el artículo 22 establece que los cónyuges podrán **designar la ley aplicable** a su régimen económico matrimonial pero siempre que se trate de la ley del Estado de **residencia habitual** o de la **nacionalidad** de alguno de los cónyuges en el momento de la celebración del acuerdo (artículo 22 (1)). Cabe un cambio de ley elegida, pero sin que ello perjudique a terceros (artículo 22 (2) y (3)). El Reglamento incluye, además, reglas sobre la validez formal y material del acuerdo de elección (artículos 23 y 24).

En **defecto de elección** por las partes (o cuando ésta no sea válida), el Reglamento recoge una serie de conexiones en cascada o jerarquizadas, basada en la idea de proximidad y previsibilidad de la ley aplicable, para los cónyuges y terceros (artículo 26). En primer lugar, se aplica la ley del Estado donde los cónyuges fijaron **su primera residencia habitual común** tras la celebración del matrimonio (con una cláusula de excepción para determinadas situaciones, vid. artículo 26 (3)). En su defecto, se aplica la ley de la **nacionalidad común** de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio (vid, para las situaciones de doble nacionalidad coincidente de ambos, artículo 26 (2), y para los demás supuestos, considerando 50). **En su defecto**, se aplica la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la **vinculación más estrecha** en el momento de celebración del matrimonio. El Reglamento vincula la determinación de la ley aplicable al momento de celebración del matrimonio para asegurar la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, salvo voluntad de las partes.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

La ley designada conforme a las reglas anteriores se aplica a todos los bienes sujetos al régimen económico matrimonial, con independencia de donde estén situados, dentro o fuera de la UE (=principio de unidad de la ley aplicable, artículo 21). Esa ley determina, por ejemplo, los bienes comunes o privativos de cada cónyuge, la responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas del otro, las facultades de disposición sobre el patrimonio común o la liquidación del régimen económico. Asimismo determina la validez material de las capitulaciones matrimoniales, aunque el Reglamento incluye una regla sobre la validez formal basada en una serie de conexiones alternativas (artículo 25). También se establece una regla especial destinada a la protección de terceros, típicamente llamada a proteger a terceros de buena fe frente a los actos de disposición de bienes comunes realizados por uno de los cónyuges: en principio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial determina los efectos de dicho régi men sobre la relación entre los cónyuges y terceros; no obstante, uno de los cónyuges sólo podrá oponer frente a un tercero la ley aplicable al régimen económico matrimonial para regular esos efectos cuando el tercero tenia o debería haber tenido conocimiento de dicha ley (artículo 28).

Como es habitual en los instrumentos europeos de Dipr, el Reglamento contiene normas sobre el juego de las leyes de policía (artículo 30), la cláusula de orden público (artículo 31), la exclusión del reenvio (artículo 32), la remisión a un sistema pluri-legislativo (artículos 33 y 34) y excluye su aplicación a los conflictos puramente internos (artículo 35).

3.- La separación el divorcio y la nulidad

La ley aplicable al divorcio y a la separación judicial se determina a través del **Reglamento (UE) no 1259/2010** sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Dicho Reglamento establece un conjunto de normas propio para determinar qué legislación nacional debe aplicarse en los procedimientos de divorcio o separación judicial que impliquen a cónyuges con diferentes nacionalidades, que residan en un país diferente a su país de origen o que ya no residan en el mismo país de la UE. Complementa al Reglamento (CE) no2201/2003, que establece las reglas para determinar en qué órgano jurisdiccional se debe presentar la solicitud de divorcio o separación judicial.

El Reglamento es aplicable en dieciséis países de la UE que participan en una cooperación reforzada relativa a esta cuestión: Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. Los demás países de la UE pueden unirse en cualquier momento.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Art. 1: se aplica cuando exista un conflicto de leyes nacionales en casos de divorcio y separación judicial, es decir, cuando varias leyes nacionales puedan aplicarse al mismo divorcio o separación judicial (por ejemplo, la legislación nacional del país de origen de los cónyuges o la legislación nacional del país en el que residan habitualmente). No se aplica a la nulidad (arts. 9. 2º/107 CC) ni a otras cuestiones relacionadas con la separación/divorcio.

Se excluyen del ámbito de aplicación, art. 2: la capacidad jurídica de las personas físicas; la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; la nulidad matrimonial; el nombre y apellidos de los cónyuges; las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; la responsabilidad parental; las obligaciones alimentarias; los fideicomisos o sucesiones.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

Eficacia erga omnes: el Reglamento 1259/2010 es de aplicación universal o erga omnes ya que según su art. 4 la ley designada por el mismo se designará aunque no sea la ley de un Estado participante.

2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: art. 5 y ss

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: Los cónyuges **pueden llegar a un acuerdo formal** eligiendo la legislación nacional que se aplicará a su divorcio o separación judicial siempre que se trate de la legislación del:

-País en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, o

-País en el que los cónyuges tenían su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, o

- País de origen de cualquiera de los cónyuges en el momento de la celebración del convenio, o

- País en el que se interponga la demanda.

Es posible realizar y cambiar un convenio entre los cónyuges en cualquier momento hasta que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional.

Momento de la elección (art. 5. 2º y 3º): hasta la interposición de la demanda o posteriormente en el curso del procedimiento judicial (en este último caso, solo cuando lo permita la ley del foro).

Existencia/validez del convenio (art. 6): ley que resultaría aplicable según los arts. 5/8 + ley de la residencia habitual al tiempo de la demanda correspondiente al cónyuge que alega que NO ha prestado consentimiento.

Validez formal del convenio (art. 7). Por escrito (incluidos medios electrónicos), fechado y firmado. Pueden adicionarse requisitos previstos por la ley del Estado Miembro participante (adviértase que esta limitación no aparece en la ley aplicable a la separación o divorcio, en coherencia con la aplicación universal del Reglamento) correspondiente a la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la celebración del convenio (o a la residencia habitual de cualquiera en defecto de residencia habitual común).

LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

De conformidad con el art. 8 del Reglamento, si los cónyuges no eligen la ley que se debe aplicar en su divorcio o separación judicial, la demanda quedará sujeta a la legislación del país:

1. en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o, de lo contrario

2. en el que los cónyuges tenían su último lugar de residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de interponer la demanda ante el órgano jurisdiccional, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de presentar el caso ante el órgano jurisdiccional, o, de lo contrario

3. de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o, de lo contrario

4. en el que se interponga la demanda.

Si la legislación nacional aplicable a la demanda no contempla el divorcio o no concede a uno de los cónyuges igualdad de acceso al divorcio o a la separación

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Mercedes López Rodríguez, *Ph.D.*

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA
C/ Energía Solar, 1
41014 Sevilla
Tel. +34 955 641 600 (Ext. 450)
amlopez@uloyola.es
www.uloyola.es

judicial por razones de sexo, se aplicará la legislación del país en el que se haya interpuesto la demanda.

3. CONVERSIÓN de la separación en divorcio: ley de la separación, salvo estipulación de las partes (art. 5). Si dicha ley no prevé la conversión, el divorcio se rige por los arts. 5-8.

4. EXCLUSIÓN DEL REENVIO (art.11) y Excepción de ORDEN PÚBLICO (art. 10)

5. SISTEMAS PLURILEGISLATIVOS (art. 14). Interpersonales: solución indirecta + mayor vinculación. Nacionalidad: solución indirecta + elección por las partes + mayor vinculación. Interterritoriales: solución directa.

6. LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL

El Reglamento 1259/2010 no determina la ley aplicable a la nulidad matrimonial, por lo que esta materia se rige por el art. 107 CC.

TEMA 14. SUCESIONES



Profa. Ana Mercedes López Rodríguez,
Ph.D. (Aarhus Universitet)

1. UNIDAD VERSUS FRAGMENTACIÓN DE LA SUCESIÓN

En relación con el fenómeno sucesorio, cabe distinguir dos concepciones contrapuestas: la *romanista* y la *germanista*.

- Detrás del ***sistema de concepción romanista*** (o personalista) del fenómeno sucesorio subyace el principio de unidad y de universalidad de la sucesión, esto es, el principio personalista. Dicho sistema se basa, pues, en la idea de que el heredero continua la personalidad del fallecido. En los sistemas estatales de DIPr. anclados en la concepción romanista de las sucesiones, entre los que se encuentra el sistema sucesorio de DIPr. español e italiano, se ha optado tradicionalmente por una conexión personal (como es el caso de la nacionalidad, art. 9.8 CC o del domicilio del causante), ya que, de este modo, el legislador asegura que toda la sucesión del de cujus quede regulada por un único Derecho material estatal, con independencia de cual sea la naturaleza de los bienes hereditarios (muebles o inmuebles) y del lugar de situación de los mismos. Y, en el ámbito de la competencia judicial internacional, el principio de unidad y de universalidad de la herencia se traduce en la necesidad de evitar el denominado "fraccionamiento judicial" de la sucesión internacional, de tal modo que sea un único órgano jurisdiccional estatal el competente para conocer de la totalidad de la sucesión del causante (mobiliaria e inmobiliaria).



1. UNIDAD VERSUS FRAGMENTACIÓN DE LA SUCESIÓN

- Sin embargo, el ***sistema de concepción germanista (o territorialista)*** del fenómeno sucesorio se fundamenta en el principio de territorialidad y de fraccionamiento de la sucesión. En el sector del Derecho aplicable, dicho principio se manifiesta en la utilización por la norma de conflicto relativa a las sucesiones de un criterio de conexión, no personal, sino territorial (al menos, por lo que a la fortuna inmobiliaria del finado se refiere), lo cual conlleva la fragmentación en la regulación de la sucesión internacional, esto es, la aplicación de distintos Derechos materiales estatales en un mismo litigio sucesorio internacional. Y más en concreto, los sistemas de DIPr. de los Estados que parten de una concepción germanista de la herencia, como es el caso del sistema francés y del belga, tienden a establecer una conexión diferente para la sucesión mobiliaria del causante que para la inmobiliaria de tal modo que la sucesión de los bienes muebles va a quedar sujeta a la ley del país del ultimo domicilio del *de cujus*, mientras que la de los bienes inmuebles a la ley del lugar de situación de los mismos (lex rei sitae). En el plano de la competencia judicial internacional, el principio de territorialidad puede provocar el "fraccionamiento judicial" de la sucesión internacional, es decir, que varios Tribunales estatales sean competentes para conocer de la sucesión de un causante (en función de la naturaleza de los bienes que la componen y del lugar en el que éstos se hallen sitos).



2. EL REGLAMENTO (UE) 650/2012

La UE ha unificado las normas sobre sucesiones en el Reglamento (UE) Núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.



Objetivos del Reglamento: Una de las consecuencias de la creciente movilidad de personas dentro de la Unión Europea es el incremento de sucesiones mortis causas con un componente internacional. En muchos casos, dichas sucesiones presentan dificultades y complejidades debido a la manera tan dispar en que se regula la sucesión en las legislaciones de los diferentes estados miembros. El Reglamento aprobado por la Unión Europea tiene como objetivo unificar la legislación europea de sucesiones en cuanto a competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones sucesorias en el ámbito de la Unión Europea.

Entrada en vigor: El Reglamento de sucesiones entró en vigor el 16 de agosto de 2012, veinte días después de su publicación en el DOUE, tal y como ordena su art. 84. No obstante, no empezó a aplicarse hasta el 17 de agosto de 2015. En concreto, con carácter general, las disposiciones del Reglamento se aplican a las sucesiones de las personas que fallezcan el día 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha (art. 83).



2. EL REGLAMENTO (UE) 650/2012

- Ámbito de aplicación territorial: El Reglamento se aplicará a todas las sucesiones que tengan carácter internacional, con independencia de que el causante sea nacional o no de un estado miembro, siempre que se produzcan dentro del territorio de la Unión Europea. El Reglamento no es de aplicación en Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, aunque si afecta a nacionales de estos estados que residan de forma habitual en otros estados miembros de la UE.

- Ámbito de aplicación material (art. 1): El Reglamento se aplica a todo lo relacionado con las sucesiones mortis causa, excluyéndose de forma expresa las cuestiones fiscales y administrativas, así como las civiles relativas al estado civil, la capacidad jurídica, los regímenes económicos de los matrimonios, las donaciones, el derecho de sociedades, los derechos reales y la inscripción registral de los derechos sobre bienes muebles o inmuebles.





3. COMPETENCIA JUDICIAL

- De forma general, son competentes para conocer las cuestiones sobre la sucesión de una persona los Tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

- Sin embargo, pueden ser competentes los Tribunales del Estado miembro de nacionalidad del causante en determinadas circunstancias, cuando su ley haya sido designada como aplicable por el causante de forma expresa.

- También, de forma subsidiaria, podrán ser competentes los Tribunales del Estado miembro en que se encuentren los bienes de la herencia, en los supuestos que establece el artículo 10 del Reglamento. Siempre que:

a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto
b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual.

- Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes (art. 10.2)

Incluye normas sobre comprobación de la competencia (art. 15), litispendiencia (art. 17) y conexidad (art. 18).



4. LEY APLICABLE

- Como regla general, la ***ley aplicable*** a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su ***residencia habitual en el momento del fallecimiento*** (ART. 21).

  - Este principio supone un cambio radical con la actual legislación española que establece – en el art 9.8 del Código Civil – como ley aplicable la de la nacionalidad del causante.
  - Es importante resaltar que la ley aplicable según el Reglamento Europeo, se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro. Así, si un español fallece teniendo su residencia habitual en Brasil, la ley aplicable a su sucesión será la brasileña.

  - Aunque el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca están excluidos de la aplicación del Reglamento europeo, si un nacional de dicho país fallece siendo residente habitual en España, de acuerdo a la legislación española en vigor a partir de agosto de 2015, la Ley aplicable a la herencia será la española, y los tribunales competentes, los españoles.

- El Reglamento permite que cualquier persona pueda determinar que la ley aplicable a su sucesión sea la de su nacionalidad en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento (Art. 22). Dicha designación la deberá hacer de forma expresa en un testamento.



4. LEY APLICABLE

**** Por lo tanto, es importante que cuando un extranjero pase a residir de forma permanente en España, que considere si quiere que su sucesión se rija por el derecho español, en cuyo caso deberán cumplirse todas las normas de sucesiones del derecho civil español, incluyendo las legítimas a favor de los hijos, o si prefiere que se rija por la ley de su nacionalidad. En este segundo caso, deberá otorgar testamento y manifestar de forma expresa que designa la ley de su nacionalidad como la ley aplicable a su sucesión. Se aconseja que cualquier extranjero que otorgue testamento en España considere de forma detenida esta cuestión y en su testamento manifieste si quiere que la Ley aplicable a su sucesión sea la de su nacionalidad o la de su residencia habitual.



- El Reglamento 650/2012 establece en el art. 21.2 una excepción a la regla general: Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un ***vínculo manifiestamente más estrecho*** con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado. PERO OJO: la aplicación de esta opción se debe realizar de forma excepcional y únicamente en aquellos casos en los que la existencia de una ley más estrechamente vinculada al causante que la de su última residencia habitual sea algo indubitado dadas las circunstancias del caso.

5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE UN ESTADO MIEMBRO

- El Reglamento establece como norma general que todas las resoluciones dictadas por un estado miembro serán reconocidas en otro estado miembro, y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la que tengan en el estado miembro en el que se dictó la resolución (Art. 39).

- Las excepciones (Art. 40) se establecen para los supuestos en que las resoluciones vayan manifiestamente contra el ***orden público*** del estado requerido, cuando se hubieran dictado en ***rebeldía*** del demandado, sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo, cuando sean ***inconciliables*** a una resolución dictada en el Estado miembro ***requerido o*** a una resolución dictada en ***cualquier otro Estado miembro con las mismas partes, objeto y causa***.

- El Reglamento también establece que los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán el mismo valor probatorio que en el estado de origen, así como la misma fuerza ejecutiva. El mismo principio de reconocimiento y fuerza ejecutiva, se establece en relación con las transacciones judiciales.



6. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

El Reglamento crea el Certificado sucesorio europeo (Art. 62 y ss) que se expedirá por un Estado miembro para que surta efecto en otro estado miembro.

- Su finalidad es certificar la cualidad y los derechos de los herederos y legatarios, la adjudicación de bienes de la herencia y las facultades de los ejecutores, albaceas y administradores de la herencia.

- El certificado sucesorio europeo se expedirá por el Tribunal o la autoridad competente en virtud del derecho nacional del estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de lo establecido en el Reglamento (punto 3 del presente artículo).

- El certificado surtirá efecto en cualquier Estado miembro de forma automática, sin necesidad de ningún procedimiento especial.

