

---

# Dret aplicable

---

PID\_00266873

Albert Font i Segura  
Josep Gràcia i Casamitjana  
Milagros Orozco i Hermoso  
Mònica Vinaixa i Miquel

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 6 hores

---



Universitat  
Oberta  
de Catalunya

**Albert Font i Segura**

Professor titular Dret internacional privat. Universitat Pompeu Fabra.

**Josep Gràcia i Casamitjana**

Professor associat Dret internacional privat. Universitat Autònoma de Barcelona.

**Milagros Orozco i Hermoso**

Professora associada Dret internacional privat. Universitat Autònoma de Barcelona.

**Mònica Vinaixa i Miquel**

Professora visitant Dret internacional privat. Universitat Pompeu Fabra.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada per la professora: Raquel Xalabarder Plantada (2019)

Quarta edició: setembre 2019

© Albert Font i Segura, Josep Gràcia i Casamitjana, Milagros Orozco i Hermoso, Mònica Vinaixa i Miquel

Tots els drets reservats

© d'aquesta edició, FUOC, 2019

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Realització editorial: FUOC

*Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. Les tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable</b> .....	7
1.1. Instruments per a la determinació del dret aplicable .....	7
1.2. Classificació de les tècniques de reglamentació .....	9
1.2.1. Tècniques directes i indirectes .....	9
1.2.2. Unilateralisme enfront de multilateralisme .....	10
1.3. La tècnica indirecta: La norma de conflicte .....	11
1.3.1. Estructura de la norma de conflicte .....	11
1.3.2. Punts de connexió .....	12
1.4. La tècnica directa: normes materials .....	15
1.4.1. Normes materials imperatives .....	15
1.4.2. Normes materials especials .....	18
1.5. Interrelació entre les tècniques de reglamentació .....	18
1.5.1. Tècniques de reglamentació i fonts del Dret .....	18
1.5.2. Concurrencia de tècniques de reglamentació en un text normatiu. ....	19
1.5.3. Interdependència en l'aplicació de normes que utilitzen tècniques de reglamentació diferents .....	20
<b>2. Problemes d'aplicació de les normes de conflicte</b> .....	21
2.1. La qualificació i el conflicte de qualificacions .....	21
2.1.1. Solucions a la qualificació. L'article 12.1 CC .....	22
2.1.2. La qualificació secundària. El conflicte de qualificacions .....	25
2.2. El reenviament .....	26
2.2.1. Plantejament del problema .....	26
2.2.2. Solucions jurídiques .....	28
2.3. La qüestió prèvia .....	31
2.4. La remissió a un sistema plurilegislatiu .....	33
2.4.1. Plantejament del problema .....	33
2.4.2. Solucions jurídiques .....	34
2.5. El conflicte mòbil .....	36
2.6. El frau a la llei .....	38
2.6.1. Concepte i elements .....	38
2.6.2. Sanció al frau a la llei .....	39
2.7. L'excepció d'ordre públic .....	40
2.7.1. Concepte d'ordre públic .....	40

2.7.2.	Regulació de l'excepció d'ordre públic .....	42
2.7.3.	Configuració de l'ordre públic i supòsits .....	43
2.7.4.	Efectes de l'ordre públic .....	44
<b>3.</b>	<b>L'aplicació del dret estranger.....</b>	<b>47</b>
3.1.	Introducció .....	47
3.2.	Pressupòsits bàsics .....	48
3.2.1.	Caràcter imperatiu de la norma de conflicte: article 12.6 del Codi civil .....	48
3.2.2.	Tractament processal del dret estranger: article 281.2 LEC .....	48
3.3.	Règim d'al·legació i prova .....	49
3.3.1.	Al·legació dels elements d'estrangeria .....	49
3.3.2.	Al·legació del dret estranger .....	50
3.3.3.	Règim de prova del dret estranger .....	50
3.3.4.	Règim de recursos .....	53
3.4.	El paper de l'òrgan judicial en l'al·legació i prova del dret estranger .....	53
3.5.	La informació sobre el dret estranger .....	56
3.6.	Conseqüències de la manca d'al·legació i prova del dret estranger .....	57
3.6.1.	Aplicació substitutiva del dret espanyol .....	57
3.6.2.	Desestimació de la demanda .....	59
3.7.	Aplicació extrajudicial del dret estranger .....	59
3.7.1.	Aplicació del dret estranger per part d'autoritats encarregades del registre civil (art. 100 LRC) .....	60
3.7.2.	Aplicació del dret estranger per part de notaris .....	60
3.7.3.	Aplicació del dret estranger per part de registradors de la propietat i mercantils .....	62
	<b>Resum.....</b>	<b>64</b>
	<b>Exercicis d'autoavaluació.....</b>	<b>67</b>
	<b>Solucionari.....</b>	<b>73</b>

## Introducció

El sector del dret aplicable analitza les normes per mitjà de les quals es regulen les situacions de tràfic jurídic extern. Si en els temes precedents s'ha tractat la problemàtica de la competència judicial internacional a favor dels jutjats i tribunals espanyols, l'objecte d'aquest bloc és la determinació de quin dret substantiu s'aplicarà a una situació privada internacional.

L'apartat «Les tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable» es dedica a la identificació i estudi de les diverses tècniques de regulació que s'utilitzen. En determinats supòsits, el legislador dóna una resposta reguladora substantiva i especial a la situació privada internacional (normes materials especials); i, d'altres vegades, la situació privada internacional queda regulada per la mateixa norma que regula la situació interna (normes unilaterals, lleis de policia, etc.). Destacarem com a tècnica singular per a la regulació de les situacions privades internacionals la norma de conflicte multilateral.

El procés d'aplicació de les normes de conflicte multilaterals presenta diversos problemes que s'analitzen a l'apartat «Problemes d'aplicació de les normes de conflicte». La funció d'aquest tipus de normes se circumscriu a remetre, per mitjà de criteris de connexió, la regulació de la situació privada internacional a un ordenament jurídic, el propi o estranger. A voltes els problemes es presentaran en la selecció de la norma de conflicte aplicable (qualificació, qüestió prèvia, conflicte mòbil, etc.). Altres vegades es plantejarà si s'han de prendre en consideració normes de conflicte d'ordenaments jurídics estrangers per a completar el procés de localització del dret aplicable (reenviament, remissió a un ordenament plurilegislatiu, etc.). Finalment s'analitzaran els supòsits en què s'excepciona l'aplicació normal de la norma de conflicte, ja que no fer-ho comportaria un resultat no volgut per l'ordenament mateix (frau a la llei, ordre públic).

L'apartat «L'aplicació del dret estranger» se centra en els problemes concrets que planteja l'aplicació d'un dret estranger per part dels tribunals i autoritats espanyoles. El tractament processal que rep el dret estranger com element objecte de prova comporta que hi hagi un règim singular per a l'al·legació i prova. Igualment, els drets fonamentals consagrats en l'article 24 CE obliguen a establir una solució jurídica acceptable per als casos en què la prova del dret estranger ha fracassat.

## Objectius

Els principals objectius que es pretén que assoleixi l'estudiant amb l'estudi d'aquest bloc són:

- 1.** La identificació de les diverses tècniques de reglamentació de les situacions privades internacionals i la contextualització dins del sistema de fonts.
- 2.** La comprensió de les raons de l'existència d'una pluralitat de tècniques de reglamentació i la funcionalitat de cadascuna.
- 3.** La distinció entre les tècniques de reglamentació del sector del dret aplicable i les normes que regulen la competència judicial internacional i el reconeixement i l'execució de resolucions estrangeres.
- 4.** El coneixement de l'estructura i el mecanisme de funcionament de les normes de conflicte.
- 5.** La identificació i comprensió dels diversos problemes que es plantegen en el procés d'aplicació de les normes de conflictes.
- 6.** La comprensió de la singularitat de la presència del dret estranger en el procés civil.
- 7.** El coneixement dels elements bàsics del règim d'al·legació i prova del dret estranger existent en el dret processal civil espanyol.
- 8.** La comprensió de la necessitat d'una solució substitutòria davant la manca de prova del dret estranger en el procediment civil.

# 1. Les tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable

## 1.1. Instruments per a la determinació del dret aplicable

El sector del dret aplicable en dret internacional privat pretén donar resposta a quines són les normes que regulen substantivament les situacions privades internacionals.

Prèviament al tractament dels problemes específics que es plantegen en aquest sector cal fer esment a les següents qüestions:

### a) Relativitat de les solucions DIPr

La determinació de quina és la regulació d'una situació privada internacional es pot realitzar des de la perspectiva reguladora que ofereixen els diversos ordenaments jurídics estatals que s'hi troben connectats; i tant pot ser que aquests ordenaments ofereixin una idèntica solució al cas, com que totes les solucions difereixin.

#### **Exemple: divorci**

Per a determinar quina és la regulació del règim econòmic matrimonial d'un matrimoni entre un francès i una espanyola que resideixen a Mèxic, un jurista francès ho analitzarà des de la perspectiva del DIPr francès, però un jurista espanyol des de la del DIPr espanyol, i un de mexicà des de la del DIPr mexicà; i tant pot succeir que la solució que ofereixen aquests tres ordenaments jurídics al cas sigui la mateixa com que hi hagi tres solucions diferents al problema.

**La perspectiva que nosaltres hem d'utilitzar és la que ofereix l'ordenament jurídic espanyol.**

### b) Fòrum enfront de *iure*

En el mòdul «Competència judicial internacional» s'han analitzat normes, de diferents fonts, que servien per a determinar la competència judicial internacional i els problemes que aquesta determinació de tribunal podria comportar (litispèndia, control d'ofici de la competència, etc.). Eren, per tant, normes de dret processal. De la mateixa manera que en un supòsit intern, distingim les qüestions processals de les substantives, i per exemple diferenciem l'objecte de regulació de la LEC respecte al que es regula en el Codi civil, hem de tenir clara aquesta diferenciació en supòsits de dret internacional privat, i les normes que regulen els diversos sectors del dret internacional privat.

#### **Innexistència d'un ordre jurídic universal**

Una solució ideal per a la regulació de les situacions de tràfic jurídic extern seria l'existència d'un **ordre jurídic universal** per mitjà del qual es donés la mateixa resposta jurídica substantiva des de tots els ordenaments jurídics vinculats amb les situacions internacionals. Ara bé, aquesta proposta reguladora harmonitzada no és a l'abast, ni en la voluntat, de cap legislador estatal.

**Exemple: contracte**

En matèria contractual, haurem de diferenciar entre quin és l'objecte de regulació del Reglament UE 1215/12, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, respecte a l'objecte de regulació del Reglament CE núm. 593/08, sobre llei aplicable a les obligacions contractuals –Roma I–. En matèria de crisis matrimonials, haurem de diferenciar entre el Reglament CE 2201/03 relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental respecte al Reglament UE 1259/10, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i la separació judicial. El nom de les normes ja ens indica quin és el seu objecte regulador.

**Exemple: aliments**

Podrem trobar situacions en què el legislador ha decidit regular en un mateix text normatiu totes les qüestions de dret internacional privat que planteja una determinada temàtica jurídica. En aquests casos, haurem de saber destriar els articles concrets que regulen cada sector DIPr.

El Reglament CE 4/09, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments, fou la primera norma DIPr d'origen UE que va regular de forma complerta tots els sectors DIPr (competència judicial, llei aplicable, reconeixement i execució i cooperació d'autoritats) en matèria d'obligacions d'aliments. La mateixa modalitat reguladora ha seguit el Reglament UE 650/12 en regular les successions *mortis causa*.

**c) Pluralitat de fonts**

En aquest sector del dret internacional privat, ens trobarem novament amb normes provinents de diverses fonts normatives (normes internes, internacionals i normes de la Unió Europea). La solució (determinació del dret aplicable) pot trobar-se tant en el codi civil espanyol, com en un conveni internacional o en un reglament de la UE.

A tota norma jurídica li es predicable un *camp d'aplicació determinat*, i tot sovint aquests àmbits presenten límits difusos i superposats. Aquest problema ja l'havíem vist en el sector de la competència judicial internacional, on per exemple, havíem de destriar entre l'aplicació del Reglament UE 1215/12 o la LOPJ. Aquesta dificultat de delimitació dels àmbits d'aplicació de normes d'un sector DIPr que regula un determinat afer també es presenta en el sector del dret aplicable.

**Exemple: protecció de menors**

La problemàtica de la protecció de menors ha estat profusament regulada a nivell internacional des de diverses perspectives i aspectes concrets. Així tenim la LO 1/96 de protecció jurídica del menor que també incideix en situacions internacionals i la Llei 54/2007, d'adopció internacional, que regula de forma especial les adopcions internacionals. Però també tenim la Convenció de Nova York de 20 de novembre de 1989 sobre els drets dels nens, tractat internacional impulsat per la ONU; o els tractats impulsats per la Conferència de la Haia com el Conveni sobre aspectes civils de la sostracció internacional de menors de 1980, el Conveni sobre competència d'autoritats i la llei aplicable en matèria de protecció de menors de 1961, el Conveni relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional de 1993, i el Conveni relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació judicial en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels nens de 1996; o el Conveni de Luxemburg relatiu al reconeixement i l'execució de decisions en matèria de custòdia de menors de 1980, impulsat pel Consell d'Europa; i també el Reglament CE 2201/03 relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. A vegades diverses d'aquestes normes tindran voluntat de ser aplicades a un mateix supòsit, i la dificultat serà no sols identificar a quin sector DIPr es refereix cada norma, sinó també com destriar, o aplicar conjuntament, dos o més d'aquestes normes que regulen una mateixa problemàtica i sector DIPr.

**Constitució espanyola**

L'article 149.1.8a de la Constitució espanyola estableix la competència exclusiva de l'Estat per regular les normes per a resoldre els conflictes de lleis.



## d) Pluralitat de tècniques de reglamentació

Ens referim a «tècniques de reglamentació» per a identificar les solucions tècnico-jurídiques que el legislador utilitza per donar una resposta reguladora a una situació privada internacional.

Per a la regulació de les situacions privades internacionals, els legisladors utilitzen diverses tècniques legislatives. En alguns casos s'estableixen normes especials que regulin la situació internacional de forma diferent a la interna, en altres es preveu que la situació internacional quedi regulada com si fos una situació interna, i en altres que la situació privada quedi regulada per un dret (l'intern o estranger) amb el qual s'hi troba estretament connectada.

### Exemple: marca UE

El Reglament (CE) núm. 207/2009, del Consell, de 26 de febrer de 2009, regula de forma especial la marca «comunitària» i diferent de la regulació del dret de marques espanyol.

### Exemple: divorci

Pel fet que el demandat hagi fixat la seva residència habitual a Espanya es pot plantejar davant d'un jutge espanyol un litigi en què s'hagi de judicar sobre la dissolució d'un vincle matrimonial i la consegüent dissolució del règim econòmic-matrimonial format per dos cònjuges sirians, que es casaren i tingueren fins aleshores el domicili conjugal a Síria, país on també es troben els immobles que adquiriren en comú durant el matrimoni. Els diversos règims econòmics-matrimonials existents en l'ordenament jurídic espanyol continguts en els diversos drets civils coexistents a l'Estat, no preveuen normes amb vocació de ser aplicables al present supòsit que responguin a les expectatives de les parts. Per això mateix és possible que el règim econòmic d'aquest matrimoni estigui regit pel dret sirianès.

### Exemple: testament hològraf

Per a determinar sobre la validesa formal d'un testament hològraf atorgat a França, el jutge espanyol haurà aplicar, entre d'altres, les normes sobre la matèria vigents a l'estat del lloc on s'ha atorgat el testament (art. 967-980 del Codi civil francès) perquè així li prescriu l'article 1 a) del Conveni sobre conflictes de lleis en matèria de disposicions testamentàries, fet a la Haia el 5 d'octubre de 1961, que Espanya ha ratificat.

En el present tema s'analitzaran les diverses tipologies de normes jurídiques que s'utilitzen per a regular les relacions de tràfic jurídic extern, fent **especial atenció a la norma de conflicte**, tècnica de reglamentació indirecta, singular i específica del dret internacional privat.

## 1.2. Classificació de les tècniques de reglamentació

### 1.2.1. Tècniques directes i indirectes

La classificació essencial de les tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable és la que distingeix entre tècniques **directes** i **indirectes**.

- La tècnica **directa** ofereix una **regulació substantiva** a la situació de tràfic jurídic extern, i respon al mecanisme comú de regulació de la norma jurídica: davant d'un supòsit de fet determinat s'ofereix una solució jurídica directa i immediata. Dins de les tècniques directes, trobarem dos tipus de normes: normes materials imperatives i normes materials especials.

### Conveni de Viena de 1980

El Conveni de les Nacions Unides sobre el contracte de compravenda internacional de mercaderies, fet a Viena l'11 d'abril de 1980, regula directament i substantivament els referits contractes. En el seu article 30, per exemple, s'estableix quines són les obligacions del venedor.

- La tècnica **indirecta** és singular i característica del dret internacional privat. El punt de partida és la presència inicial de diversos ordenaments jurídics potencialment cridats a regular una situació de tràfic jurídic extern. Aquest conflicte de lleis substantives es resol **triant una de les lleis estatals en presència** d'acord amb uns criteris determinats. Es localitza així la situació de tràfic jurídic extern en un determinat ordenament jurídic. La norma representativa de la tècnica indirecta és la norma de conflicte bilateral.

### Conveni sobre llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera, fet a la Haia el 4 de maig de 1971

El Conveni sobre llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera, fet a la Haia el 4 de maig de 1971, conté normes de conflicte per les quals es determina quin dret estatal serà l'aplicable a les accions de rescabament derivades d'accidents de circulació per carretera que presenten elements d'estrangeria, com per exemple un accident ocorregut a Suïssa en el qual un vehicle de matrícula espanyola col·lideix amb un vehicle de matrícula francesa. En els seus articles 3 a 6, es determina simplement quina és la llei aplicable a l'accident de circulació en qüestió, però no regula si la responsabilitat és o no culpable o qui té la càrrega de la prova o quins són els barems per a fixar la indemnització a les víctimes.

## 1.2.2. Unilateralisme enfront de multilateralisme

Un altre element que cal tenir present en l'anàlisi del sistema de dret aplicable en dret internacional privat és la **perspectiva reguladora** que s'empra. Els ordenaments jurídics poden regular les situacions privades internacionals a partir de la delimitació de l'abast d'aplicació territorial i/o personal de les seves pròpies normes jurídiques, és a dir, des d'una perspectiva reguladora **unilateral**.

#### Exemple: contractes

L'article 3 de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, determina que la referida llei no sols s'aplicarà als contractes que es regeixin d'acord amb el dret espanyol, sinó també als que es regeixin d'acord amb legislacions estrangeres quan la part contractual adherent a les condicions generals tingui la seva residència habitual a Espanya i hagi emès la declaració negocial en territori espanyol. De forma **unilateral**, el legislador estén l'aplicació del dret espanyol a supòsits internacionals.

En altres casos, ja no es tractarà de delimitar l'abast d'aplicació de les pròpies normes substantives, sinó que, partint dels vincles que la situació privada internacional presenta amb diferents estats, s'establiran normes que remetin a l'ordenament jurídic (estranger o no) que es creu més apropiat per a regular la situació privada internacional. En aquests supòsits la regulació es realitza des d'una perspectiva **multilateral**, que pretén ser neutra en posar en peu d'igualtat les normes del propi ordenament jurídic en relació a les dels ordenaments jurídics estrangers vinculats amb l'assumpte.

#### Situacions intra i extracomunitàries

La intervenció del legislador comunitari afecta no tan sols el sistema de fonts del dret internacional privat espanyol (vegeu tema 1), sinó també les diverses tècniques de reglamentació ja sigui amb la formulació de normes materials especials per a les situacions intracomunitàries, o amb la creació de normes indirectes o de remissió que distribueixen la competència legislativa dels supòsits en funció de si es tracta de situacions purament internes, intracomunitàries o extracomunitàries.

**Exemple: béns mobles**

El segon apartat de l'article 10.1 del CC estableix que els drets reals sobre els béns mobles quedaran regulats d'acord amb la llei del lloc on es trobin situats. En aquest cas el legislador adopta una perspectiva **multilateral**.

La situació privada internacional també pot regular-se des d'una perspectiva purament **internacional**, per mitjà de tractats internacionals bilaterals o multilaterals que estableixin normes jurídiques específiques.

**Exemple: compravenda internacional**

El Conveni de les Nacions Unides sobre el contracte de compravenda internacional de mercaderies, fet a Viena l'11 d'abril de 1980, regula des d'una perspectiva **internacional**, els referits contractes.

**1.3. La tècnica indirecta: La norma de conflicte**

La situació privada internacional es caracteritza per l'existència d'un element d'estrangeria que comporta que els diferents ordenaments jurídics en presència connectats amb la situació hi tinguin una vocació reguladora. Les tècniques indirectes (identificables amb la norma de conflicte) ofereixen una solució reguladora per a la situació de tràfic jurídic extern que es centra en establir un criteri de connexió entre la situació privada i un ordenament jurídic que serà el que regularà materialment l'assumpte. L'adjectiu d'indirecta ens indica que no trobarem la solució substantiva en la mateixa norma, que limitarà la seva actuació a **determinar quin dels diversos ordenaments jurídics** connectats amb la situació **esdevé aplicable**.

**Lex causae enfront lex fori**

La *lex fori* és el dret de l'òrgan judicial que coneix d'un assumpte; mentre que la *lex causae* és el dret que s'aplica per a resoldre un assumpte. Si l'òrgan judicial aplica el seu propi dret, la *lex causae* coincideix amb la *lex fori*.

**1.3.1. Estructura de la norma de conflicte**

L'estructura d'una norma de conflicte és senzilla i es compon de tres elements:

a) **Supòsit de fet**, que està format per conceptes o categories jurídiques més o menys concrets (efectes del matrimoni, filiació, drets reals, capítols matrimonials, etc.).

**La responsabilitat civil extracontractual**

Històricament, la regulació de la **responsabilitat civil extracontractual** es realitzava, en essència, a partir d'una sola norma de conflicte, l'article 10.9 CC, que conté com a punt de connexió el lloc on s'hagués comès l'il·lícit civil (*lex loci delicti commissi*). Aquest únic punt de connexió es revelava del tot insuficient per atendre les necessitats reguladores del conjunt heterogeni de supòsits que es poden subsumir en el sector de les obligacions extracontractuals (productes defectuosos, accidents de trànsit, actes de competència deslleial, il·lícits mediambientals, atemptats contra els drets de la personalitat, etc.). A finals dels anys vuitanta, Espanya va ratificar dos convenis internacionals: Conveni sobre llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera, fet a La Haia el 4 de maig de 1971 i Conveni sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes, fet a la Haia el 2 d'octubre de 1973, establint normes de conflicte molt més desenvolupades, complexes i precises, amb punts de connexió acumulatius i alternatius i clàusules d'excepció. L'any 2007 i ja en el marc de la Unió Europea es va aprovar el Reglament (CE) número 864/2007, del Parlament Europeu i del Consell d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals (Roma II), que igualment conté normes de conflicte més concretes i flexibles, i que atorga definitivament un rol purament residual a l'article 10.9 del Codi civil en la regulació de les obligacions extracontractuals.

**Tendència a la especialització**

La tendència dels darrers anys ha estat la creació de normes de conflicte amb supòsits de fet cada cop més concrets i especialitzats. La determinació de la llei aplicable a les obligacions extracontractuals és molt il·lustrativa a aquests efectes.

b) **Punt de connexió**, que són les circumstàncies que expressen un vincle entre la situació privada internacional i un ordenament jurídic determinat (nacionalitat, residència habitual, lloc on es produeix un determinat fet, etc.).

c) **Conseqüència jurídica**, que serà l'aplicació de les normes de l'ordenament jurídic vinculat amb el supòsit de fet per mitjà del punt de connexió.

#### **Exemple: aliments**

L'article 3.1 del Protocol sobre llei aplicable a les obligacions d'aliments, fet a la Haia el 23 de novembre de 2007, disposa: «Norma general sobre la llei aplicable.- Les obligacions d'aliments es regiran per la llei de l'estat de residència habitual del creditor, llevat que aquest protocol disposi altra cosa».

En aquesta norma de conflicte el supòsit de fet és «les obligacions d'aliments» (categoria jurídica); el punt de connexió és la residència habitual del creditor d'aliments; i la conseqüència jurídica serà l'aplicació del dret que es correspongui amb la residència habitual del creditor d'aliments. Així si un jutge espanyol coneix d'una reclamació d'aliments a favor d'un fill amb residència habitual a Alemanya contra el seu pare, aquest jutge haurà d'aplicar el dret alemany.

La formulació d'una norma de conflicte és, en essència, bilateral o, millor dit, multilateral.

Davant la presència d'una situació de tràfic jurídic extern que presenta vincles amb diferents ordenaments jurídics, la norma de conflicte, per mitjà dels punts de connexió que té, **determina el dret aplicable a la situació**. Així doncs, l'accent en la regulació es troba en la situació privada internacional i en les connexions que la vinculen amb diversos ordenaments jurídics.

#### **Activitat 1**

A partir de la lectura de l'article 4.3. del Reglament CE núm. 593/2008, (Roma I), i l'article 4.3 del Reglament CE núm. 864/2007, (Roma II), responeu les següents preguntes:

- Quan actuen les clàusules d'excepció recollides en els referits articles?
- En quines altres disposicions dels referits reglaments, s'empra l'expressió vincles més estrets i per què?

#### **Normes de conflicte unilaterals**

Quan la norma de conflicte sols designa com a aplicable el propi ordenament, parlem de normes de conflicte unilateral. En aquests casos l'accent regulador se centra en la determinació de l'abast d'aplicació de l'ordenament jurídic. Un exemple el trobem en l'apartat final de l'article 9.6 CC quan disposa que per a l'adopció de mesures provisionals i urgents de protecció de persones majors d'edat serà aplicable la llei espanyola.

### **1.3.2. Punts de connexió**

#### **a) Tipologies**

L'element que atorga singularitat a la norma de conflicte és el punt de connexió. La tipologia de punts de connexió és variada i és possible efectuar diverses classificacions (fàctics enfront de jurídics, mutables enfront d'immutables, rígids enfront de flexibles, etc.).

Vegem diversos exemples:

- El **lloc de situació de l'immoble** és el punt de connexió previst a l'article 10.1 del Codi civil en regular la llei aplicable als drets reals immobiliaris. Es tracta d'un punt de connexió fàctic, immutable i rígid.
- La **nacionalitat** ha estat el punt de connexió d'ús més freqüent per regular l'estatut personal (article 9.1 del Codi civil). Considerem la nacionalitat un punt de connexió de naturalesa jurídica ja que per a la seva determinació cal recórrer a normes jurídiques: les que regulen el règim jurídic de la nacionalitat. La nacionalitat també és un punt de connexió mutable ja que, al llarg del temps una persona pot canviar de nacionalitat.
- La **residència habitual** és un punt de connexió d'ús en molts sectors jurídics. S'ha considerat a la residència habitual com un punt de connexió fàctic que reflectia una real vinculació entre una persona i un territori, i tot això per contrast amb el vincle jurídic que s'estableix sobre la base de la nacionalitat (qualitat de súbdit d'un estat). També és considerat un punt de connexió mutable.
- **L'autonomia de la voluntat (autonomia conflictual)** també pot actuar com a punt de connexió d'una norma de conflicte. Quan això succeeix parlem d'autonomia conflictual. És el punt de connexió comunament utilitzat en matèria contractual, permetent als contractants determinar el dret aplicable a les seves relacions contractuals.
- Els **vincles més estrets**, la llei més estretament connectada o expressions equivalents són conceptes jurídics que també actuen com a punt de connexió de normes de conflicte. Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que requereix de tot un procés valoratiu per a la seva determinació. Així, per exemple, els articles 4.4, 5.3 i 8.4 del Reglament CE núm. 593/2008, (Roma I), utilitzen el criteri dels vincles més estrets com a punt de connexió i clàusula de tancament per a determinar la llei aplicable a diferents tipologies de contractes.

## b) Estructuració

Més important que les classificacions predicables dels punts de connexió és la **forma en què aquests s'incorporen i s'estructuren** dins les normes de conflicte. L'elecció de quin o quins determinats punts de connexió es recullen en les normes de conflicte és una decisió del legislador, que igualment per raons de política legislativa i la defensa d'uns determinats interessos o d'orientació material del resultat, pot establir normes de conflicte amb un o diversos punts de connexió estructurats de formes variades.

Hi ha normes de conflicte que preveuen **un sol criteri** de localització i altres que en preveuen **diversos**. Quan es preveuen diferents criteris de localització, aquests es poden articular **de forma alternativa** (qualsevol dels criteris de lo-

calització és apte per efectuar la remissió a un ordenament jurídic determinat) o bé **de forma jerarquizada** (únicament en les hipòtesis que el primer criteri esdevingui inoperant s'analitzarà el segon i així successivament).

### **Exemple punts de connexió simple**

L'article 101 de la Llei 19/1985, de 16 de juliol, canviària i del xec, estableix que els terminis per a l'exercici de les accions de retorn es determinaran per a tots els signataris per la llei del lloc on es va emetre la lletra. En aquest cas la norma sols conté **un criteri** de localització que s'expressa amb el punt de connexió lloc d'emissió de la lletra.

### **Exemple punts de connexió agrupats**

L'article 4 del Conveni sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes, fet a la Haia el 2 d'octubre de 1973, preveu un sol criteri localitzador consistent en què es doni una determinada **combinació o agrupació de punts de connexió**. Segons el referit article, per a determinar la llei aplicable a la responsabilitat per productes, caldrà que l'estat del lloc on s'hagi produït el dany coincideixi: a) o bé, amb l'estat del lloc de residència habitual de la persona directament perjudicada; b) o bé, amb l'estat del lloc on es trobi l'establiment principal de la persona a qui s'imputa la responsabilitat; c) o bé, amb l'estat del lloc on el producte ha estat adquirit per la persona directament perjudicada. Els articles 5, 6 i 7 del referit conveni també preveuen normes de conflicte que s'hauran d'analitzar conjuntament amb l'article 4 per a determinar finalment la llei aplicable a qualsevol supòsit.

### **Exemple punts de connexió jerarquizats**

L'article 9.2 CC, norma de conflicte que regula els efectes del matrimoni, preveu fins a quatre criteris localitzadors que sols actuen en defecte que el precedent sigui inoperant, amb un sistema jerarquizat de punts de connexió que actuen subsidiàriament en defecte del previst amb anterioritat. El referit article disposa: «Els efectes del matrimoni es regiran per la Llei personal comú dels cònjuges al temps de contreure'l, **en defecte d'aquesta Llei**, per la Llei personal o de la residència habitual de qualsevol d'ells, escollida per tots dos a document autèntic atorgat abans de la celebració del matrimoni, **a falta d'aquesta elecció**, per la Llei de la residència habitual comuna immediatament posterior a la celebració, i, **a falta d'aquesta residència**, per la del lloc de celebració del matrimoni».

### **Exemple punts de connexió alternatius**

L'article primer del Conveni sobre els conflictes de llei en matèria de forma de les disposicions testamentàries, fet a la Haia el 5 d'octubre de 1961, conté una norma de conflicte per a regular la validesa quant a la forma de les disposicions testamentàries amb punts de connexió alternatius. Aquesta norma de conflicte estructura de forma alternativa diversos punts de connexió per afavorir un determinat resultat material que és la validesa formal de les disposicions testamentàries. El referit article disposa:

«Una disposició testamentària serà vàlida pel que fa a la forma si aquesta respon a la llei interna:

- a) del lloc en què el testador va fer la disposició, o
- b) de la nacionalitat posseïda pel testador, sigui en el moment en què va disposar, sigui en el moment de la seva mort, o
- c) del lloc en el qual el testador tenia el seu domicili, sigui en el moment en què va disposar, sigui en el moment de la seva mort, o
- d) del lloc en el qual el testador tenia la seva residència habitual, sigui en el moment en què va disposar, sigui en el moment de la seva mort, o
- e) pel que fa als immobles, del lloc on estiguin situats».

### **Exemples de normes de conflicte materialment orientades**

En les obligacions d'aliments entre parents, la localització de la institució en un ordenament jurídic es realitza d'acord amb la «nacionalitat» o «residència habitual» dels implicats. Però un ús simple d'aquests punts de connexió pot comportar que la llei finalment aplicable no concedeixi el dret d'aliments a la persona que els reclama. Per tal d'afavorir l'obtenció dels aliments en el procés de determinació de la llei aplicable, les normes de conflicte que regulen aquesta matèria es redacten de forma materialment orientada, amb diversos punts de connexió que intervenen o no en funció de si s'assoleix el resultat

desitjat, que és el de facilitar l'obtenció d'aliments. Vegeu els articles 4 i següents del Conveni sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries, fet a la Haia el 2 d'octubre de 1973; o el Protocol de la Haia sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries de 23 de novembre de 2007.

En relació amb l'article 9.4 CC, la sentència del Tribunal Suprem, sala primera, de 17 d'abril de 2018 (recurs 2058/2017), estableix:

«La redacció del art. 9.4 CC introducida por la citada Ley 26/2015 no solo fija la norma de conflicto con atención exclusiva en el hijo, sino que además potencia el favor *filii*, al incluir tres puntos de conexión ordenados en cascada: ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación; ley nacional del hijo; y, finalmente, la ley material española si esa ley no permite determinar la filiación o si el hijo carece de residencia habitual y de nacionalidad.

Se trata, por tanto, de **una norma materialmente ordenada** ya que, además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación.»

A més a més, la norma de conflicte pot contenir **clàusules escapatòries o d'excepció**. Es tracta d'autèntiques normes de conflicte amb punts de connexió flexibles que esdevenen aplicables únicament en el cas que les normes de conflicte que prèviament s'han emprat no hagin satisfet determinats requisits de vinculació entre el supòsit de fet i la conseqüència jurídica.

### Activitat 2

En relació a les normes de conflicte recollides en el present apartat:

- Per què s'exigeix una agrupació dels punts de connexió en l'article 4 del Conveni sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes, fet a la Haia el 2 d'octubre de 1973?
- Què es pretén amb l'ordenació jeràrquica dels punts de connexió de l'article 9.2 CC?
- Poden haver-hi normes de conflicte materialment orientades amb punts de connexió jerarquitzats?

### Activitat 3

Quina naturalesa té el punt de connexió «país en el qual el mercat resulti o pugui resultar afectat» contingut a l'article 6.3a) del Reglament CE núm. 864/2007 (Roma II)?

## 1.4. La tècnica directa: normes materials

La regulació directa, substantiva, d'una situació de tràfic jurídic extern és fa a través de normes materials que poden ser de dos tipus: imperatives i especials.

### 1.4.1. Normes materials imperatives

Les **normes materials imperatives** són normes substantives de l'ordenament jurídic espanyol que fonamenten la seva aplicació en la protecció dels principis i valors essencials de l'ordenament jurídic espanyol.

#### Clàusules escapatòries o d'excepció

Per exemple, l'article 8.4 del Reglament CE núm. 593/2008, (Roma I), estableix dins de la regulació de la llei aplicable al contracte individual de treball la següent clàusula de tancament: si del conjunt de circumstàncies es desprèn que el contracte presenta vincles més estrets amb un país diferent de l'indicat en els apartats 2 o 3, s'aplicarà la llei d'aquest altre país. Aquesta clàusula provoca que si els punts de connexió emprats en la localització de la llei aplicable a un contracte individual de treball no comporten l'aplicació de la llei més estretament vinculada al contracte, es descarti aquesta llei i s'apliqui finalment la llei del país més estretament vinculat al contracte.

L'article 8.1 CC estableix el principi d'aplicació territorial de les lleis penals, de policia i de seguretat pública. Aquest principi d'aplicació territorial de les normes abasta, en primer lloc les normes de dret públic (administratiu, penal, fiscal, etc.) i es justifica per la naturalesa mateixa de les disposicions referides, per les situacions i fets que regulen (en essència, relacions entre l'estat i els particulars), i per l'exercici del poder sobirà dels estats en el seu territori. Els problemes d'aplicació territorial que es poden plantejar en relació amb aquestes normes es presenten en els casos en què cal determinar quan un fet, situació o negoci jurídic ha ocorregut en territori espanyol, i no és difícil trobar casos en què els normes de dret públic espanyol s'apliquen a fets ocorreguts fora del territori espanyol.

### Exemple

La llei 35/2006, de 28 de novembre, d'impost de la renda de les persones físiques, sotmet també a gravamen les rendes obtingudes a l'estranger per residents a Espanya.

L'abast material de l'article 8.1 CC no es limita a les normes de dret públic; o en altres paraules, la distinció entre normes de dret públic i dret privat, de límits difusos i no exempta de discussió, no ofereix la millor perspectiva per a interpretar l'article referit. L'article 8 CC és el primer article del capítol quart del títol preliminar, que rep el nom de «Normes de dret internacional privat» (art. 8 a 12), on es recullen, en essència, normes de conflicte. Així doncs, si partim de la ubicació sistemàtica de l'article 8, la determinació del seu abast material implicarà totes aquelles normes que, per unes raons determinades, exclouen el joc de les normes de conflicte i de l'aplicació potencial del dret estranger a les situacions privades internacionals.

La jurisprudència i la doctrina s'han referit a aquest conjunt de normes amb expressions com *normes d'ordre públic*, *lleis de policia*, *lleis d'aplicació immediata o necessària*, *normes internacionalment imperatives* o *normes materials imperatives*, essent la seva característica essencial que s'apliquen a qualsevol supòsit de fet, fins i tot a situacions privades internacionals, que es trobi dins del seu àmbit d'aplicació material.

L'aplicació de les normes materials imperatives no es justifica tant en la vinculació territorial de l'assumpte, sinó més aviat en la defensa dels interessos públics, d'ordre polític social i econòmic, fent cas omís dels elements d'estrangeria que es presentin. Ara bé, la defensa dels interessos públics es fa més palesa, intensa i necessària a mesura que l'assumpte es troba més estretament vinculat amb el territori espanyol.

### Exemple

L'article 1 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, determina el seu àmbit d'aplicació a favor de tots els menors que es trobin en territori espanyol. Així, per exemple, els articles 3 a 9 d'aquesta llei estableixen una llista de drets del menor, que seran imperativament aplicables a les totes les situacions jurídiques que

### Lleis de policia

L'article 9.1 del Reglament Roma I ha establert una definició acurada de les anomenades *lleis de policia* en l'àmbit contractual, que diu:

«Una llei de policia és una disposició l'observança de la qual un país considera essencial per a la salvaguarda dels seus interessos públics, com ara la seva organització política, social o econòmica, fins al punt d'exigir-ne l'aplicació a tota situació compresa dins del seu àmbit d'aplicació, qualsevol que fos la llei aplicable al contracte segons el present Reglament.»

Aquesta definició és perfectament extrapolable a qualsevol sector de l'ordenament jurídic.



afectin a un menor estranger que es trobi en territori espanyol, fins i tot si el supòsit quedés regulat a l'empara de la llei nacional del menor.

#### Activitat 4

Procediu a la lectura de la Sentència del TJUE de 8 de novembre de 2000, C-381/98, Ingmar, i contesteu les preguntes següents:

- 1) Quins són els preceptes que el TJUE considera d'aplicació necessària malgrat que el contracte quedi regit per un dret estranger escollit per les parts?
- 2) Per quin motiu són imperatius aquests preceptes?
- 3) Són sempre d'aplicació aquests preceptes? Cal alguna vinculació amb el territori comunitari? Per què?

El creixent intervencionisme de l'Estat en la regulació de l'activitat econòmica i les relacions privades, justificat en la protecció de determinats valors o interessos, ha comportat un increment d'aquest tipus de regulació. Així, per exemple, en l'àmbit del dret del consum o dret del treball trobem normes imperatives de protecció de la part contractual feble. És essencial determinar, en cada cas i segons la interpretació teleològica, quin és l'abast d'aplicació exacte de la norma. A vegades aquest problema és fàcil de resoldre perquè el legislador s'ha preocupat d'indicar expressament a quins supòsits de tràfic jurídic extern s'estén l'aplicació de la norma imperativa.

En altres situacions, però, l'aplicació d'una norma imperativa no és tan evident, i requereix fer un procés interpretatiu per a determinar si una norma concreta és imperativa per a un supòsit de tràfic jurídic extern. Finalment, també es donen casos en què l'aplicabilitat o no d'una norma imperativa del fòrum està condicionada pel fet si amb aquesta s'aconsegueix un determinat objectiu material.

#### Normes d'extensió

L'article 3.1. de la Llei 45/1999, de 29 de novembre, sobre desplaçament de treballadors en el marc d'una prestació de serveis transnacional, norma de transposició de la Directiva 96/71/CE, estableix l'aplicació de tota una llista de condicions laborals contingudes en el dret espanyol, a favor d'aquells treballadors que es desplacin temporalment a Espanya per treballar-hi, amb independència de si la legislació aplicable al contracte de treball fos un dret estranger. En aquest aspecte ens trobem davant d'una **norma d'extensió** que delimita l'abast d'aplicació del dret espanyol, fent excepció a la norma general que regularia el dret aplicable a la relació laboral. La raó de política legislativa per a l'aplicació del dret espanyol a les condicions laborals dels treballadors desplaçats temporalment a Espanya és preservar la protecció dels treballadors; a més el supòsit presenta una forta vinculació amb Espanya: la prestació del treball es du a terme en territori espanyol. Ara bé, l'article 3.5 de la norma referida indica que si les condicions laborals previstes en la legislació estrangera aplicable al contracte de treball fossin més favorables al treballador, aquestes seran d'aplicació preferent. Així doncs, les condicions laborals previstes en la legislació espanyola actuaran com a norma de mínims, i finalment no esdevindran aplicables si s'assoleix més grau de protecció amb l'aplicació del dret estranger que sigui aplicable al contracte laboral.

#### Article 1265 CC

És l'article 1.265 CC una norma material imperativa, aplicable també als contractes internacionals? Aquest article sanciona amb la nul·litat el consentiment contractual que s'hagi emès per error, violència, intimidació o dol, i consagra un dels principis essencials de la regulació dels contractes contingut en l'ordenament jurídic espanyol, principi que no podrà claudicar en l'anàlisi de qualsevol contracte, intern o internacional, que dugui a terme un jutge espanyol.

#### L'excepció d'ordre públic

Les normes materials imperatives, com a tècnica de regulació de les situacions privades internacionals, suposen descartar *ab initio* el joc de normes de conflicte. En canvi, com es veurà més detingudament en l'apartat següent, en el procés d'aplicació del dret estranger com a resultat de la remissió efectuada per una norma de conflicte, pot succeir que s'excepcioni l'aplicació del dret estranger que ha estat cridat per la norma de conflicte per la vulneració que representaria de principis i valors essencials de l'ordenament mateix. En aquests supòsits parlem de **l'excepció d'ordre públic** (Vegeu apartat 2.7.).

## 1.4.2. Normes materials especials

Les anomenades **normes materials especials** són les que regulen de manera directa i específica situacions privades internacionals, i si escau, ho fan d'una manera diferenciada de la prevista per a les situacions purament internes. És a dir, són normes específicament pensades per a regular situacions privades internacionals, que incorporen en la formulació del seu supòsit de fet l'element d'estrangeria.

Hi ha situacions, fets o negocis jurídics únicament plantejables en una dimensió internacional (importació i exportació de productes, inversions estrangeres, control de canvis, etc.). La regulació d'aquestes matèries necessàriament s'articula segons normes específiques. Hi ha també situacions, fets o negocis jurídics que es poden trobar connectats amb un o amb diversos ordenaments jurídics (per exemple, compravenda de mercaderies, adopció, etc.), i a la qual, malgrat tractar-se de la mateixa realitat jurídica, l'ordenament jurídic dóna una resposta diferent en funció de si es tracta d'una situació interna o internacional. La raó d'aquest diferent tractament es troba en les necessitats reguladores diferents i específiques que presenta la situació a escala internacional. La vocació internacional d'aquestes normes també es manifesta en el seu origen, ja que la majoria d'aquestes són fruit d'acords subscrits entre estats, és a dir, es troben en els convenis internacionals, però això no exclou que també hi hagi normes materials especials d'origen intern.

### **Exemple: Conveni CMR**

El Conveni CMR, relatiu al contracte de transport internacional de mercaderies per carretera, fet a Ginebra el 19 de maig de 1956 (BOE 7 de maig de 1974) i modificat pel protocol fet a Ginebra el 5 de juliol de 1978 (BOE 18 de desembre de 1982) regula de manera substantiva i directa el contracte de transport internacional de mercaderies per carretera, entès com el transport en el qual el lloc de càrrega i el de destinació es troba en diferents països. Aquest tractat internacional, promogut des de les Nacions Unides, pretén donar resposta a les necessitats reguladores específiques del transport internacional.

### **Exemple: Llei 54/07, d'adopció internacional**

Els articles 10 a 13 de la Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional, regulen de manera substantiva la capacitat i requisits per a l'adopció internacional. Es tracta de normes materials especials d'origen intern.

## 1.5. Interrelació entre les tècniques de reglamentació

### 1.5.1. Tècniques de reglamentació i fonts del Dret

Les diferents tècniques de reglamentació que s'han analitzat es poden presentar indiferentment en les diferents fonts del dret internacional privat (reglaments de la UE, convenis internacionals, lleis internes), essent necessari tenir present aquesta doble perspectiva (font jurídica i tècnica reguladora) en l'anàlisi i interpretació jurídica que es faci. Aquesta pluralitat no és una característica pròpia i singular del dret internacional privat espanyol, sinó compar-

tida majoritàriament per la resta d'ordenaments jurídics, i respon a la necessitat de satisfer de forma ponderada els **diversos interessos presents en les situacions de tràfic jurídic extern**. En primer lloc, trobem els interessos dels particulars de preservar els nexes amb l'ordenament jurídic respecte el que hi puguin tenir una vinculació sociocultural, expectativa que es pot mantenir amb el recurs a les normes de conflicte; en segon lloc, l'estat també té necessitat de protegir els interessos en què estructura l'ordre socioeconòmic així com els principis bàsics de funcionament del mateix ordenament jurídic, fet que es pot assolir amb el recurs a normes imperatives; finalment, els operadors en el comerç internacional també reclamen que es protegeixi la continuïtat de les relacions jurídiques més enllà de les fronteres estatals, satisfent aquesta necessitat el recurs a normes especials o uniformes.

### **Comerç internacional**

Existeixen sectors del comerç internacional en els quals s'ha assolit un alt grau d'integració normativa a causa de l'impuls dut a terme pels mateixos operadors. Exemple d'aquesta realitat el trobem en la Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, fet a Viena l'11 d'abril de 1980, tractat multilateral ratificat per nombrosos estats que regula de forma específica i uniforme el contracte de compravenda internacional de mercaderies; o la mateixa realitat del dret marítim, dret especial de vocació internacional format per un conjunt de diverses i heterogènies normes jurídiques que pretén donar resposta a les específiques necessitats que plantegen els fets o negocis jurídics que succeeixen en els mars.

#### **Exemple: aliments**

Exemple paradigmàtic d'aquesta complexitat ens el dona l'article 9 del Reglament (CE) núm. 4/2009 del Consell de 18 de desembre de 2008, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials i la cooperació en matèria de les obligacions d'aliments, que regula la llei aplicable a les obligacions d'aliments. En aquest cas, el punt de partida és un reglament de la UE, i com a tal li predicarem primàcia dins del sistema de fonts i l'interpretarem d'acord amb els canons del dret de la UE. Però el referit article, l'únic que fa és remetre's a un conveni internacional signat per la Unió Europea i tercers estats, el Protocol sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries, fet a la Haia el 23 de novembre de 2007, que com a norma d'origen internacional haurem d'interpretar i aplicar; i finalment, de la lectura concreta dels articles d'aquest conveni que regulen la determinació de la llei aplicable a les obligacions alimentàries (art. 3 a 5), comprovarem que la tècnica reguladora que s'utilitza és indirecta, consistent en normes de conflicte.

### **1.5.2. Concurrència de tècniques de reglamentació en un text normatiu.**

Es donen supòsits en què diverses tècniques de reglamentació conflueixen per a regular una determinada situació jurídica, obligant el jurista a fer un esforç per a determinar l'exacte abast d'aplicació de cada norma jurídica.

#### **Exemple: Llei 54/2007 d'adopció internacional**

Un exemple d'ús combinat de diverses tècniques de reglamentació el trobem en la Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional. L'increment de les adopcions internacionals va motivar la necessitat d'establir una regulació molt més acurada i precisa de la matèria que es va articular fora del Codi civil i per mitjà d'una llei especial. Pel que respecta als aspectes de llei aplicable i tècniques de reglamentació, aquesta llei conté normes materials especials, com per exemple les que regulen la capacitat i requisits per a l'adopció internacional (art. 10 a 13), així com també normes de conflicte, tant unilaterals com bilaterals (art. 14 a 24).

### 1.5.3. Interdependència en l'aplicació de normes que utilitzen tècniques de reglamentació diferents

En determinades situacions, l'aplicació de les normes materials especials pot ser directa i independent, o indirecta i dependent de la prèvia aplicació d'una norma de conflicte que en determina la seva aplicabilitat. En aquest segon cas, el procés d'aplicació s'inicia a partir d'una norma de conflicte que, sobre la base dels punts de connexió que preveu, determina si l'ordenament jurídic espanyol és aplicable. Sols en el cas que això sigui així, es procedeix a l'aplicació de la norma material especial continguda en l'ordenament jurídic espanyol.

#### Exemple d'aplicació dependent

En el supòsit que la compravenda es realitzés entre un venedor amb establiment a Espanya i un comprador establert a Iran, no podríem aplicar directament la referida convenció ja que Iran no és un estat ratificant. En aquest cas per a determinar la llei aplicable al contracte, ens haurem de remetre als articles 3 i 4.1.a) del Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I) (articles que responen a la **tècnica de reglamentació indirecta, normes de conflicte**), i si dels referits articles en resulta que esdevé aplicable el dret espanyol, es donaria la circumstància que finalment aplicaríem la referida Convenció de les Nacions Unides ja que en el seu article 1.1.b) s'estableix com a segon criteri d'aplicabilitat que «les normes de dret internacional privat prevegin l'aplicació de la llei d'un estat contractant», i Espanya és un estat contractant. En aquesta segona hipòtesi l'aplicació de la norma material especial (Convenció de les Nacions Unides) s'ha fet dependre d'una norma de conflicte (Reglament CE núm. 593/2008).

#### Exemple d'aplicació independent

En el supòsit que s'hagi de determinar el règim jurídic d'una compravenda de mercaderies realitzada entre un venedor que té el seu establiment a Espanya i un comprador que el té a Austràlia, aplicarem directament la Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, fet a Viena l'11 d'abril de 1980 (BOE 30 de gener de 1991) (conveni que respon a la **tècnica de reglamentació directa, normes materials especials**), ja que es compleix el requisit d'aplicació previst en el seu article 1.1.a) que disposa que cal que els establiments de les dues parts contractuals es trobin en estats ratificants del tractat, i tant Espanya com Austràlia són estats ratificants.

## 2. Problemes d'aplicació de les normes de conflicte

L'aplicació de les normes de conflicte pot donar lloc a diferents problemàtiques o plantejar qüestions que cal resoldre **prèviament** a la seva aplicació. Aquests problemes sorgeixen, en essència, quan la norma de conflicte continguda en l'ordenament jurídic espanyol remet a un ordenament jurídic estranger per a regular l'assumpte.

### 2.1. La qualificació i el conflicte de qualificacions

La **qualificació** és un procés per mitjà del qual es relaciona un fet, acció, document o pretensió jurídica amb el supòsit de fet d'una norma per a determinar-ne l'aplicació.

#### Exemples

El registrador de la propietat qualifica si el document que se li presenta conté un dret real susceptible d'inscripció registral; el jutge civil qualifica si la pretensió jurídica configurada en base als fets, *causa petendi i petitum* d'una demanda, s'ha de resoldre segons la responsabilitat contractual o extracontractual; o el notari qualifica si una persona té capacitat legal per a atorgar testament. Totes les operacions que s'acaben d'esmentar són d'interrelació/subsunció d'un element (fet, acció, document, pretensió jurídica) respecte d'un altre (supòsit de fet d'una norma jurídica).

En la major part dels casos la qualificació és un procés mecànic que no presenta complicacions. Hi haurà altres situacions, però, en les quals la realitat per qualificar no es troba regulada expressament en l'ordenament jurídic (per exemple, *fidúcia cum amico*), o en les quals la categoria jurídica prevista en l'ordenament presenta límits difusos (per exemple, responsabilitat contractual *versus* responsabilitat extracontractual).

#### Exemple: *fidúcia cum amico*

El Sr. Casto, cubà resident a Miami, va transmetre la totalitat dels seus béns immobles situats a Espanya al Sr. Purto, espanyol resident a Lugo, amb el compromís de retornar-los quan el Sr. Casto ho manifestés així. La transmissió es va simular com a compravenda, malgrat que la causa real del negoci jurídic no era la transmissió de la propietat sinó evitar que el Sr. Casto figurés com a propietari formal dels immobles i així eludir mesures de constrenyiment fiscal que el govern dels EUA volia dur a terme contra els seus béns; així mateix tampoc no es va pagar el preu consignat en la compravenda. Al cap dels anys, i solucionats els problemes fiscals el Sr. Casto insta davant dels tribunals espanyols una acció judicial contra el Sr. Purto per recuperar la propietat dels seus béns. En aquest cas es produirà un problema en la qualificació del negoci jurídic subscrit realment, una *fidúcia cum amico*, que afectarà la determinació de les normes concretes aplicables al cas.

Quan l'operació de qualificació es planteja a l'hora de **seleccionar la norma de conflicte** que s'ha d'utilitzar per a determinar el dret aplicable a la situació privada internacional, els problemes poden sorgir perquè el supòsit de fet de les normes de conflicte es troben configurats per categories jurídiques més o menys concretes.

#### Article 12 Codi civil

El sistema autònom de dret internacional privat espanyol, ha regulat el gros dels problemes d'aplicació de les normes de conflicte en diversos apartats de l'article 12 del Codi civil (qualificació -12.1-, reenviament -12.2-, excepció d'ordre públic -12.3-, frau a la llei -12.4- i remissió a un sistema plurilegislatiu -12.5). Ara bé, l'article 12 del Codi civil sols és d'aplicació quan es tracta de resoldre problemes d'aplicació de normes de conflicte dictades pel legislador intern. Els reglaments de la UE i els convenis internacionals ja preveuen disposicions específiques per a resoldre els problemes d'aplicació de les seves normes de conflicte; solucions que poden coincidir o no, amb les contingudes a l'article 12 CC.

### **Exemple: reclamacions de quantitat en raó de necessitats econòmiques de cònjuge supervivent**

Els ordenaments jurídics, l'espanyol inclòs, contenen figures jurídiques variades i heterogènies per a donar resposta a les situacions de necessitat econòmica que pot tenir un cònjuge quan es produeix la defunció de l'altre cònjuge (quarta viudal, pensió compensatòria, ...). Aquestes figures jurídiques es poden subsumir en diferents sectors de dret privat: successions, liquidació del règim econòmic matrimonial o aliments. En el dret internacional privat espanyol, la determinació del dret aplicable en aquests tres sectors es regula, en essència, en normes diferents: el Reglament UE 650/12 per a successions, el Reglament UE 1103/16 per a règims econòmics matrimonials i el Protocol de la Haia del 2007 per a aliments. Aquests textos normatius utilitzen normes de conflicte que contenen punts de connexió diferents (darrer domicili causant, darrera residència habitual comuna del matrimoni, autonomia de la voluntat, residència habitual del creditor d'aliments, etc.).

Així doncs, en un supòsit internacional, la qualificació del que exactament reclami el cònjuge necessitat esdevé determinant. Imaginem un cas en el que el cònjuge que mor va tenir el darrer domicili a Espanya, però en ús de l'autonomia de la voluntat van pactar que les relacions patrimonials dels cònjuges es regirien pel dret francès i la residència habitual actual del cònjuge supervivent és a Suïssa. La qualificació que es faci de la reclamació de quantitat que es formuli decidirà la norma de conflicte aplicable i conseqüentment el dret finalment aplicable al cas: espanyol, francès o suís.

D'altra banda, gran part dels problemes de qualificació en el dret internacional privat es produeixen quan l'element per qualificar és **una institució jurídica estrangera, desconeguda per l'ordenament jurídic espanyol**. Això es pot plantejar no sols en supòsits en els quals la qualificació es fa per a seleccionar la norma de conflicte aplicable al cas, sinó també en altres casos desvinculats del procés d'aplicació d'una norma de conflicte.

### **Exemple: tutela temporal del dret neerlandés**

En el cas resolt per la sentència del TS de 21 de juny de 1991, es plantejava com a pretensió jurídica la constitució d'una **tutela temporal**, figura prevista en el dret holandès, sobre una menor resident a Espanya. La figura de la tutela temporal no es troba recollida en l'ordenament jurídic espanyol, i la primera qüestió que s'havia de resoldre era informar-se sobre les característiques i contingut de la relació jurídica que es pretenia crear (tutela temporal del dret holandès). Per aquesta raó, el tribunal hagué d'interpretar la pretensió jurídica que es formulava d'acord amb el dret holandès i s'arribà a la conclusió que la institució holandesa guardava estretes similituds funcionals amb la figura de l'acolliment familiar continguda en l'ordenament jurídic espanyol. Coneguda la pretensió, el segon procés era subsumir-la en una de les normes de conflicte de l'ordenament espanyol, i la que més hi esqueia era la de l'article 9.6 del Codi civil, que tenia com supòsit de fet «la tutela i demés institucions de protecció de l'incapaç». La conseqüència jurídica resultant era l'aplicació la llei nacional de l'incapaç, en el cas concret del dret holandès.

## **2.1.1. Solucions a la qualificació. L'article 12.1 CC**

### **a) Qualificació *lege fori***

L'article 12.1 CC disposa:

«La qualificació per a determinar la norma de conflicte aplicable es farà sempre d'acord amb la llei espanyola.»

Aquest article ofereix la pauta per a dur a terme l'operació de qualificació a fi d'establir quina de les normes de conflicte del sistema espanyol és la que s'ha d'aplicar.

En la interpretació i comprensió dels conceptes i categories que figuren en els supòsits de fets de les normes de conflicte espanyoles, utilitzarem els conceptes i criteris que ens ofereixen les lleis espanyoles.

Així doncs, d'acord amb l'article 12.1 CC, en el procés de qualificació per a determinar l'aplicació d'una norma de conflicte, l'atribució d'una determinada categoria o naturalesa jurídica a una realitat (acció, document, pretensió jurídica, ...) es fa partint de les categories jurídiques de l'ordenament mateix; és a dir, *ex lege fori*. Aquest recurs és una exigència lògica de l'ordenament jurídic espanyol, incloses les normes de dret internacional privat, que reclama ser analitzat de manera conjunta i unitària, com requereix tot **sistema** jurídic.

### Exemple: efectes del matrimoni

Per a interpretar i determinar el sentit del supòsit de fet de l'article 9.2. CC, «efectes del matrimoni», recorrerem als articles 66 i seg. del CC, per a identificar els efectes personals; i als articles 1.315 i seg. del CC i als altres drets civils espanyols existents, per a identificar els efectes patrimonials que es produeixen en la celebració d'un matrimoni.

### b) Qualificació autònoma

No obstant això, la coherència sistemàtica que es postula no ha d'excloure que s'hagin de tenir en compte les exigències i finalitats particulars del **sub-sistema** que representa el dret internacional privat i que és la regulació de les heterogènies situacions de tràfic jurídic extern. Així, per exemple, les normes de conflicte presents en convenis internacionals i reglaments de la UE requereixen que les operacions d'interpretació i qualificació s'ajustin a la font normativa on s'insereixen, i no és pertinent recórrer exclusivament a les categories i institucions jurídiques de l'ordenament jurídic intern. En aquests casos una pura qualificació *ex lex fori* resulta inadequada i s'opta per una **interpretació/qualificació autònoma** dels conceptes i categories, que s'ajusta als canons d'interpretació i aplicació de la norma i al caràcter heterogeni de la situació que es regula.

### Pensió compensatòria

La sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 25 de setembre de 2018 (recurs núm. 1218/2018) ofereix un exemple interessant de qualificació autònoma, tot subsumint la reclamació de pensió compensatòria en la norma de conflicte que regula els aliments:

«La competencia para conocer de la prestación compensatoria la determina el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos cuyo ámbito objetivo viene establecido en el artículo 1 que dispone que «El Reglamento es aplicable a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad». El concepto de alimentos en Derecho Internacional es más amplio que el concepto de alimentos de nuestro Derecho interno en tanto engloba toda prestación reconocida en la ley entre cónyuges y por tanto comprende la pensión compensatoria. Nos encontramos ante un concepto propio del Derecho Internacional privado de producción comunitaria que engloba toda obligación de alimentos derivada de una relación de familia. La competencia la determina el art. 3 del referido Reglamento, órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa

### Qualificació *ex lege causae*

La particularitat funcional de la norma de conflicte, com a norma de remissió que pot comportar com a conseqüència jurídica l'aplicació d'un ordenament jurídic estranger, ha plantejat, a nivell teòric, la possibilitat de predicar-ne una qualificació *ex lege causae*, és a dir, a partir dels conceptes i categories establerts en l'ordenament jurídic estranger al qual ens ha remès la norma de conflicte. Però una operació de qualificació d'aquest tipus es revela il·lògica i impossible, ja que precisament **el procés de qualificació es planteja per a determinar quina norma de conflicte esdevindrà aplicable**, i no és fins que aquest procés s'escoti que, si escau, es procedirà a la remissió a una llei estrangera perquè reguli la situació, no abans.

a una obligació de aliments sea accesoría de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Conforme a cualquiera de estos criterios son competentes los tribunales españoles.

La ley aplicable a la pensión compensatoria también la determina el Reglamento 4/2009 que se remite, en materia de derecho aplicable en su artículo 15 a lo establecido en el Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007. Conforme a los artículos 3 y 5 del Protocolo es aplicable el Codi Civil de Catalunya, ley del Estado de la residencia habitual del acreedor.»

### Exemple: contractes

Si en el procés d'aplicació de l'article 4.1 del Reglament Roma I (obligacions contractuals) se'ns planteja un problema respecte a una relació contractual que pot ser qualificada com a «prestació de serveis o franquícia o distribució», i per tant subsumible en els apartats b), e) o f) de l'article referit, recorrerem a les categories i conceptes que conté el dret de la UE sobre aquestes figures jurídiques per efectuar l'operació. El propi considerant 17 del Reglament així ho prescriu.

## c) Qualificació funcional

Les particularitats en el procés de qualificació en el sector del dret internacional privat obliguen que la qualificació referida *ex lege fori* presenti certs matisos, i així dona peu al que es coneix com a **qualificació funcional**.

No hi ha una transposició o paral·lelisme absolut entre els conceptes i categories jurídiques previstos en el conjunt de les normes de conflicte del dret internacional privat respecte de les que es preveuen en les normes substantives de l'ordenament jurídic espanyol. Així mateix pot succeir que la realitat per a qualificar (document, negoci jurídic, pretensió jurídica, etc.) resulti estranya per a l'ordenament jurídic espanyol ja que s'empara en un ordenament jurídic estranger. En aquests casos, l'exigència del subsistema mateix de dret internacional privat, d'acord amb la seva finalitat reguladora de les situacions privades internacionals, obliga a recórrer a una qualificació funcional.

L'operació de qualificació funcional parteix de la interpretació i l'anàlisi d'una institució que és desconeguda en l'ordenament jurídic espanyol. En aquests casos, el primer pas és informar-se sobre l'element per qualificar (institució jurídica estrangera) i determinar-ne el contingut i funció. Un cop coneguda la funció que té la institució jurídica estrangera, s'haurà de seleccionar la norma de conflicte del fòrum que millor s'avé per a regular la situació. El criteri de selecció es farà d'acord a l'**equivalència funcional** que té la institució estrangera respecte a institucions jurídiques existents en l'ordenament jurídic espanyol. La interpretació i anàlisi del qualificant (supòsit de fet de la norma de conflicte) tindrà en compte els objectius i principis del dret internacional privat espanyol, valorant també l'adequació dels punts de connexió presents en les normes de conflicte.

### Exemple: les Kafales, en els drets d'inspiració islàmica

Són nombrosos els casos en què davant d'un jutge espanyol s'ha hagut d'analitzar la institució de la *Kafala*, figura pròpia del dret marroquí, ja sigui als efectes de la seva constitució, o convalidació amb una adopció, o per a l'atorgament de prestacions socials

#### Tutela temporal del dret neerlandès

Un exemple de qualificació funcional l'hem vist en el cas de la tutela temporal del dret neerlandès tractat en l'apartat precedent.



del sistema públic espanyol. D'acord amb el dret marroquí, la *Kafala* es defineix com la guarda d'un menor abandonat consistent en el compromís permanent de fer-se càrrec de la protecció, educació i manutenció del menor abandonat de la mateixa manera que faria un pare amb el seu fill propi, sense atorgar drets propis de la filiació ni successoris. En aquests supòsits, els tribunals espanyols procedeixen a una qualificació funcional de la institució marroquina, assimilant-la a l'acolliment familiar de l'ordenament jurídic espanyol, i conseqüentment aplicant l'article 9.6 CC per a determinar el dret aplicable.

### Activitat 5

Llegiu les resolucions judicials següents: Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona de 23 de juny de 2008, Sentència del TSJ de Madrid de 31 de gener de 2008 i sentència del TSJ de Madrid de 5 de juny de 2008. Contesteu les preguntes següents:

1) En relació a quines normes de l'ordenament jurídic espanyol es planteja el problema de la qualificació de la *Kafala* en cadascú dels casos analitzats?

2) S'equipara en tots els supòsits la *Kafala* a l'acolliment familiar?

### Exemple: els trusts de la common law

En els ordenaments jurídics dels països anglosaxons es troba arrelada la institució jurídica dels *Trusts*, que en essència, preveuen un desmembrament de la propietat dels béns entre un propietari real (*truster o settlor*) i un propietari fiduciari (*trustee*), entre els quals s'estableix un conjunt de drets i obligacions recíprocs relatius a l'administració i poders de disposició dels béns sobre els qual recau. La causa, objectius i funcions que motiven la creació d'un *trust* són molt variats. A vegades el litigi es produirà en l'àmbit de les relacions internes entre el *truster* i el *trustee*, situació que provocaria que el supòsit es valori des d'una perspectiva contractual/obligacional; en altres casos, el conflicte es pot originar-se front a tercers aliens al subjectes que participen en el *trust* i en relació amb el règim jurídic dels béns, essent la perspectiva la dels drets reals; però també hi haurà situacions en les quals, produït l'òbit del *truster* o del *trustee*, es planteja un litigi successori en el qual s'ha de determinar el règim jurídic dels béns sotmesos a *trust* en relació amb la seva transmissió *mortis causa*. Aquesta pluralitat d'hipòtesis i situacions pot condicionar la resposta que es doni als problemes de qualificació. Així, per exemple, en la sentència del Tribunal Suprem de 30 d'abril del 2008, al ser l'objecte del litigi un *trust* constituït *mortis causa*, es va qualificar com a matèria successòria i subsumir dins l'article 9.8 del Codi civil, norma de conflicte relativa a la successió.

## 2.1.2. La qualificació secundària. El conflicte de qualificacions

En l'apartat precedent hem analitzat la qualificació per a seleccionar la norma de conflicte aplicable al cas. Però un cop determinada i aplicada la norma de conflicte espanyola, si aquesta ens remet a un ordenament jurídic estranger pot succeir que, en aquest dret estranger, el supòsit es qualifiqui d'una manera diferent. Quan es dona aquesta discrepància es parla d'un conflicte de qualificacions entre la **qualificació primària** –de selecció de la norma de conflicte del fòrum– *versus* la **qualificació secundària** –de selecció de les normes substantives del dret estranger que cal aplicar.

### Exemple

El Sr. Ortiga, nacional espanyol resident a Saragossa, insta davant dels tribunals espanyols una acció per rescabalar-se dels danys provocats per un producte defectuós. L'acció s'adreça contra la societat Alfa, SL, societat francesa amb seu a Marsella, que fou la que li va vendre a França el producte; i també contra la societat Omega, SL, societat francesa amb seu a Lió, fabricant del producte que té com a distribuïdor a la societat Alfa, SL. L'acció que s'adreça contra Alfa, SL es qualifica com a extracontractual i per aplicació de les normes de conflicte contingudes en el Reglament Roma II (obligacions extracontractuals) comporta l'aplicació del dret francès; i la que s'adreça contra Omega, SL també es qualifica com a extracontractual i per aplicació de les normes de conflicte contingudes en el Conveni de la Haia sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes de 1973, també esdevé aplicable el dret francès. D'acord amb el dret francès, un supòsit com el present es podria qualificar com de responsabilitat contractual, tant pel que fa a Alfa, SL com a Omega, SL. La disjuntiva que es planteja és: resoldre el cas d'acord amb les normes relatives a la responsabilitat extracontractual del dret francès, ja que aquesta qualificació

ha estat la que ens ha localitzat l'assumpte en el dret francès; o bé, resoldre el cas com ho faria un jutge francès aplicant les normes contractuals del dret francès.

El conflicte de qualificacions, en essència, planteja un problema de determinació de l'abast de la remissió que efectua una norma de conflicte a un ordenament jurídic estranger. No hi ha una solució legal a aquest problema, com tampoc hi ha una jurisprudència que el resolgui. Les dues potencials solucions que ofereix la doctrina són:

a) La remissió feta per la norma de conflicte a un dret estranger arriba fins a les normes del sector de l'ordenament jurídic estranger que es correspon amb la qualificació primària. En altres paraules, descartem la qualificació secundària. En l'exemple exposat, aquesta opció determinaria l'aplicació al cas de les normes del sector de la responsabilitat extracontractual del dret francès; ja que si en el procés de qualificació primària no s'hagués optat per la qualificació extracontractual, l'assumpte no hauria quedat regulat en l'ordenament francès.

b) La remissió feta per la norma de conflicte a un dret estranger es limita a la designació global del referit ordenament jurídic estranger. A partir d'aquest estadi, s'optarà per resoldre el cas d'acord amb les normes del dret estranger que es corresponguin amb la qualificació secundària. En altres paraules, el jutge espanyol ha d'intentar resoldre l'assumpte tal com ho faria un jutge d'aquest ordenament jurídic estranger. En l'exemple exposat, aquesta opció determinaria l'aplicació al cas de les normes del sector de les obligacions contractuals del dret francès, ja que així també ho resoldria un jutge francès.

## 2.2. El reenviament

### 2.2.1. Plantejament del problema

#### a) Conflictes negatius i positius

Les situacions privades internacionals es caracteritzen per presentar vincles amb diferents ordenaments jurídics. Les normes de conflicte d'aquests ordenaments jurídics poden contenir punts de connexió diferents per a regular la mateixa situació. El fet que els diversos ordenaments jurídics que presenten vincles amb una situació privada internacional la regulin amb normes de conflicte que tenen diferents punts de connexió pot comportar conflictes de competència reguladora, que poden ser **positius** (els ordenaments implicats retenen al seu favor la competència reguladora de l'afer) o **negatius** (cap dels ordenaments jurídics pretén regular substantivament l'afer).

#### Exemple de conflicte negatiu

Per a la determinació de la llei aplicable a la declaració de defunció d'un ciutadà britànic que va néixer i residí tota la seva vida coneguda a Espanya, en virtut de l'article 9.1 CC, que empra com a punt de connexió per a l'estatut personal «la nacionalitat», un jutge espanyol hauria d'aplicar el dret britànic; però si analitzem les normes de conflicte contingudes en el dret britànic comprovaríem que el supòsit plantejat podria quedar sotmès a la llei espanyola, ja que utilitzen com a punt de connexió el *domicile* (el concepte de

*domicile del common law* és substancialment diferent del *domicili* existent en dret espanyol). Però si invertim els termes de la hipòtesi plantejada pels d'un ciutadà espanyol, nascut i resident tota la seva vida coneguda a Anglaterra, es produiria l'efecte contrari; és a dir que el jutge espanyol segons l'article 9.1 CC, aplicaria el dret espanyol, i el jutge anglès, en aplicació del punt de connexió *domicile*, aplicaria el dret britànic. En la primera hipòtesi s'ha produït un conflicte negatiu, ja que tots dos ordenaments jurídics rebutgen la competència normativa sobre l'assumpte; mentre que en el segon cas, el conflicte és positiu, ja que tots dos ordenaments retenen per a si mateixos la competència normativa.

### **Exemple de conflicte positiu**

En el supòsit que un jutge espanyol conegui de la successió d'un causant cubà amb darrera residència habitual a Espanya, en aplicació de l'article 21 del Reglament UE núm. 650/2012 aplicarà el dret espanyol en tractar-se de la llei de la residència habitual del causant en el moment de la defunció, però si el mateix assumpte es coneix davant d'un jutge cubà, aquest aplicarà el dret cubà d'acord amb l'article 15 del CC de Cuba en tractar-se de la llei nacional del causant. En aquest cas ens trobem davant d'un conflicte positiu de competència reguladora que en la praxi no planteja problema, ja que la legislació espanyola no ens ha remès al dret cubà.

El problema del reenviament se situa en els conflictes negatius entre normes de conflicte de diversos ordenaments, en els casos en què la norma de conflicte comporta com a conseqüència jurídica l'aplicació d'un dret estranger i aquest, mitjançant les seves pròpies normes de conflicte, rebutja la competència reguladora que li ha estat conferida.

### **b) Tipus de reenviaments**

És possible distingir dos tipus de reenviament: de primer grau i de segon grau.

El **reenviament de primer grau, o de retorn**, es produeix en els casos en què la norma de conflicte continguda en l'ordenament del fòrum remet la solució jurídica d'un assumpte a un ordenament jurídic estranger, i aquest, per mitjà de les seves normes de conflicte pròpies, retorna la competència normativa a favor del dret del fòrum.

Per contra, el **reenviament de segon grau** es produeix quan la norma de conflicte del fòrum remet la solució jurídica d'un assumpte a un dret estranger, i aquest, per mitjà de les seves pròpies normes de conflicte, remet novament la competència reguladora de l'assumpte a favor d'un altre ordenament jurídic estranger, i es poden produir remissions ulteriors.

## Exemple

### Plantejament. conflicte negatiu entre les normes de conflicte espanyola i italiana que regulen la filiació

Si un jutge espanyol coneix d'una acció de determinació de paternitat en relació amb un menor de nacionalitat espanyola però domiciliat a Itàlia, en virtut de l'article 9.4 CC, hauria d'aplicar el dret italià en ser la llei de la residència habitual del fill; però si el mateix assumpte es planteja davant un jutge italià, d'acord amb l'article 33 de la Legge 218-95, aquest aplicaria el dret espanyol, en correspondre's amb la llei de la nacionalitat del menor. En aquest supòsit el conflicte entre normes de conflicte és negatiu, ja que cap dels ordenaments jurídics en presència (italià i espanyol) pretén regular el supòsit.

### Hipòtesi de reenviament de primer grau, o de retorn

Si un jutge espanyol coneix l'acció de determinació de paternitat en relació amb el menor espanyol domiciliat a Itàlia, en virtut de l'article 9.4 CC, hauria d'aplicar el dret italià en ser la llei de la residència habitual del fill. En aplicar el dret italià s'adonarà que l'article 33 de la Legge 2018-95 (norma de conflicte italiana) preveu que al cas s'hauria d'aplicar la llei de la nacionalitat del menor, que és l'espanyola. En aquesta hipòtesi ens trobaríem davant d'un reenviament de primer grau o de retorn, ja que la norma de conflicte estrangera remet a l'ordenament del jutge, l'espanyol.

### Hipòtesi de reenviament de segon grau

Continuem amb l'exemple, però aquest cop fem hipòtesi inventada que l'article 33 de la Legge 218-95 (norma de conflicte italiana) estableix que la filiació es determina sobre la base de la llei del lloc de naixement del menor, i que el menor va néixer a França. En aquest cas, en virtut de l'article 9.4 CC, el jutge espanyol hauria d'aplicar el dret italià en ser la llei de la residència habitual del fill. En aplicar el dret italià s'adona que l'article 33 de la Legge 2018-95 (norma de conflicte italiana) preveu que al cas s'hauria d'aplicar la llei del lloc de naixement del menor, que és la francesa. En aquesta hipòtesi inventada ens trobaríem davant d'un reenviament de segon grau, ja que la norma de conflicte estrangera (italiana) remet la regulació de l'assumpte a un tercer ordenament jurídic, el francès.

## 2.2.2. Solucions jurídiques

La solució jurídica al problema del reenviament pot ser diferent segons el règim aplicable.

### 1) El reenviament en els reglaments de la UE i els convenis internacionals

Els convenis de dret internacional privat uniforme ratificats per Espanya i els reglaments de la UE sobre llei aplicable, tenen com a principal característica la unificació de normes de conflicte i, per tant, exclouen l'existència de conflictes, positius o negatius, entre les normes de conflicte dels estats ratificants en el primer cas, o membres de la UE en el segon. Aquest fet limita el problema potencial del reenviament únicament als casos en què l'aplicació d'aquestes normes de conflicte unificades comporten la remissió al dret d'un tercer estat que tingui una norma de conflicte diferent per a regular el mateix supòsit. Tot i així, i malgrat la seva reduïda incidència, tant els reglaments comunitaris com els convenis internacionals ratificats per Espanya **exclouen el reenviament**.

### Exemple: Conveni de la Haia sobre la llei aplicable a la responsabilitat per productes

En una acció judicial de rescabament derivada de la fabricació defectuosa d'un producte en el qual el dany s'ha produït a Espanya, es determina finalment que el dret aplicable a la causa és el dret finès. Les normes de conflicte que ha comportat l'aplicació del dret finès són els articles 4 a 7 del Conveni sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes (la Haia, 1973) i s'ha fet segons el punt de connexió del lloc «on se situa l'establiment

### Teories sobre el reenviament

Hi ha hagut diverses teories, de base jurisprudencial i doctrinal, sobre la qüestió del reenviament. Unes defensaven que en el cas que una norma de conflicte declari aplicable un dret estranger, la remissió que s'efectua és a la totalitat del dret estranger (remissió integral), inclòs el seu dret internacional privat, i conseqüentment acceptaven el reenviament. Altres també acceptaven el reenviament pel fet que cap dret estranger no ha de ser aplicat si rebutja la remissió que se li fa. I finalment, unes altres consideraven que la remissió de la norma de conflicte a un dret estranger s'entenia feta al seu dret material, ja que únicament el legislador mateix tenia la competència per a determinar el dret aplicable a una situació privada internacional, negant conseqüentment la figura del reenviament.

principal de la persona a qui s'imputa la responsabilitat». Teòricament, és impossible que es plantegi un problema de reenviament, ja que el dret finès té les mateixes normes de conflicte per a regular l'assumpte, perquè tant Espanya com Finlàndia són estats que han ratificat el conveni referit.

En la hipòtesi anterior, en el cas que l'establiment principal de la persona a qui s'imputa la responsabilitat es trobés al Perú i fos aplicable el dret peruà (igualmente en virtut del Conveni de la Haia de 1973), sí que, potencialment, es podria produir un problema de reenviament, perquè el Perú no ha ratificat el Conveni i l'article 2.097 CC del Perú estableix un criteri localitzador diferent dels continguts en el Conveni de la Haia de 1973.

En aquest sentit, l'article 20 del Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), l'article 24 del Reglament (CE) núm. 864/2007, del Parlament europeu i del Consell d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals i l'article 11 del Reglament (UE) núm. 1259, del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial **exclouen expressament el reenviament**.

En canvi l'article 34 del Reglament (UE) núm. 650/2012, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol del 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* estableix una **acceptació singular i parcial del reenviament**. Aquest article accepta el reenviament a favor de la llei de qualsevol estat membre o a favor de la llei d'un tercer estat si comporta l'aplicació de la llei d'aquest tercer estat. En canvi exclou el reenviament en quatre supòsits: a) que la llei que ha estat designada a la successió sigui la llei que hi presenti uns *vincles més estrets* (art. 21.2); b) que el causant hagi triat en vida una llei aplicable a la seva successió en ús de *l'autonomia de la voluntat* (art. 22); c) en els casos de validesa formal de les disposicions *mortis causa* o de les declaracions d'acceptació o renúncia (arts. 27 i 28 b); i d) en casos relatius a béns immobles en que la llei del lloc de situació de l'immoble prevegi disposicions especials que per raons econòmiques, socials o familiars siguin, en tot cas, aplicables –normes imperatives– amb independència a la llei aplicable al conjunt de la successió (art. 30).

#### Exclusió implícita del reenviament

En els casos en què les normes de conflicte empen l'expressió llei interna o equivalent, es produeix una exclusió implícita del reenviament ja que la remissió es fa directament a les normes internes, amb exclusió de les normes de dret internacional privat que pugui contenir el dret designat. Un exemple el trobem en l'article 3 del Conveni sobre llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera fet a la Haia, el 4 de maig de 1971 que disposa: «La llei aplicable serà la **llei interna** de l'estat en el territori del qual hagi ocorregut l'accident».

## 2) El reenviament en les normes de conflicte d'origen autònom

Per a les normes de conflicte d'origen autònom, la regulació general del reenviament queda continguda en l'article 12.2 CC, que disposa:

«la remissió al dret estranger s'entendrà feta a la seva llei material, sense tenir en compte el reenviament que les seves normes de conflicte puguin fer a una altra llei que no sigui l'espanyola.»

La interpretació literal de l'article 12.2 CC deixa clar que **únicament s'accepta el reenviament de primer grau** (de retorn) amb exclusió del de segon grau. L'acceptació del reenviament de primer grau no significa que aquest s'hagi de dur a terme de manera automàtica. L'expressió *tenir en compte* que es recull en l'article referit requereix ser interpretada de manera sistemàtica en relació amb la tipologia variada de normes de conflicte que configuren el sistema autònom de dret internacional privat espanyol.

En les normes de conflicte amb un únic punt de connexió, el reenviament s'ha considerat com un mecanisme que permet introduir cert nivell de flexibilitat al procés de localització. Per contra, en normes de conflicte que tenen diversos punts de connexió, ja siguin ordenats de manera alternativa o jeràrquica, el recurs al reenviament pot significar una alteració contrària a la formulació mateixa de la norma de conflicte i, per tant, se n'hauria d'excloure l'operativitat. En qualsevol cas, l'acceptació o rebuig del reenviament de retorn previst a l'article 12.2 CC s'articula segons el respecte als principis i valors constitucionals i també, i si s'escau, als objectius d'orientació d'un determinat resultat de justícia material en què es formulen determinades normes de conflicte.

#### **Exemple: reenviament, ordre públic i favor filii**

En el supòsit que un jutge espanyol hagi de conèixer d'una acció de declaració de filiació paterna no matrimonial sobre un menor del qual no es pot determinar la nacionalitat, de mare algeriana i amb residència habitual a França, per aplicació de l'article 9.4 CC, esdevindria aplicable el dret francès en ser la llei de la residència habitual del menor. L'article 311.14 de Codi civil francès preveu que la llei aplicable a la filiació sigui la llei personal de la mare; en el cas, la llei algeriana. Òbviament, en aquest supòsit, exclouríem el reenviament que efectua la llei francesa a favor de la llei algeriana, ja que es tracta d'un reenviament de segon grau. Però l'exclusió del reenviament també podria estar justificada per l'afectació a l'ordre públic espanyol de la norma de conflicte francesa en establir un punt de connexió que es podria considerar discriminatori en relació amb el principi d'igualtat entre pare i mare en la determinació de la filiació. Per contra, si en la hipòtesi analitzada la nacionalitat de la mare fos espanyola, no seria descartable el reenviament que fa a favor de la llei espanyola la norma de conflicte francesa, si la llei espanyola fos més favorable que la francesa per al reconeixement de la filiació no matrimonial. La justificació de l'acceptació del reenviament cal trobar-la en la defensa de l'orientació material de l'article 9.4 CC afectada pel principi de l'interès superior del menor que presideix la regulació espanyola en aquesta matèria, tot i l'afectació potencial de l'ordre públic espanyol de la norma de conflicte francesa que efectua el reenviament.

#### **Exemple: règims econòmics matrimonials**

L'article 9.2 CC estableix diversos punts de connexió ordenats jeràrquicament per a determinar la llei aplicable als efectes del matrimoni. Si es tracta de determinar la llei aplicable als efectes del matrimoni de dos cònjuges suïssos que es casaren abans del 29 de gener de 2019 i fixaren la seva primera residència habitual a França però que des de fa anys tenen residència habitual a Espanya, d'acord amb el primer punt de connexió contingut en la norma referida, aplicariem el dret suís. L'article 48.1 de la Llei federal suïssa de dret internacional privat de 1987 estableix com a llei aplicable als efectes del matrimoni la de l'estat en què els esposos es troben domiciliats, que en el cas comportaria l'aplicació del dret espanyol. Aquest supòsit plantejaria un reenviament de retorn efectuat pel dret suís a favor del dret espanyol. L'aplicació en aquest cas del reenviament de retorn a favor de la llei espanyola alteraria el sistema jerarquitat de punts de connexió previst a l'article 9.2 CC, que si no hi ha nacionalitat comuna i ús de l'autonomia de la voluntat, preveu com a llei aplicable la de l'estat on es troba la primera residència comuna dels cònjuges després del matrimoni, i en darrer terme la llei del lloc de celebració del matrimoni. Així doncs, en aquest supòsit el reenviament s'hauria de descartar, ja que el legislador espanyol no

#### **Llei canviària i del xec**

Els articles 98.1 i 162.1 de la Llei 19/1985, canviària i del xec, preveuen, de manera singular, un supòsit d'acceptació total del reenviament, ja sigui de primer o de segon grau, en establir que la capacitat d'una persona per a obligar-se, ja sigui per lletra de canvi, pagaré a l'ordre o xec, es regirà per la seva llei nacional, o per la llei d'un altre país si la llei nacional en fa remissió.

#### **Successions de ciutadans britànics**

Els supòsits més recurrents de reenviament tractats pel TS han estat relatius a successions de ciutadans del Regne Unit amb darrera residència a Espanya. Vegeu STS de 15 de gener de 2019, recurs núm. 1762/2016.

#### **Aplicabilitat de l'article 9.2 CC**

Malgrat la plena aplicabilitat del Reglament UE 2016/1103, l'article 9.2 CC es continua aplicant per a determinar el dret aplicable als règims econòmics matrimonials de matrimonis celebrats abans del 29 de gener de 2019.

ha previst l'aplicació de la llei de la residència habitual comuna i actual dels cònjuges entre els diversos punts de connexió.

### Activitat 6

**Supòsit 1:** matrimoni format per dos cònjuges de nacionalitat peruana casats a Colòmbia l'any 2008 que fixaren la primera residència habitual immediatament posterior al matrimoni a França, però que des de fa anys tenen residència habitual a Espanya. Els cònjuges no han fet ús de l'autonomia de la voluntat per a determinar la llei aplicable als efectes patrimonials del seu matrimoni.

**Supòsit 2:** matrimoni format per dos cònjuges de nacionalitat peruana casats a Colòmbia l'any 2008 que fixaren la primera residència habitual immediatament posterior al matrimoni a Espanya, però que des de fa anys tenen residència habitual a França. Els cònjuges no han fet ús de l'autonomia de la voluntat per a determinar la llei aplicable als efectes patrimonials del seu matrimoni.

**Normativa:** Article 9.2 del CC espanyol i article 2078 del CC del Perú, que disposa: «Régimen patrimonial del matrimonio. El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes o después del cambio.»

En el supòsit que un jutge espanyol hagi de determinar la llei aplicable al règim econòmic del matrimoni, acceptaria el reenviament que efectua el dret peruà en els dos supòsits?

## 2.3. La qüestió prèvia

Un altre problema que sorgeix per les diferències existents entre normes de conflicte de diferents estats és el de **qüestió prèvia**. En la resolució de qualsevol afer jurídic es pot requerir l'ús coetani de diverses normes jurídiques que pertanyen, no sols a diferents branques jurídiques (civil, administratiu, mercantil, etc.), sinó, fins i tot dins de la mateixa branca, a diferents matèries jurídiques (contractes, drets reals, aliments, família, etc.). Així, per exemple, en una acció reivindicatòria sobre un immoble (drets reals) es pot discutir la validesa del títol de transmissió (contractes); en una reclamació d'aliments a favor de fills es pot qüestionar la relació de parentiu mateixa (filiació); o en qualsevol afer successori, es pot qüestionar la validesa del matrimoni o l'existència de la filiació com a títols pels quals es reclama el caràcter d'hereu legitimari. Si això succeeix en supòsits de tràfic jurídic extern, les normes de conflicte dels ordenaments jurídics vinculats a les diverses qüestions jurídiques, poden oferir solucions localitzadores diferents.

Es parla de **qüestió prèvia** en dret internacional privat quan una relació privada internacional (qüestió principal) requereix necessàriament per a la resolució que prèviament es resolgui una altra relació jurídica diferent (qüestió prèvia), i les dues qüestions es troben regulades en normes de conflicte del fòrum diferents.

### Exemple

Suposem que davant d'un jutge espanyol es planteja un litigi successori (qüestió principal) en el qual el causant, nacional espanyol amb residència habitual a França, va finar sense atorgar testament. Els possibles hereus interessats en l'herència són: una esposa, de la qual es trobava divorciat per sentència dictada per un jutge italià, i amb la qual va tenir un fill; i una segona companya, nacional i resident de Suïssa, amb la qual va mantenir temporalment una relació marital i va tenir una filla, igualment nacional i re-

sident de Suïssa, que no va ser reconeguda formalment en vida del causant. D'acord amb l'article 21 del Reglament UE núm. 650/2012, la qüestió principal hauria de quedar regulada per l'ordenament jurídic francès en tant que és el dret que es correspon amb la darrera residència habitual del causant. Els possibles drets hereditaris que reclami l'esposa no representen el plantejament d'una qüestió prèvia. En tot cas, dins del procediment successori, s'hauria de reconèixer a títol incidental la sentència de divorci italiana. En canvi, la qüestió relativa a la determinació de la filiació de la segona filla, sí que implica l'existència d'una qüestió prèvia, ja que de la resolució depèn que es pugui establir quins són els hereus, nucli de la qüestió principal. A més, segons el dret internacional privat espanyol, la determinació de la filiació es regula a l'article 9.4 CC, norma de conflicte diferent de la que regula la qüestió principal.

La disjuntiva que es planteja en aquest tipus de supòsits és si tot l'afer, qüestions prèvia i principal, ha de ser resolt segons un únic ordenament jurídic, el que regula la qüestió principal, o cadascuna de les qüestions que es tractin s'han de resoldre de manera independent, de la mateixa manera que es faria si apareguessin desvinculades l'una de l'altra.

El problema de la qüestió prèvia no té una regulació legal expressa, ni tampoc la jurisprudència ha ofert criteris concrets de resolució.

A escala doctrinal, les diverses possibles solucions que s'han plantejat són:

- **Solució *lex formalis fori*.** En aquest cas, la qüestió prèvia es resoldria de manera independent i desvinculada de la qüestió principal i li aplicariem les normes de conflicte que específicament la regulen. Seguint l'exemple indicat abans, la qüestió prèvia es resoldria d'acord amb l'article 9.4 del CC, i conseqüentment, per a la determinació de la filiació seria d'aplicació del dret suís (lleï de la residència habitual de la filla). Recordem que el dret francès s'aplicaria a la qüestió principal.
- **Solució *lex materialis causae*.** En aquest cas la solució a la qüestió prèvia es fa dependre de la qüestió principal i comporta l'aplicació directa del mateix dret que regula substantivament la qüestió principal. En l'exemple de base suposaria que per a la qüestió prèvia (filiació) s'aplicaria el dret material francès, que igualment regula la qüestió principal (successió).
- **Solució *lex formalis causae*.** Igualment que en el cas anterior, la solució a la qüestió prèvia es fa dependre de la que es dóna en la qüestió principal. Aquest cop però, són les normes del dret internacional privat on ha quedat regulada la qüestió principal les que determinaran la llei aplicable a la qüestió prèvia. Així doncs, si la qüestió principal es regeix per un dret estranger, la qüestió prèvia es resoldrà aplicant el dret designat per les normes de conflicte d'aquest ordenament jurídic estranger. En l'exemple utilitzat, això implicaria que per a resoldre la qüestió prèvia (filiació), aplicariem la norma de conflicte continguda en el dret francès, com a dret rector de la qüestió principal. Així, l'article 311.14 del Codi civil francès preveu que la filiació sigui d'aplicació de la llei personal de la mare, que comportaria l'aplicació de llei suïssa a la filiació.



En dret internacional privat espanyol, la solució doctrinal admesa és tractar la qüestió prèvia de manera independent i aplicar per a la resolució la norma de conflicte que li correspon segons l'ordenament jurídic espanyol (*lex formalis fori*). La justificació d'aquesta solució està en el caràcter imperatiu de les normes de conflicte (article 12.6 CC).

### Activitat 7

Per quina solució s'opta en el Reglament (UE) núm. 1259/2010, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial, per a regular les qüestions prèvies que es puguin presentar en els casos de divorci o separacions judicials?

## 2.4. La remissió a un sistema plurilegislatiu

### 2.4.1. Plantejament del problema

L'existència d'estats plurilegislatius, és a dir estats l'ordenament jurídic dels quals conté diverses legislacions per a regular la mateixa matèria jurídica, s'explica per raons polítiques, històriques i socioculturals variades. També són diverses les regles de base en què s'articula la plurilegislatió en un estat. Des d'una perspectiva jurídica, l'establiment de la plurilegislatió en un estat pot ser de base **territorial** (Espanya, Regne Unit, EUA, etc.) o **personal** (Índia, Israel, Camerun, etc.), depenent de si el criteri d'aplicació de les legislacions locals en presència es vincula a les unitats territorials en què es compon l'estat, o a les característiques religioses, ètniques o tribals de la seva població.

Així mateix, els estats plurilegislatius poden disposar de normes més o menys concretes, que resolguin els conflictes de llei interns, que poden ser o no coincidents amb les que empren per a resoldre els conflictes de lleis en situacions privades internacionals.

#### Exemple: Mèxic

L'article 121 de la Constitució dels Estats Units Mexicans i l'article 13 i següents del Codi Civil Federal de Mèxic, preveuen regles de resolució de conflictes entre els drets dels diferents estats mexicans, que és coincident amb els conflictes de lleis internacionals.

#### Exemple: EUA

En els Estats Units d'Amèrica no hi ha un sistema unificat de resolució de conflictes de lleis interestatals, i cadascun dels 50 estats que el conformen disposa de regles pròpies per a la resolució d'aquests conflictes intranacionals.

Les normes de conflicte efectuen la remissió a un determinat ordenament jurídic de base estatal. Si aquesta remissió s'efectua a favor de la llei d'un estat plurilegislatiu es planteja el problema de determinar quina de les diverses legislacions locals en presència ha d'esdevenir finalment aplicable.

#### L'Índia, estat plurilegislatiu de base personal

L'Índia disposa d'un complex sistema de lleis personals per a regular les relacions familiars que es fonamenta en les religions que professen les seves diferents comunitats (hindús, musulmans, zoroastrians, cristians i jueus).

#### Canadà, estat plurilegislatiu de base territorial

Canadà és un estat plurilegislatiu de base territorial, amb diverses províncies i territoris. En dret privat, totes les províncies excepte el Quebec, segueixen la tradició del *common law*. La província del Quebec té codificat el seu dret privat en el Codi civil del Quebec.

### Remissió *ad intra*

Un supòsit singular en el qual es pot produir un problema de remissió a un ordenament plurilegislatiu és el cas en el qual per aplicació del reenviament de retorn a favor del dret espanyol, la situació privada internacional queda finalment regulada per la llei espanyola. En aquests casos caldrà establir quin dels diversos ordenaments civils espanyols ha d'esdevenir finalment aplicable. És el que es coneix com a **remissió *ad intra***. Recuperem l'exemple exposat en l'apartat del reenviament, relatiu al cas de determinació de la llei aplicable als efectes d'un matrimoni format per dos cònjuges nacionals suïssos, residents a Espanya, en el qual l'article 9.2 CC ens remetia al dret suís («nacionalitat comuna dels cònjuges»), i aquest efectuava un reenviament a favor de la llei espanyola («residència habitual comuna dels cònjuges»). Però a favor de quin dret espanyol? En aquests supòsits, l'aplicació de la solució continguda en l'article 12.5 CC preveu l'aplicació de les regles de solució dels conflictes de lleis interregionals contingudes en l'article 16 CC, que ens remetien novament a l'article 9.2 CC. Òbviament el primer punt de connexió de la nacionalitat comuna dels cònjuges, és plenament inoperant per a determinar quin dret espanyol esdevé aplicable. Igualment és impossible substituir la nacionalitat pel veïnatge civil comú dels cònjuges, ja que el veïnatge civil no és predicable dels estrangers. Per tant, analitzaríem els punts de connexió successius continguts a l'article 9.2 del Codi civil (autonomia de la voluntat, primera residència habitual comuna després de la celebració matrimonial, lloc de celebració del matrimoni). Si després de veure aquests punts de connexió no es pot determinar quin dret civil espanyol esdevé aplicable, ja que els cònjuges no van fer ús de l'autonomia de la voluntat, o la primera residència habitual comuna després del matrimoni no va ser en territori espanyol, o el matrimoni es va celebrar a l'estranger, hauríem d'aplicar una solució singular. Aquesta seria efectuar una remissió directa a partir del reenviament de retorn que efectua el dret suís i aplicar el dret civil espanyol que es correspongui amb el del lloc de residència habitual comuna dels cònjuges. La solució d'aplicar el dret de la residència habitual comuna també es veu recolzada pel caràcter integrador que té el punt de connexió de la residència habitual respecte de la nacionalitat.

## 2.4.2. Solucions jurídiques

### a) Remissió directa

En certs casos, el mateix criteri de connexió emprat per la norma de conflicte permetrà establir una **remissió directa** a una de les legislacions locals de l'ordenament jurídic plurilegislatiu estranger. El punt de connexió contingut en la norma de conflicte permet determinar directament quin dels drets de l'estat plurilegislatiu designat és l'aplicable.

Així per exemple, l'article 22 del Reglament Roma I (obligacions contractuals) estableix com a solució per als supòsits de remissió a un estat plurilegislatiu de base territorial, la consideració de cada unitat territorial del referit estat com a un país als efectes de determinar el dret aplicable. En igual sentit es manifesta l'article 25 del Reglament Roma II (obligacions extracontractuals), l'article 12 del Conveni de la Haia sobre llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera de 1971 i l'article 12 del Conveni de la Haia sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes de 1973.

En aquests casos la solució al problema ha estat establir una **remissió directa** que esdevé factible ja que els criteris de connexió que es recullen en les normes de conflicte de les referides normes són majoritàriament territorials (residència habitual, lloc d'execució contractual, lloc de producció del dany, etc.).

### Exemple

Si es tracta de determinar la llei aplicable a un contracte de prestació de serveis d'acord amb l'article 4.1.b) del Reglament (CE) núm. 593/2008 (Roma I), sí que seria possible

#### L'autonomia de la voluntat

El punt de connexió principal que empra el Reglament Roma I (obligacions contractuals) per a determinar la llei aplicable a un contracte és l'autonomia de la voluntat. Si les parts contractuals pacten que el contracte es regirà d'acord a la llei d'un estat que és plurilegislatiu, però no concreten expressament el dret local elegit, la remissió directa pot esdevenir impossible. En aquestes hipòtesis correspondrà indagar, d'acord amb els termes emprats en el contracte i amb les circumstàncies del cas, criteris continguts a l'article 3.1 del Reglament, quina fou la presumpta voluntat de les parts per elegir una concreta llei aplicable al contracte.

establir una remissió directa amb una de les legislacions locals d'un estat plurilegislatiu de base territorial ja que el referit article preveu com a punt de connexió la «residència habitual del qui presta el servei».

### b) Remissió indirecta: l'article 12.5 CC

En altres ocasions, però, aquesta remissió directa esdevindrà impossible i la norma de conflicte d'origen sols podrà establir una **remissió indirecta**, havent de deixar que siguin els criteris de resolució dels conflictes de lleis interns establerts en l'estat plurilegislatiu els que determinin la legislació finalment aplicable. Aquesta és la solució que proposa l'article 12.5 CC, que és d'aplicació tant si la remissió s'efectua a un estat plurilegislatiu de base territorial com personal.

#### Article 12.5 CC

«Quan una norma de conflicte remeti a la legislació d'un estat en el qual coexisteixen diferents sistemes legislatius, la determinació del que sigui aplicable d'entre ells, es realitzarà de conformitat amb la legislació del referit estat».

Ara bé, la remissió indirecta que proposa l'article 12.5 CC no es troba exempta de problemes. En els supòsits en què esdevé impossible determinar el sistema de resolució de conflictes de lleis interns de l'ordenament plurilegislatiu estranger, s'imposa la necessitat d'arbitrar solucions subsidiàries i particulars, basant-se en un interpretació sistemàtica del sistema de dret internacional privat espanyol. Aquestes solucions es concreten en: o bé procedir a una remissió directa partint del punt de connexió ja previst en la norma de conflicte, o bé establir-la sobre la base d'un altre criteri de connexió que es correspongui amb la llei local més estretament vinculada amb l'afer.

#### **Dificultats que planteja el punt de connexió de la «nacionalitat» en la remissió a un ordenament plurilegislatiu**

En els casos en què el punt de connexió utilitzat per la norma de conflicte és la nacionalitat i la seva aplicació ens remet a un estat plurilegislatiu, la solució directa esdevé simplement impossible; i la solució indirecta tampoc garanteix un resultat satisfactori. Imaginem, per exemple, que es tracta de determinar el dret aplicable al règim econòmic matrimonial d'un matrimoni format per dos ciutadans nord-americans que es van casar l'any 2000 a París, sense fer ús de l'autonomia de la voluntat per a determinar el seu règim econòmic matrimonial i que sempre han residit fora dels EUA, havent tingut únicament residència comuna primer a París i finalment a Barcelona. En cas de divorci davant dels tribunals espanyols, i en aplicació de l'article 9.2 del CC i del punt de connexió de la «nacionalitat comuna», la dissolució del seu règim econòmic s'hauria de regir sobre la base del dret nord-americà. Però quin? El de l'estat de Nova York, el de Califòrnia, etc. Una remissió directa esdevé impossible. Podríem intentar resoldre el problema substituint la «nacionalitat comuna» per la «residència habitual comuna», però en cap moment els cònjuges van tenir una residència habitual comuna en un estat nord-americà i per tant aquesta proposta no ens resoldria el problema d'identificar el dret d'un estat nord-americà. Podríem intentar esbrinar, en aplicació de l'article 12.5 CC (remissió indirecta), quin és el criteri de solució recollit en el dret internacional privat nord-americà per a solucionar els conflictes de lleis entre els diversos drets dels estats nord-americans, però tampoc trobaríem una solució, no sols perquè cada estat nord-americà té el seu propi sistema de dret internacional privat i no sabríem quin triar, sinó també perquè en qualsevol que triéssim els punts de connexió que trobaríem estarien relacionats amb la residència dels cònjuges, i cap d'ells ha residit en cap estat nord-americà. La solució més assenyada a aquest desgavell seria descartar l'aplicació del dret d'un estat nord-americà i aplicar el dret francès, el de la primera residència habitual comuna dels cònjuges, punt de connexió subsidiari previst en el mateix article 9.2 CC i que coincideix amb el punt de connexió principal recollit en el nou Reglament UE 2016/1103.

### c) Remissió mixta

En un intent de superar els problemes que pot presentar la remissió indirecta i diferenciar entre supòsits de remissió a ordenaments plurilegislatius de base territorials enfront dels de base personal, certes normes ofereixen solucions més elaborades que combinen criteris de remissió directa i indirecta.

En aquest sentit, els articles 16 i 17 del Protocol de la Haia sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries de 2007, preveuen un **sistema mixt** de resolució. Es parteix de la remissió indirecta ja que remet a les normes de resolució de conflictes interns existents en l'estat plurilegislatiu, ja siguin aquests de base territorial o personal. Ara bé, si la remissió s'efectua a favor de la llei d'un estat plurilegislatiu de base territorial i aquest no disposa de normes de resolució de conflictes interns, s'opta per una remissió directa, oferint el protocol criteris interpretatius per a fer-la efectiva, entre els quals s'hi introdueix el de «vincles més estrets». Aquest mecanisme dona certa flexibilitat a la solució. També mixt és el sistema de resolució previst en els articles 14 i 15 del Reglament (UE) núm. 1259/2010, sobre llei aplicable al divorci i a la separació judicial. En aquest cas, si la remissió es realitza a la llei d'un estat plurilegislatiu de base territorial, es busca una remissió directa; però si la remissió es realitza a la llei d'un estat plurilegislatiu de base personal, es remet als criteris de resolució de conflictes entre lleis locals previst en el referit estat. En ambdós supòsits es preveu com a solució de tancament la remissió a la llei més estretament vinculada amb els cònjuges.

### **Exemple**

En un litigi sobre la reclamació del dret d'aliments que insti una menor marroquina de confessió religiosa jueva, resident al Marroc contra el seu pare, també marroquí, jueu i resident a Espanya, s'aplicarà el dret marroquí com a llei de l'estat de residència habitual del creditor (article 3 del Protocol de la Haia de sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries de 2007). Per a determinar quina legislació de base personal marroquina és finalment aplicable, s'haurà de recórrer al sistema de solució de conflictes interpersonals que prevegi el dret marroquí (article 17 del Protocol de la Haia de sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries de 2007). L'article 2 de La Llei 70-03, Codi de família marroquí (*Moudawana*) exclou del seu abast d'aplicació les relacions de família de ciutadans marroquins de confessió jueva, als quals se'ls apliquen les lleis de l'estatut personal hebraic marroquí.

## **2.5. El conflicte mòbil**

Els punts de connexió de les normes de conflicte poden ser de naturalesa mutable (nacionalitat, residència habitual, lloc situació d'un bé...). Aquest fet provoca que en el cas en què es produeixi un canvi de les circumstàncies que configuren el punt de connexió (canvi de nacionalitat, per exemple), aquest també afecti la conseqüència jurídica i dues lleis esdevinguin successivament aplicables per a regir la situació, provocant el que es coneix com a conflicte mòbil.

### Exemple: drets reals

A Alemanya, la Sra. A va vendre al Sr. B un quadre que es trobava a Alemanya. El pagament es va efectuar en signar el contracte de compravenda i es va acordar que el lliurament del bé es realitzaria en el termini de 30 dies a Barcelona. La Sra. A traslladà el quadre al seu domicili de Barcelona i abans de lliurar-lo al Sr. B, el va tornar a vendre i el lliurà a la Sra. C per un preu que triplicava el de la primera venda. La Sra. A ofereix al Sr. B retornar l'import que li va pagar incrementat en un 10%; però el Sr. B rebutja l'oferta. Davant dels tribunals espanyols el Sr. B demanda a la Sra. A, sol·licitant se'l reconegui com a propietari del quadre i se li lliuri la possessió.

Per a determinar el dret aplicable als drets reals (propietat sobre el quadre), d'acord amb l'article 10.1 CC s'ha d'aplicar el dret de l'estat on es troba el bé (quadre); i al jutge que coneix del cas se li planteja la següent disjuntiva: a) si aplica el dret espanyol (lloc on es troba en l'actualitat el bé, el quadre encara no va esdevenir propietat del Sr. B (manca de *traditio*) i per tant hauria de desestimar la demanda; b) però si aplica el dret alemany (lloc on es trobava el bé en el moment de produir-se la primera venda), el Sr. B sí que seria reconegut com a propietari i s'estimaria la demanda. Quin lloc de situació del bé hauria de tenir en compte el jutge espanyol?

Les solucions doctrinals s'articulen de manera particular i es basen en diferents criteris que poden comportar solucions contradictòries entre si. Un primer criteri d'aplicació seria retenir la connexió vigent en el moment del naixement o creació de la situació jurídica que es regula, fomentant així la continuïtat en la regulació i la seguretat jurídica. En el mateix sentit actuaria el criteri de respecte dels drets adquirits, pel qual s'evita que els canvis en el dret aplicable produïts per la variació de la circumstància que configura el punt de connexió afectin actes o relacions jurídiques vàlides i consolidades d'acord amb l'ordenament jurídic aplicable en un primer moment temporal. En altres supòsits, l'objectiu d'afavorir una determinada solució material de l'afer pot condicionar la resposta al conflicte mòbil. En aquests casos, és a partir de la confrontació de les normes dels dos ordenaments jurídics potencialment aplicables i de la resposta jurídica concreta que ofereixen, que s'opta per una solució o l'altra. Finalment, un element que també s'ha de tenir en compte és el d'evitar fraus potencials en l'aplicació de les normes de conflicte per l'alteració voluntària i estratègica dels punts de connexió. Aquests criteris suposarien que en l'exemple inicial (art. 10.1 CC, drets reals) tindríem en consideració, com a lloc de situació del bé, Alemanya.

En altres ocasions, el legislador estableix unes normes d'aplicació que ens indiquen com resoldre el conflicte mòbil.

### Exemple: dret d'aliments

L'article 3.1 del Protocol de La Haia del 2007 sobre dret aplicable a les obligacions d'aliments disposa que el dret aplicable és el de l'estat de la residència habitual del creditor d'aliments. Però en el cas que el creditor d'aliments hagi tingut diverses residències habituals, quina residència hem de prendre en consideració? L'apartat 2 del referit article aclareix que «en cas de canvi de residència habitual del creditor, s'aplicarà la llei de l'estat de la nova residència habitual des del moment en què es produeix el canvi». Per tant, la interpretació sistemàtica del referit article ens indica que s'ha de tenir sempre en compte la residència habitual actual.

### Transformació de punts de connexió mutables en immutables

El conflicte mòbil s'evita en fixar temporalment els punts de connexió de les normes de conflicte.

Així, per exemple, l'article 8 del Reglament (UE) núm. 1259/2010 preveu, entre d'altres, com a punts de connexió per a la determinació de la llei aplicable a la separació i divorci, la llei de la nacionalitat comuna dels cònjuges en el moment d'interposar la demanda i la llei de la residència habitual comuna dels cònjuges en el moment d'interposar la demanda. Aquests dos punts de connexió, nacionalitat i residència habitual comunes, es troben fixats temporalment en el moment de presentació de la demanda, i aquest fet evita els problemes de conflicte mòbil en la seva aplicació.

## 2.6. El frau a la llei

El concepte **frau a la llei** (o de llei) no és singular del dret internacional privat, sinó que pertany a la teoria general del dret i es manifesta en qualsevol branca de l'ordenament jurídic.

### 2.6.1. Concepte i elements

El frau de llei consisteix en la realització d'actes o negocis jurídics que s'emparen en una norma jurídica però que tenen per objectiu eludir l'aplicació d'una altra norma jurídica.

En dret internacional privat, parlem de frau a la llei *strictu sensu* en els casos en què es produeix una alteració voluntària del punt de connexió que té per objectiu que a la situació privada internacional li sigui d'aplicació una norma jurídica o un ordenament jurídic diferent del que hauria resultat aplicable si la variació del punt de connexió no s'hagués produït. L'article 12.4 CC precisa el concepte de frau de llei en disposar:

«es considerarà com a frau de llei la utilització d'una norma de conflicte amb la finalitat d'eludir una norma imperativa espanyola.»

#### Canvis de residència

Qui canvia voluntàriament de residència als únics efectes que en el moment del seu òbit el canvi eviti que s'apliquin els preceptes relatius a la successió legítima o forçosa, sí que altera les circumstàncies del punt de connexió contingut en l'article 21 del Reglament UE 650/2012 –darrera residència habitual del causant–, i provoca una variació de la llei aplicable a la successió.

Així doncs, i en relació amb la concepció estricta del frau de llei, els elements que són necessaris perquè es produeixi són:

1) **Alteració del punt de connexió.** Cal que es produeixi un **canvi real** en les circumstàncies que determinen el punt de connexió. El compliment d'aquest requisit permet diferenciar el frau a la llei de la mera simulació o dels casos en què es guarda silenci sobre les circumstàncies que determinen el punt de connexió.

#### Exemple de simulació

La falsa manifestació de tenir una determinada residència habitual emparada simplement en la propietat d'un habitatge als efectes únicament de variar la conseqüència d'una norma de conflicte que tingui com a punt de connexió «la residència habitual», és un acte de simulació que no s'empara en cap norma jurídica (norma de cobertura) i que no se subsumeix dins de la figura del frau de llei.

2) **Ànim fraudulent.** Cal que el canvi produït en el punt de connexió sigui **voluntari** i tingui com a única causa la creació artificial d'una nova localització de la situació privada internacional. Aquest element és el que caracteritza el frau a la llei i el diferencia del conflicte mòbil. La determinació de la

#### L'art. 6.4 CC

L'article 6.4 CC regula, amb caràcter general, el frau de llei, i estableix la definició de la figura com:

«els actes fets a l'empara del text d'una norma que persegueixen un resultat prohibit per l'ordenament jurídic, o contrari a ell.»

#### Matrimonis de conveniència

Les hipòtesis en què en situacions privades internacionals es pot plantejar un frau de llei van molt més enllà de la definició continguda en l'article 12.4 CC. Així, per exemple, qui contrau matrimoni amb un espanyol als efectes de poder accedir amb més facilitat a la nacionalitat espanyola o a l'obtenció d'un permís de residència, no utilitza ni altera el funcionament normal d'una norma de conflicte per a cometre el frau.

#### Autonomia de la voluntat

No és plantejable la figura del frau a la llei en relació amb la utilització de normes de conflicte que preveuen com a punt de connexió l'autonomia de la voluntat, perquè aquest element ja revela el caràcter dispositiu de la matèria regulada.

causa volitiva que motiva una determinada acció humana és de prova i valoració difícil, i més si tenim present que l'acció referida es veu emparada en una norma jurídica (norma de cobertura).

El requisit d'ànim defraudador provoca que, en la pràctica, la figura de frau de llei tingui una aplicació residual.

**3) Elusió d'una norma imperativa espanyola.** Cal que la conseqüència jurídica de l'alteració fraudulenta del punt de connexió sigui que una norma imperativa (norma de *ius cogens*) de l'ordenament jurídic espanyol (norma defraudada) deixi de ser aplicable al supòsit. Això descarta dins de la concepció estricta del frau a la llei els supòsits en què s'eludeix l'aplicació d'una norma jurídica espanyola de lliure disposició o qualsevol norma estrangera.

### 2.6.2. Sanció al frau a la llei

L'article 12.4 CC es limita a definir què s'entén per frau de llei sense preveure'n una sanció jurídica. Per a integrar la llacuna que això representa es recorre a l'article 6.4 CC, que disposa que els actes executats en frau de llei «no impediran l'aplicació escaient de la norma que s'hagi tractat d'eludir».

La sanció jurídica al frau de llei serà l'aplicació de la norma imperativa espanyola que es va tractar l'eludir.

El problema es troba a determinar l'abast de la sanció, en el sentit que si els actes o negocis jurídics per mitjà dels quals s'executa el frau esdevenen nuls o anul·lables, o tant sols no oposables als efectes de l'aplicació de la norma imperativa espanyola que es pretenia defraudar.

#### Exemple

Amb «voluntat fraudulenta», un espanyol renúncia a la nacionalitat espanyola per adquirir la nacionalitat italiana, als únics efectes d'alterar la conseqüència jurídica d'una norma de conflicte espanyola que preveu com a punt de connexió «la nacionalidad», i en comptes d'aplicar-se el dret espanyol es passaria a aplicar el dret italià. En aquest cas la sanció jurídica del frau de llei seria l'aplicació de la llei espanyola a la situació. Aquesta sanció no abastaria la declaració de nul·litat de la nacionalitat italiana adquirida, ja que únicament les autoritats italianes s'hi poden pronunciar per la determinació unilateral que cada estat efectua sobre la nacionalitat.

#### Dret interregional

En dret interregional, la figura del frau de llei ha tingut una certa repercussió jurisprudencial. En la majoria dels casos<sup>(\*)</sup> la discussió sobre l'ànim fraudulent la provoca un canvi en el veïnatge civil que comporta un canvi en la futura llei aplicable a la successió als efectes de lesionar els drets legítims. És rellevant a aquests efectes la STS de 14 de setembre de 2009 quan declara:

«1.º El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el artículo 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.//2.º Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las

#### Frau de llei en l'aplicació del dret estranger

Si partim de la consideració que les normes de conflicte espanyoles són normes imperatives (normes de *ius cogens*) qualsevol alteració fraudulenta en el seu funcionament, incloent-hi els casos que comporten eludir l'aplicació de normes d'ordenaments jurídics estrangers, es podria considerar un supòsit de frau de llei.

relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.//3.º La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.»

(\*)Vegeu les sentències del Tribunal Suprem de 5 d'abril de 1994 i 14 de setembre de 2009, i les sentències de l'Audiència Provincial d'Àlaba de 10 de desembre de 2007, Audiència Provincial de Saragossa de 21 de gener de 2008, i Audiència Provincial de Madrid de 17 de març de 2008.

## 2.7. L'excepció d'ordre públic

### 2.7.1. Concepte d'ordre públic

L'expressió *ordre públic* és utilitzada pel legislador en gran part dels sectors jurídics amb significats diversos. Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que expressa les condicions mínimes que vetllen per la integritat de l'ordenament jurídic. En un sentit normatiu, engloba el sistema de valors i principis obligatoris i inderogables que inspira l'ordenament jurídic en la seva totalitat.

#### Dret de la Unió Europea

Malgrat que l'ordre públic sempre s'ha predicat d'ordenaments jurídics **estats**, cada cop més s'empra l'expressió *ordre públic* en relació amb el dret de la Unió Europea. Així, per exemple, en el considerant 25è. del Reglament (UE) núm. 1259/2010, i en relació amb l'excepció d'ordre públic *strictu sensu*, es parla de descartar l'aplicació del dret designat per la norma de conflicte si aquesta aplicació vulnera la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

#### a) Manifestació positiva i negativa de l'ordre públic

En el sector del dret aplicable del dret internacional privat, l'ordre públic té dues manifestacions:

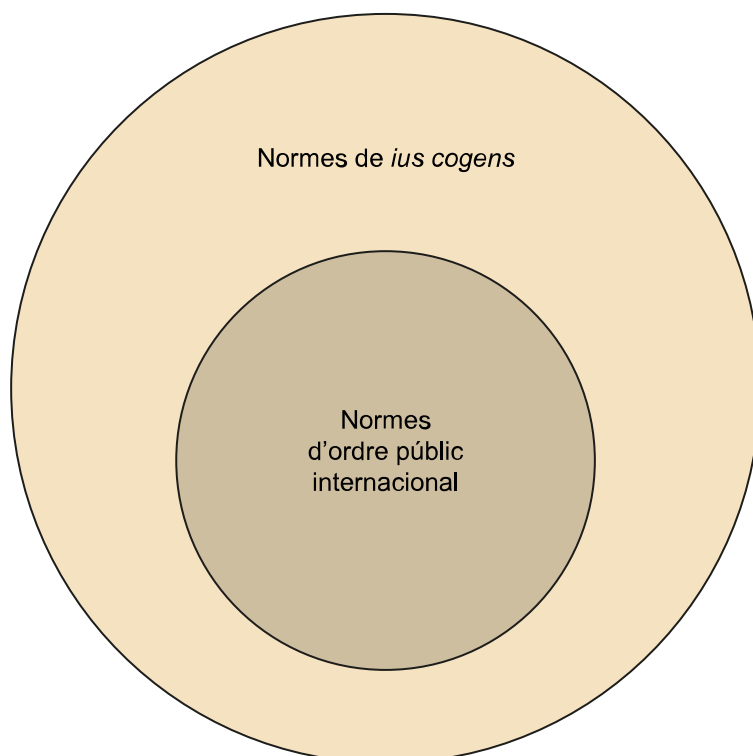
- **Positiva.** S'identifica amb les normes materials imperatives analitzades en el capítol precedent. Aquestes normes, com a tècnica de regulació directa de les situacions privades internacionals, descarten la intervenció de les normes de conflicte i conseqüentment eviten la possibilitat d'aplicació d'un dret estranger.
- **Negativa.** Actua com un correctiu funcional sobre la conseqüència jurídica d'una norma de conflicte, descartant l'aplicació del dret estranger. En aquest cas, l'ordre públic representa un rebuig a l'aplicació del dret estranger designat per la norma de conflicte que regula la situació privada internacional. Per aquesta raó parlem de **l'excepció** (a l'aplicació del dret estranger) d'ordre públic.

#### b) Ordre públic internacional enfront ordre públic intern

Tant en la seva versió positiva (tècnica de reglamentació directa) com negativa (excepció a l'aplicació del dret estranger), el concepte d'ordre públic és referent a l'**ordre públic internacional**, per diferenciar-lo de l'ordre públic intern.



Aquest darrer s'identifica amb les normes de *ius cogens* inderogables per les parts i actua plenament en les situacions privades internes; mentre que l'ordre públic internacional se circumscriu als valors i principis que es recullen en les normes de l'ordenament jurídic espanyol, que són inderogables en qualsevol situació, interna o internacional. Així, tota norma d'ordre públic internacional és una norma d'ordre públic intern, però no tota norma d'ordre públic intern és d'ordre públic internacional. Gràficament, aquests dos conceptes s'expressen en dos cercles concèntrics; el cercle exterior representa l'ordre públic intern, i l'interior, l'ordre públic internacional.



### Exemple

Les disposicions que determinen les legítimes són normes de *ius cogens*, d'ordre públic intern; per tant, en els casos en què és d'aplicació el dret espanyol, les legítimes són inderogables. Però en canvi, no són normes d'ordre públic internacional; és a dir, no contradiu l'ordre públic espanyol l'aplicació d'un dret successori estranger en què hi ha llibertat absoluta de disposar del total del cabal relict.

### Activitat 8

1) Procediu a la lectura de la **sentència del TSJ de Madrid de 28 de juliol de 2004**, relativa a una acció d'acomiadament improcedent per part d'un treballador contractat a Londres que feia la seva prestació laboral a Espanya, i contesteu les preguntes següents:

- D'acord amb el TSJ de Madrid, les normes espanyoles relatives a l'acomiadament improcedent i a la temporalitat en els contractes laborals, són normes d'ordre públic intern o internacional?
- En quin sentit hauria variat la resolució si les normes del dret del Regne Unit haguessin ofert un nivell de protecció per al treballador superior al contingut en el dret espanyol?

- Si el treballador no hagués dut a terme la prestació laboral a Espanya, s'hauria considerat contrària a l'ordre públic la renúncia del treballador a la reclamació per acomiadament improcedent?

2) Procediu a la lectura de l'article 56 de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil. Són equivalents les expressions *ordre públic internacional* i *ordre públic espanyol* que s'utilitzen en el primer i segon paràgraf de l'article referit?

### 2.7.2. Regulació de l'excepció d'ordre públic

La regulació de l'excepció d'ordre públic es troba a l'article 12.3 CC, que disposa:

«En cap cas no tindrà aplicació la llei estrangera quan resulti contrària a l'ordre públic.»

Amb una tècnica reguladora més precisa, els reglaments de la UE i els convenis internacionals de llei aplicable també preveuen en els seus articles les clàusules d'excepció d'ordre públic.

#### Exemples de clàusules d'excepció d'ordre públic en reglaments de la UE i convenis internacionals

- Article 13 del Protocol de la Haia sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries (2007): «L'aplicació de la llei designada pel Protocol sols es podrà eludir en el cas que els seus efectes siguin manifestament contraris a l'ordre públic del fòrum.»
- Article 26 del Reglament Roma II (obligacions extracontractuals) i Article 12 del Reglament núm. 1259/2010 (divorci i separació judicial): «Només es podrà excloure l'aplicació d'una disposició de la llei designada pel reglament present si aquesta aplicació és manifestament incompatible amb l'ordre públic del fòrum.»
- Article 21 del Reglament Roma I (obligacions contractuals): «Només es podrà excloure l'aplicació d'una disposició de la llei de qualsevol país designada pel reglament present si aquesta aplicació és manifestament incompatible amb l'ordre públic del fòrum.»
- Article 10 del Conveni de la Haia sobre la llei aplicable en matèria d'accidents de circulació per carretera (1971): «L'aplicació d'alguna de les lleis la competència de les qual declara el conveni present no podrà ser rebutjada, llevat que sigui manifestament contrària a l'ordre públic.»
- Article 10 del Conveni de la Haia sobre la llei aplicable a la responsabilitat per productes (1973): «Només es podrà deixar d'aplicar alguna de les legislacions declarades competents en el conveni present quan sigui manifestament incompatible amb l'ordre públic.»

Malgrat que els articles transcrits regulen la mateixa figura jurídica (excepció d'ordre públic), cap no té una redacció idèntica. Això sí, en tots es recull l'adverbi **manifestament**, que destaca l'excepcionalitat del recurs a aquesta figura per a descartar l'aplicació de la llei estrangera designada per les normes de conflicte que contenen els textos referits. Aquesta incompatibilitat manifesta també es predica en la regulació de l'excepció continguda en l'article 12.3 CC, malgrat l'omissió en la redacció.

A partir de la regulació legal, les **característiques** que es prediquen de l'excepció d'ordre públic són:

- **Territorialitat**, en reflectir únicament els principis i valors de l'ordenament jurídic propi, i no dels ordenaments jurídics estrangers.

- **Actualitat**, ja que no hi ha un concepte únic i immutable en el temps d'ordre públic.
- **Excepcionalitat**, perquè caldrà que la contradicció del dret estranger amb els principis i valors de l'ordenament propi sigui manifesta, i no és suficient una simple diferència de continguts.
- **Elasticitat**, perquè l'aplicació es fa a partir d'una tasca de valoració i ponderació que fan els òrgans judicials i autoritats públiques.
- **Generalitat**, ja que no admet excepcions en la seva aplicació, malgrat que, depenent del grau de vinculació que presenti el supòsit amb el territori espanyol, els seus efectes poden variar.

### 2.7.3. Configuració de l'ordre públic i supòsits

La referència bàsica en la configuració de l'ordre públic es troba en la Constitució, que conté els principis i valors fonamentals de l'ordenament jurídic espanyol.

La incidència més significativa es troba en el principi d'igualtat i no-discriminació consagrat, en termes generals, en l'article 14 de la norma fonamental. En els supòsits en què la llei estrangera estableixi un tractament discriminatori per raons de sexe, origen o religió, la contrarietat amb el principi d'igualtat constitucional és evident. També per raons d'ordre públic es descartaria l'aplicació del dret estranger que efectués un tractament diferenciat dels fills en raó del seu caràcter legítim (matrimonial) o il·legítim (39.2 CE).

#### **Exemple: afectació al principi d'igualtat**

Entre d'altres consideracions, en la Sentència de 28 d'octubre de 2008, l'Audiència Provincial de Barcelona va descartar l'aplicació del dret marroquí en un assumpte relatiu a la successió d'un causant de nacionalitat marroquina, ja que aquest ordenament jurídic preveu que en la successió d'un musulmà no poden tenir la qualitat d'hereu els no musulmans.

#### **Exemple: discriminació per raó de sexe**

Igualment, en la Resolució de la Direcció General de Registres i del Notariat de 10 de juny de 1999, va descartar l'aplicació del dret marroquí a la capacitat matrimonial d'una contraent marroquina, ja que aquest ordenament prohibeix el matrimoni d'una muller musulmana amb un home no musulmà.

#### **Exemple: afectació al principi d'interès superior del menor**

En la sentència de 22 de març de 2000, per motius d'ordre públic el TS va descartar l'aplicació del dret francès a un supòsit de determinació de la filiació extramatrimonial en la qual la menor tenia la nacionalitat francesa contra el presumpte pare biològic, de nacionalitat espanyola. En concret, es va considerar que el caràcter restringit dels motius per a investigar la paternitat i també el curt període de prescripció, previstos en el dret francès i que feien inviable l'acció, eren contraris al principi de «l'interès superior del menor» consagrat en la LO 1/96, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. Així mateix, que l'acció fos inviable d'acord amb el dret francès també comportava com a

conseqüència que no es pogués establir la nacionalitat espanyola de la menor amb efectes des del naixement, contradient l'article 11 de la CE, que atorga a la nacionalitat el rang de dret fonamental.

Una institució en què es reflecteix millor el caràcter actual de l'ordre públic és el **matrimoni**. L'article 32 de la Constitució espanyola consagra el dret a contraure matrimoni en plena igualtat jurídica i remet a la llei ordinària la regulació de les causes de divorci i separació. Abans de la Constitució espanyola es considerava qüestió d'ordre públic el caràcter indissoluble del matrimoni, fet que impedia que els òrgans judicials espanyols apliquessin lleis estrangeres que admetien el divorci, i menys si un dels cònjuges era espanyol. La llei del divorci dictada l'any 1981 derivada de la previsió constitucional va provocar que la configuració de l'ordre públic en aquesta matèria fos radicalment diferent, ja que es va passar a considerar d'ordre públic l'acceptació de la dissolubilitat del matrimoni. I més actualment, arran dels canvis legislatius en la matèria provocats per la Llei 13/2005, d'1 de juliol, s'obre una tendència a considerar igualment d'ordre públic el dret de tota persona a contraure matrimoni amb una persona del mateix sexe, malgrat que la seva llei personal no ho permeti.

#### Ordre públic econòmic

En sectors del **dret contractual** (condicions generals de contractació, contractes de treball i consum) i d'**ordenació del mercat** (dret de la competència i de defensa de la competència, etc.), hi ha normes d'ordre públic internacional que poden impedir l'aplicació d'un dret estranger que validi conductes o pràctiques contràries a aquest ordre públic econòmic.

#### Exemple

En la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid de 28 de setembre de 2000, en un assumpte relatiu al divorci de dos iranians, el Tribunal va rebutjar l'aplicació del dret iranià en considerar-lo contrari a l'ordre públic, ja que de manera discriminatòria i en perjudici de la muller permetia el dret del marit a revocar el divorci.

#### Activitat 9

Llegiu les resolucions de la RDGRN 7/2006 de 23 de novembre i 1/2008, de 22 de maig i contesteu les preguntes següents:

- 1) Quines qualificacions possibles es poden predicar del requisit de «diversitat de sexe» en la institució matrimonial?
- 2) En quins valors i principis concrets fonamenta la DGRN la consideració com a qüestió d'ordre públic internacional espanyol de la possibilitat de contraure matrimoni amb una persona del mateix sexe?
- 3) Quins efectes tindran els matrimonis celebrats a Espanya en els països de què són nacionals els contraents?
- 4) Com qualifica la DGRN la institució de la *civil partnership* continguda en el dret del Regne Unit?

### 2.7.4. Efectes de l'ordre públic

#### a) Rebuig a l'aplicació del dret estranger

El primer efecte de l'excepció d'ordre públic és descartar l'aplicació de la llei estrangera; ara bé, cal fer un rebuig total a l'aplicació del dret estranger o només de les normes concretes que resulten incompatibles amb l'ordre públic espanyol? Les diferents regulacions de la clàusula d'ordre públic no ofereixen una solució clara a la pregunta, ja que es refereixen genèricament a «la llei designada...» o a «la legislació declarada competent...». Únicament l'article 21 del Reglament Roma II és més precís en referir-se a «una disposició de la llei

#### Vegeu també

Trobareu les diferents regulacions de la clàusula d'ordre públic al subapartat «Regulació de l'excepció d'ordre públic» d'aquest mòdul.

de qualsevol país designada...». El caràcter excepcional que hem predicat de l'excepció comporta que sols s'han de descartar les normes concretes del dret estranger que resulten incompatibles amb l'ordre públic espanyol.

Exclosa l'aplicació de les disposicions del dret estranger incompatibles amb l'ordre públic, la llacuna creada s'integra amb l'aplicació a la causa de la *lex fori*, és a dir, del dret espanyol.

D'aquesta manera es garanteix la protecció dels principis o valors fonamentals de l'ordenament jurídic. El resultat pot ser l'aplicació acumulativa de normes de dos ordenaments jurídics, l'**estranger** en l'àmbit en què no presenta incompatibilitat amb l'ordre públic; i l'**espanyol**, en substitució del de les normes incompatibles.

### **Exemple**

L'article 23 de la Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional, regula d'una manera més precisa que l'article 12.3 CC l'excepció d'ordre públic internacional. Aquest article no solament precisa que la incompatibilitat de la llei estrangera amb l'ordre públic espanyol ha de ser «manifesta», sinó que també ofereix criteris d'aplicació de l'excepció: interès superior del menor i vincles substancials del supòsit amb Espanya; i també indica expressament que, en substitució de la llei estrangera, s'aplicarà la llei substantiva espanyola.

### **b) Efecte atenuat**

En determinats casos l'excepció d'ordre públic impedeix la creació en territori espanyol de situacions o actes jurídics. Així, per exemple, no es permetria davant l'autoritat civil espanyola la celebració d'un segon matrimoni poligàmic malgrat que el dret personal dels contraents ho permetés. Però altres vegades, l'acte o situació jurídica (per exemple, matrimoni poligàmic) ha estat creat a l'estranger. En aquests casos, l'ordre públic actua en l'àmbit del no-reconeixement de la situació creada a l'estranger. Però negar qualsevol efecte jurídic a la situació constituïda a l'estranger, a part d'afectar als drets adquirits, pot atemptar igualment a certs valors de l'ordenament jurídic propi. Així doncs, negar tot efecte jurídic al vincle matrimonial d'una segona o ulterior esposa d'un matrimoni poligàmic constituït a l'estranger, representaria negar, per exemple, qualsevol dret en matèria d'aliments, pensions públiques, successions, que li poguessin correspondre a la segona o ulteriors esposes i que tinguessin el seu origen en el vincle matrimonial poligàmic. En aquestes hipòtesis, i per evitar situacions que poden representar una desprotecció jurídica excessiva, es parla dels **efectes atenuats** de l'ordre públic. La determinació de quines conseqüències jurídiques s'admetran es farà cas per cas ponderant els interessos en presència.

#### **Exemple: pensions de viudetat i matrimonis poligams**

En la reclamació de prestacions socials per viduïtat instades per segones esposes de matrimonis poligàmics celebrats vàlidament a l'estranger es planteja el problema de si les peticionàries poden ser considerades «cònjuge supervivent» als efectes de l'article 174 de la Llei general de la Seguretat Social. En tots els casos els tribunals de justícia rebutgen el

reconeixement del segon vincle matrimonial poligàmic per ser contrari a l'ordre públic espanyol. Alguns òrgans judicials atorguen parcialment la prestació de viduïtat tot reconeixent certs efectes a la relació marital creada a l'estranger (vegeu la sentència del TSJ de Galícia de 2 d'abril de 2002); en canvi, d'altres la rebutgen (vegeu les sentències del TSJ de Catalunya de 30 de juliol del 2003 i de 27 de febrer del 2018).

### **Activitat 10**

#### **Mares de lloguer**

Fets: En John i la Caroline, californians, signen a Los Angeles un contracte amb l'Antonia, de nacionalitat espanyola, que té per objecte el lloguer del ventre de l'Antonia als efectes de gestar un nadó. La inseminació de l'òvul de l'Antonia es produeix amb esperma del John. L'Antonia, de comú acord amb el John i la Caroline, decideix passar la part final de l'embaràs a Barcelona, però el naixement es produeix a Los Angeles. Després del part l'Antonia retorna a Barcelona on té la seva residència habitual. Es produeix una discrepància en certes partides econòmiques derivades del contracte, ja que el John i la Caroline consideren que l'Antonia va manipular certes factures del seguiment mèdic de l'embaràs, essent l'import motiu de discrepància de 10.450 €.

Procedeixi a la lectura de la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 2 de febrer de 2015, Recurs 245/2012, i contesti les següents preguntes:

Variant A:

El John i la Caroline demanden a l'Antonia davant dels jutjats de Barcelona, reclamant-li el retorn dels 10.450 € pagats indegudament en compliment del contracte. De quin argumentari defensiu disposa l'Antonia?

Variant B (Per la part de reconeixement i execució):

El John i la Caroline demanden a l'Antonia davant dels jutjats de Los Angeles, reclamant-li el retorn del 10.450 € pagats indegudament en compliment del contracte. El Jutge de Los Angeles emet sentència per la qual estima la demanda. Quin argumentari defensiu disposa l'Antonia per a oposar-se al reconeixement i execució de la resolució judicial estrangera?

### 3. L'aplicació del dret estranger

#### 3.1. Introducció

Els actes i negocis jurídics que interessin al dret internacional privat es caracteritzen per presentar elements fàctics, o jurídics, estrangers. Són aquests elements els que, si es recullen en els punts de connexió de les normes de conflicte, poden comportar l'aplicació d'un dret estranger. Quan es planteja un afer de dret internacional privat davant d'un òrgan judicial espanyol, aquests elements hauran de ser al·legats i provats, per a determinar a continuació quin haurà de ser el dret substantiu aplicable, que, si es tracta d'un dret estranger, igualment haurà de ser conegut per l'òrgan judicial.

Així doncs, esdevé clau determinar quin és el tractament processal que s'atorga al dret estranger que es reclama aplicable per la norma de conflicte. La resposta que es doni a aquesta qüestió marcarà el desenvolupament del procediment judicial.

Si es tracta el dret estranger de la mateixa manera que el dret propi, li serà aplicable la màxima processal de *da mihi factum, dabo tibi ius*. Per contra, si el dret estranger s'equipa als fets, l'al·legació i prova de part esdevindrà l'única via per a l'aplicació final al cas. I tot això sense oblidar la intensitat en què actuen els principis dispositiu i inquisitiu en els processos civils, i també el respecte als drets processals constitucionalitzats en l'article 24 de la CE.

#### Actes de jurisdicció voluntària

L'article 10 de la Llei 15/2015, de 3 de juliol, de jurisdicció voluntària, disposa: «Els òrgans judicials espanyols aplicaran als expedients i actes de jurisdicció voluntària respecte dels quals resultin competents, la llei determinada per les normes de la Unió Europea o espanyoles de dret internacional privat».

#### Lex loci regit processum

L'article 3 LEC estableix que els processos civils que se segueixin en territori espanyol, llevat de les excepcions que es puguin preveure en els convenis internacionals, es regiran únicament per les normes processals espanyoles.

## 3.2. Pressupòsits bàsics

### 3.2.1. Caràcter imperatiu de la norma de conflicte: article 12.6 del Codi civil

L'article 12.6 CC estableix el caràcter imperatiu de les normes de conflicte espanyoles en disposar l'aplicació d'ofici per part dels tribunals i autoritats. Les conseqüències d'aquesta imperativitat són que els particulars no poden eludir lliurement l'aplicació de les normes de conflicte a les situacions privades que els afectin, i que els òrgans judicials i autoritats també s'hi troben vinculats.

Quan la conseqüència jurídica de la norma de conflicte és l'aplicació del dret propi, la imperativitat assegura que els particulars no eludeixen l'aplicació del dret espanyol a les seves relacions privades; ara bé, quan la norma de conflicte reclami l'aplicació d'un dret estranger, aquesta imperativitat es pot veure condicionada pel tractament processal que s'atorgui al dret estranger i per les facultats que es concedeixin al jutge per a facilitar-li el coneixement i l'aplicabilitat al cas.

#### Normes de conflicte en convenis internacionals o en el dret de la UE

El **caràcter imperatiu** també és predicable de les normes de conflicte contingudes en els convenis internacionals ratificats per Espanya o en els reglaments de la UE. En aquests casos, fins i tot, es podria parlar d'una imperativitat reforçada ja que l'incompliment es podria considerar un incompliment de les obligacions internacionals assumides per l'Estat espanyol com a ratificant del conveni internacional, o un incompliment del dret de la UE.

### 3.2.2. Tractament processal del dret estranger: article 281.2 LEC

L'article 281 LEC enceta el capítol V del llibre segon dedicat a «La prova». Després de consagrar en el primer apartat que els fets són l'objecte de la prova, en el segon apartat s'estableix que «també serà objecte de prova el costum i el dret estranger».

El dret estranger rep el tractament processal d'element objecte de prova, que haurà de ser sotmès a debat contradictori durant el procediment i que no podrà ser aplicat d'ofici per part de l'òrgan judicial.

Aquest article estableix una certa diferenciació entre els simples fets, objecte natural de la prova en el procediment, respecte a altres realitats, com el costum i el dret estranger, que tenen un paper regulador i normatiu en el litigi. Això no obstant, el punt de partida és que el dret estranger rep el mateix tractament processal que els fets, molt allunyat del principi *iura novit curia* que s'aplica al dret propi. Però això no significa que s'hagi de considerar la prova del dret estranger com una qüestió de simple interès de les parts processals. L'objectiu del procés és establir una decisió justa i emparada a llei, que si s'escau i ho reclama la norma de conflicte, s'haurà de fonamentar en un dret estranger. La necessitat de prova del dret estranger no deriva de les alegacions fàctiques que facin les parts sinó del mandat imperatiu de la norma de conflicte. Per tant, són els interessos mateixos del procediment els que reclamaran una actuació proactiva de l'òrgan judicial en la prova del dret estranger.



### 3.3. Règim d'al·legació i prova

D'acord amb els pressupòsits bàsics que s'acaben d'esmentar, el principi bàsic és que correspon a les parts processals la càrrega de l'al·legació i prova del dret estranger.

#### 3.3.1. Al·legació dels elements d'estrangeria

Un *prius* per a l'aplicació judicial del dret estranger és que les parts processals al·leguin i provin els elements fàctics o jurídics que configuren el punt de connexió de la norma de conflicte.

Si, per exemple, l'aplicació del dret estranger està condicionada per la nacionalitat d'una persona, o la seva residència habitual, o pel lloc on es va subscriure un negoci jurídic, caldrà que les parts processals interessades procedeixin a l'al·legació i, si escau, prova, com en qualsevol altra circumstància que configura l'objecte i la causa d'una acció processal. Però si les parts processals, estratègicament, oculten o guarden silenci sobre aquests elements i n'ometen la prova, l'acció es veurà òrfena dels elements d'estrangeria que justifiquin l'aplicació a l'assumpte d'un dret estranger reclamat per la norma de conflicte.

#### Exemple

En una acció de responsabilitat contractual que té per objecte un contracte d'arrendament de serveis professionals, en la qual un arquitecte, nacional espanyol establert a París, demanda una empresa constructora establerta a Espanya, en pagament dels honoraris corresponents a la revisió d'uns plànols constructius, si la part actora pretén que s'apliqui el dret francès esdevindrà necessari que prèviament al·legui i provi que la seva residència habitual es troba a París, per a provocar l'aplicació conseqüent de l'article 4.1.b) del Reglament Roma I, que estableix com a llei aplicable el dret del país de la residència habitual del qui presta dels serveis professionals; en aquest cas, l'arquitecte. Igualment podria succeir que la part demandada, interessada en l'aplicació del dret espanyol segons l'article 3.1 del mateix Reglament Roma I, d'aplicació preferent que l'anterior, al·legués que de la documentació que configura la relació contractual entre les parts es va pactar la submissió al dret espanyol de les seves relacions. En el primer cas, la part actora hauria d'al·legar i provar per qualsevol mitjà de prova el fet que resideix a París (empadronament, documents administratius de l'exercici de l'activitat professional, etc.); i en el segon cas, la demandada hauria de provar el fet que hi va haver un pacte de llei aplicable entre les parts (contracte, document d'encàrrec professional, interrogatori de les parts, etc.). Però si la part actora omet qualsevol referència a la seva residència habitual a l'estranger, l'element d'estrangeria desapareixeria de la causa i el cas es podria tractar com un supòsit purament intern.

#### Exemple

En el cas resolt per la sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas de 12 de novembre de 2003, en l'acció de protocol·lització de testament hològraf d'un causant de nacionalitat alemanya es va aplicar el dret espanyol, pel fet que no es va indicar que el causant era alemany.

### 3.3.2. Al·legació del dret estranger

L'article 281.2 LEC no esmenta expressament que el dret estranger hagi de ser al·legat. Una interpretació sistemàtica de l'article referit amb l'article 12.6 CC permet concloure que **no caldria la seva al·legació de part**, ja que el caràcter imperatiu de la norma de conflicte comportaria que l'òrgan judicial d'ofici introduís en el procediment el debat sobre el dret estranger.

També la jurisprudència del TS manté aquesta tesi en afirmar:

«la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 CC). Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado.»

SSTS d'1 d'abril de 2011, 23 de març 2010 i 10 de juny 2005.

Ara bé, en la praxi l'equiparació del dret estranger com a element processal objecte de prova, obliga a l'al·legació de part.

En els articles 399 a 413 de la LEC es regula el tràmit d'al·legacions inicials en el procés ordinari. El moment processal per a formular al·legacions i configurar les pretensions i l'acció processal són els escrits de demanda i contestació a la demanda; i, si escau, de demanda reconvençional i contestació a la demanda reconvençional. Serà en aquest tràmit processal durant el qual les parts hauran d'efectuar les al·legacions relatives als fets o situacions jurídiques que provoquen que ens trobem en una situació privada internacional; i també el moment d'al·legar l'aplicació a la causa del dret estranger i de la norma de conflicte que en justifica la seva aplicació.

#### Jurisdicció social

En el judici verbal civil, l'actor portarà a terme les al·legacions en el seu escrit de demanda, i el demandat les formularà oralment durant l'acte del judici en el moment de contestar a la demanda. En els judicis relatius a contractes individuals de treball que se segueixin davant la jurisdicció social d'acord amb la Llei de procediment laboral, l'al·legació del dret estranger es produirà, per part de l'actor, en l'escrit de demanda, i per part del demandat, en l'acte del judici (art. 80 i 85 LPL).

### 3.3.3. Règim de prova del dret estranger

La prova del dret estranger presenta particularitats respecte al règim general de prova i es troba regulada suscintament a l'article 33 LCJI.

#### Art. 400.1 LEC

La regla establerta en l'article 400.1 LEC impediria que una acció basada en dret espanyol que hagués estat desestimada es reobris en un plet ulterior en el qual l'actor la fonamentés segons uns fets i un dret estranger que hagués pogut al·legar en el primer judici; i també el supòsit invers, en què l'acció desestimada s'hagués fonamentat en un dret estranger, i es pretengués iniciar un nou litigi amb el mateix objecte fonamentat aquest cop en dret espanyol.

#### LCJI

Llei 29/2015, de 30 de juliol, de Cooperació jurídica internacional en matèria civil (en endavant LCJI).

## 1) Càrrega i moment de la prova

És la part processal interessada (actor o demandat) en què el dret estranger sigui aplicable la qui tindrà la càrrega de la seva prova. Això no obsta que si escau, totes les parts en litigi duguin a terme la iniciativa en matèria de prova del dret estranger.

Respecte a la proposició i pràctica de la prova del dret estranger, és d'aplicació el règim general existent en aquestes matèries. La proposició de la prova del dret estranger es durà a terme en primera instància durant l'acte de l'audiència prèvia (art. 429.1 LEC), si es tracta d'un procediment ordinari, o durant l'acte del judici en el procediment verbal (443.4 LEC). Respecte a les proves que siguin inadmeses en primera instància, si la part va formular oportunament recurs de reposició i protesta posterior, se'n podrà reproduir la sol·licitud en l'escrit d'interposició del recurs d'apel·lació (460.2. LEC). En tots els casos la pràctica de la prova del dret estranger es durà a terme durant l'acte del judici, respectant el **principi de contradicció de part**.

### Exemple: prova en segona instància

En el cas resolt per la Sentència de l'Audiència Provincial de Badajoz de 23 d'abril de 2008, segons l'article 460 LEC l'òrgan judicial va rebutjar l'aportació de prova documental en segona instància sobre el contingut i vigència de l'article 160 del CC colombià, ja que no es tractava d'un «fet» de nova notícia, i hauria estat possible per a la part haver-ho aportat en primera instància juntament amb el seu escrit d'al·legacions inicials.

## 2) Objecte de prova

L'incís final de l'article 281.2 LEC, així com l'article 33 de la LCJI, determinen que el dret estranger haurà de ser provat respecte al seu **contingut i vigència**. Hi ha una línia jurisprudencial consolidada, prèvia a la promulgació de la nova LEC 2000, per la qual la prova del dret estranger, no tan sols comprenia el contingut i vigència, sinó també, la **interpretació i l'aplicabilitat** de la norma estrangera al cas concret. Es tracta una prova rigorosa i concreta que culminava amb l'exigència que l'aplicació del dret estranger no «suscités el menor dubte raonable als Tribunals espanyols».

L'objectiu és permetre que el jutge espanyol pugui resoldre l'assumpte segons el dret estranger de la mateixa manera que ho faria el jutge estranger, aplicant el seu dret propi.

## 3) Mitjans de prova

No hi ha una llista taxada de mitjans de prova del dret estranger. Les pautes marcades per la jurisprudència sobre els mitjans de prova del dret estranger són:

### Fets admesos

Continua persistint la càrrega de la prova del dret estranger fins i tot en el cas que les parts en litigi estiguin d'acord amb el contingut; és a dir, una de les singularitats de la prova del dret estranger és que sobre aquesta no és predicable la teoria dels **fets admesos**, recollida en l'apartat tercer de l'article 281 LEC.

Singular fou el cas resolt per l'Audiència Provincial de les Illes Balears en sentència de data 26 d'abril de 2005, en el qual es va acceptar com a prova del contingut i vigència del dret britànic la conformitat de les parts, i es va justificar la decisió per evitar més dilacions en el procediment.

### Nota

Vegeu STS 30 d'abril 2008, 4 de juliol de 2006 i 11 de maig de 1989, etc.

### Article 281.2 *fine* LEC

L'article 281.2 *fine* LEC preveu que per a l'aplicació del dret estranger, l'òrgan judicial «pugui valer-se dels mitjans d'esbrinament que siguin necessaris».

a) **La prova documental.** El contingut i vigència del dret estranger es prova per mitjà de documents públics expedits per autoritats competents com:

- Certificacions expedides per funcionaris diplomàtics o consulars estrangers del país del dret que és objecte de prova, acreditats a Espanya.
- Certificacions expedides per funcionaris diplomàtics o consulars espanyols acreditats en el país estranger del dret que és objecte de prova.
- Certificacions expedides per la Direcció General de Codificació i Cooperació jurídica internacional del Ministeri de Justícia.
- Certificacions d'autoritats habilitades per a informar sobre el dret estranger en virtut dels convenis internacionals ratificats per l'Estat espanyol.

Les col·leccions legislatives privades, originals o fotocòpies, que recullin dret estranger, es consideren insuficients per a la prova. Això no obstant, tot aquest conjunt de documents privats poden ser aportats per les parts com a indicis de prova, per provocar una actuació posterior del jutge en aquest sentit.

### Internet

Interessant és el que diu, amb caràcter d'*obiter dictum*, la sentència del Tribunal Suprem de 3 d'abril de 2018 (recurs núm. 2544/2015) en relació amb els webs on es recullen normes d'ordenaments jurídics estrangers:

«Las partes no han discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del derecho colombiano que cada una de ellas ha alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del derecho español. A ello hay que añadir que, como ambas partes apuntan en sus escritos, la «aplicación» que del derecho extranjero debe hacer el tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional).»

b) **Pericial.** L'article 33.4 de la LCJI fa referència expressa a aquest mitjà de prova. Sobre els requisits o qualificacions dels perits, la jurisprudència espanyola no marca una solució unívoca. En la major part dels casos es tracta de juristes (advocats, docents universitaris, notaris...) del país del dret que és objecte de prova, però res no impedeix, i així s'ha acceptat expressament, que es tracti de juristes espanyols experts en la matèria.

Tal com succeeix en la prova documental, el procediment habitual és que els informes pericials s'aportin amb els escrits d'al·legacions inicials. Igualment, però, seria factible que en aplicació de l'article 339.2 LEC les parts processals, amb anunci previ en els seus escrits inicials, sol·licitessin que per part de l'òrgan judicial es procedís al nomenament judicial de perit, per a la prova del dret estranger.

### Article 323 LEC

L'article 323 LEC regula el tractament processal i la força probatòria dels documents públics estrangers, que, com s'ha vist, són els més idonis per a la prova del contingut i vigència del dret estranger.

### criteris valoració prova del dret estranger

Els apartats 2n i 4t de l'article 33 de la LCJI, regulen per primer cop els criteris de valoració de la prova del dret estranger, tot indicant que: a) les regles de la **sana crítica** determinaran el valor probatori de la prova practicada per acreditar el contingut i vigència del dret estranger; i b) els informes o dictàmens que es presentin sobre el dret estranger **no** tindran caràcter vinculant. Aquestes novetats no suposen un canvi en els criteris que els jutjats i tribunals de justícia espanyols aplicaven per a la valoració de les proves del dret estranger.

### Activitat 11

Lectura de les sentències de l'Audiència Provincial de Castelló de 19 de gener de 2009 i de l'Audiència Provincial de Girona de 12 de gener de 2011, en què es fa un interessant resum sobre els mitjans de prova del dret estranger.

#### 3.3.4. Règim de recursos

Les parts processals poden considerar afectats els seus interessos en el supòsit que l'òrgan judicial dicti resolucions per les quals s'hagi denegat o dificultat la prova del dret estranger en primera instància; o quan, un cop provat aquest, considerin que la interpretació o aplicació que se'n fa és incorrecta. El plantejament de totes aquestes qüestions és possible en el **recurs d'apel·lació**, atesa la manca pràctica de motius taxats per a la interposició del recurs referit.

##### a) Recurs extraordinari per infracció processal

El **recurs extraordinari per infracció processal** (art. 468 i seg. LEC) únicament es podria plantejar en els supòsits en els quals s'ha produït una denegació de mitjans de prova del dret estranger, o una frustració de la prova del dret estranger instada diligentment per la part processal, que sigui imputable a l'actuació de l'òrgan judicial i que hagi provocat indefensió.

##### b) Recurs de cassació

La infracció de l'aplicació correcta del dret estranger també podria motivar un **recurs de cassació**, segons la previsió que es fa en l'article 477.1 LEC, ja que es tractaria d'una infracció de normes aplicables per a resoldre qüestions objecte del procés. El problema és que la infracció referida compleixi algun dels tres requisits de recurribilitat previstos en el segon apartat de l'article referit. Mereix una atenció especial el tercer requisit «d'interès cassacional», ja que en la *praxi* rarament s'obtidran o hi haurà precedents d'aplicació d'un dret estranger concret en les sentències del Tribunal Suprem o audiències provincials en què s'hagin resolt de manera diferent la interpretació i aplicació de les mateixes normes jurídiques estrangeres.

#### 3.4. El paper de l'òrgan judicial en l'al·legació i prova del dret estranger

El caràcter imperatiu de la norma de conflicte i la singularitat processal del dret estranger comporten també que al jutge se li requereixi una actuació singular en relació amb l'al·legació i prova del dret estranger. La LEC no estableix una **regulació específica sobre les obligacions/facultats del jutge** en aquesta matèria. La resposta la trobem en els mecanismes genèrics de direcció i impuls processal que s'atorguen a l'òrgan judicial amb els límits que imposen els principis dispositiu i de contradicció de part.

#### Exemple

L'actuació dels òrgans judicials que motivaren el recurs d'empara constitucional resolt en la STC 10/2000, seria un clar supòsit que hauria permès la interposició de recurs extraordinari per infracció processal. Trobareu aquest cas a l'apartat «El paper de l'òrgan judicial en l'al·legació i prova del dret estranger» d'aquest mòdul.

#### Exemple

En la Sentència del TS, sala civil, de 13 de gener de 2015, l'alt Tribunal va revisar en cassació la correcta aplicació de diverses normes jurídiques dels ordenaments jurídics de New Jersey i Arizona.

### Exemple

Encara a l'empara de l'antiga LEC, l'Audiència Provincial de Madrid ja va procedir d'ofici a instar en segona instància prova del dret estranger enfront de la inactivitat de part produïda en primera instància. Per a fer-ho es va recolzar en la doctrina emesa pel TC en la sentència 10/2000, i pel TS en la sentència de 3 de març de 1997, que establia literalment:

«si el jutgador, amb l'aportació de les parts, no es considera suficientment il·lustrat, ha d'actuar d'ofici i investigar la norma aplicable».

SAP Madrid de 28 de setembre de 2000.

En la Sentència 10/2000, de 17 de gener, el Tribunal Constitucional va marcar, tímidament, una pauta de comportament dels jutges en l'aplicació i prova del dret estranger, consistent en requerir una participació activa dels òrgans judicials en la prova del dret estranger que no frustri les expectatives de les parts. Aquesta doctrina manté el caràcter complementari o coadjuvant del jutge respecte a l'actuació de les parts, a les quals continua corresponent la iniciativa i la configuració de l'objecte del procés, ja que el requeriment d'actuació judicial té com a condicionament previ una actuació diligent de la part en la prova del dret estranger.

### STC 10/2000

Els fets que motivaren el recurs d'empara constitucional resolt per la STC 10/2000 són certament singulars. La senyora Charlouian, de nacionalitat armènia i resident a Bilbao, va instar davant dels jutjats de primera instància de Bilbao demanda de separació matrimonial contra el seu espòs, també armeni i resident a Bilbao. L'advocat de la part actora va aportar en primera instància com a prova del dret armeni una còpia privada del Codi civil de la URSS de 1987 vigent a Armènia i la seva traducció privada no signada. Les proves documentals referides foren admeses i declarades pertinents, però el jutjat de primera instància va desestimar la demanda en no considerar acreditat el dret armeni. En segona instància, la part actora va sol·licitar nova prova documental pública per la qual s'adrecés ofici al Ministeri d'Exteriors d'Armènia, perquè lliures còpia del contingut del Codi civil de la URSS de 1987 i en certifiqués la vigència a Armènia, o alternativament lliurés còpia de la regulació del matrimoni i de les causes de separació i dissolució matrimonial d'Armènia. Un cop practicada aquesta prova, es va comprovar l'existència d'un error material, ja que la documentació rebuda no es corresponia amb les normes reguladores de la separació i divorci d'Armènia. Davant d'aquest error, la part actora va haver de sol·licitar la reproducció de la prova mal practicada. Aquest segon cop tampoc no es va poder practicar la prova perquè la comissió rogatòria, senzillament, es va extraviar. Malgrat la reiteració i recursos de la part actora perquè es practiqués la prova, la sala va considerar que el termini de prova en segona instància s'havia de considerar preclòs, i va dictar finalment resolució per la qual confirmava la sentència d'instància i desestimava la demanda.

Són diversos els mecanismes processals que té l'òrgan judicial per a participar activament en l'al·legació i prova del dret estranger.

Cal recordar, en primer lloc, que en l'incís final de l'article 281.2 LEC s'atorga al jutge la facultat de valer-se dels mitjans d'esbrinament necessaris per a l'aplicació del dret estranger. Igualment, segons l'apartat segon de l'article 429.1 LEC, és factible al jutge advertir a les parts de la insuficiència de la prova que proposen sobre el dret estranger, i orientar-les sobre els mitjans de prova per proposar. En el mateix sentit, i aquest cop de manera excepcional però amb una autèntica iniciativa judicial, l'article 435.2 LEC permetria al jutge, d'ofici o a instància de part, acordar la pràctica de prova en la fase de diligen-

#### Processos especials (arts. 748 a 781 LEC)

Més activa hauria de ser la participació de l'òrgan judicial en la prova del dret estranger en els processos sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors regulats en els articles 748 a 781 de la LEC, en els quals, genèricament, ja se'l faculta perquè d'ofici proposi les proves que cregui pertinents (art. 752.1 LEC). En aquestes matèries, el predomini d'un interès públic permet a l'òrgan judicial suplir la passivitat de part en l'al·legació i prova del dret estranger.

cies finals. En aquest cas el fet habilitant seria la insuficiència o frustració de les proves acordades inicialment sense que calgués la negligència prèvia de les parts processals.

### Exemple

En el supòsit que la prova aportada per les parts es limiti a documents privats (per exemple, simples fotocòpies o extractes de pàgines web), segons l'article 429.1 LEC, el jutge pot indicar a les parts com a mitjà de prova per proposar els oficis corresponents per a obtenir una còpia certificada sobre el contingut i vigència del dret estranger.

### Exemple

En aplicació de la facultat de l'òrgan judicial de valer-se dels mitjans d'esbrinament necessaris per a l'aplicació del dret estranger (art. 281.2 LEC), l'Audiència Provincial d'Osca va investigar d'ofici el contingut del Codi de família marroquí promulgat el 3 de febrer de 2004 (*Al Mudawana*) via la pàgina web del Consell General del Poder Judicial sobre informació del dret estranger. Finalment, però, aquesta prova del dret estranger va fracassar, ja que l'òrgan judicial no va considerar acreditat que el codi de família marroquí fos aplicable al cas per raons de dret transitori.

SAP d'Osca de 27 de novembre 2007.

Habilitat novament per l'incís final de l'article 281.2 LEC, el coneixement privat que el jutge pugui tenir sobre el dret estranger també s'ha de considerar un mitjà de prova apte per a l'aplicació del dret estranger (STS de 4 de juliol de 2006 i 17 de març de 1992). En aquests casos, però, la qüestió debatuda és l'afectació que pot tenir als drets de defensa de les parts i al principi de congruència la introducció sobtada en la sentència del dret estranger sense haver estat al·legat en cap moment per les parts que fonamentaven les seves pretensions jurídiques en dret espanyol. Ara bé, la consideració que l'aplicació del dret estranger per iniciativa exclusiva judicial pot representar una ingerència judicial indeguda en la configuració de l'objecte del procés causant d'indefensió, ha estat negada pel Tribunal Constitucional segons el caràcter imperatiu de les normes de conflicte (STC 8/2011, de 28 de febrer de 2011).

L'article 216 LEC, en consagrar el **principi de justícia rogada**, limita els elements decisoris d'un procés als fets, proves i pretensions aportades per les parts, però admet excepcions en casos especials previstos legalment. L'aplicació d'ofici de les normes de conflicte establertes a l'article 12.6 CC es podria considerar com a cas especial, als efectes de l'article 216 LEC, que en justificués la iniciativa plena del jutge en la matèria. Aquesta tesi no decauria per la necessitat de **congruència** de les sentències, ja que una interpretació progressista de l'article 218.1 LEC igualment permetria considerar que el dret estranger, com a norma aplicable al cas, no cal que hagi estat citat o al·legat per les parts. Igualment, en matèria de prova del dret estranger, l'article 282 LEC permet al jutge proposar d'ofici la pràctica de proves quan ho estableix així la llei. La necessitat de prova del dret estranger i el caràcter imperatiu de la norma de conflicte permetrien justificar aquesta iniciativa de l'òrgan judicial en la prova del dret estranger, i estendre l'aplicació d'ofici a la conseqüència jurídica de les normes de conflicte.

#### Coneixement privat del jutge

No són estranys els supòsits en què un jutge, destinat durant anys en el mateix partit judicial on és significativa la presència d'una població estrangera amb un mateix origen nacional, hagi resolt diverses vegades afers idèntics segons el dret personal de la població referida i estigui familiaritzat en l'aplicació i ús d'un dret estranger concret.

### 3.5. La informació sobre el dret estranger

Els articles 34 a 36 de la LCJI regulen el mecanisme per obtenir informació del dret estranger i també el deure de col·laboració de les autoritats espanyoles per informar sobre dret espanyol que s'hagi d'aplicar davant tribunals estrangers. Juntament amb aquesta regulació, cal tenir present que Espanya ha ratificat dos convenis multilaterals que tenen per objecte facilitar la informació sobre el dret estranger entre els estats ratificants als efectes de l'aplicació per part dels seus òrgans judicials respectius.

Aquests tractats són:

- El Conveni Europeu relatiu a la informació sobre el dret estranger, fet a Londres el 7 de juny de 1968 (BOE núm. 240, de 7 d'octubre de 1974); i
- la Convenció interamericana sobre prova i informació del dret estranger, feta a Montevideo el 8 de maig de 1979 (BOE núm. 11, de 13 de gener de 1988).

Tant la LCJI com els dos convenis multilaterals funcionen pel mecanisme d'autoritats centrals o d'enllaç, que són les encarregades en cada estat de vehicular les sol·licituds d'informació que formulin els òrgans jurisdiccionals.

#### Sol·licitud d'informació

Són els òrgans jurisdiccionals els únics facultats per a formular la sol·licitud d'informació. Les parts només poden plantejar a l'òrgan judicial l'oportunitat de presentar la sol·licitud. El mecanisme ordinari de funcionament és que l'òrgan jurisdiccional adrexi la seva petició d'informació a l'autoritat central pròpia i que aquesta la remeti a l'autoritat central del país estranger; però també hi ha l'opció que l'òrgan jurisdiccional adrexi directament la petició a l'autoritat central estrangera. Les peticions d'informació han de ser concretes i justificades, amb una exposició dels antecedents rellevants del cas que permeti entendre millor els punts concrets sobre els quals cal informar. Les respostes que s'emetin podran incorporar textos legislatius, precedents jurisprudencials, i també incloure valoracions doctrinals sobre l'assumpte; i podran ser emeses directament per l'autoritat central de l'estat requerit o per organismes privats o juristes experts.

Així doncs, les parts processals poden activar les peticions d'informació del dret estranger que es preveuen en la LCJI i en els tractats internacionals referits, recollint-ho expressament en la seva proposició de prova en l'audiència prèvia, tot sol·licitant de l'òrgan judicial l'emissió de l'ofici corresponent, ja sigui adreçat a l'autoritat central espanyola o a l'autoritat central estrangera. Els termes en què es formulen tant les peticions d'informació com les respostes, permetrien, per mitjà d'aquest únic mitjà de prova, assolir els objectius de prova del contingut, vigència, interpretació i aplicació al cas del dret estranger.

#### Convenis bilaterals

Espanya ha signat algun conveni bilateral pel qual es preveu l'intercanvi genèric d'informació jurídica sobre el contingut dels ordenaments jurídics respectius –vegeu, per exemple, l'article 17 del Conveni d'assistència judicial en matèria civil i mercantil entre els regnes d'Espanya i Tailàndia, fet a Madrid el 15 de juny de 1998. Ara bé, en aquests convenis no es desenvolupa un sistema que permeti facilitar la prova d'aquest dret estranger en els procediments judicials.

#### L'autoritat central

En tots els casos, l'autoritat central o d'enllaç espanyola és la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia.



### 3.6. Conseqüències de la manca d'al·legació i prova del dret estranger

La necessitat d'al·legació i prova del dret estranger planteja la possibilitat que, en ocasions, les diligències processals que es practiquin tinguin com a resultat la NO acreditació del dret estranger; i això obliga els òrgans judicials a preveure una determinada resposta davant el fracàs de la prova del dret estranger. Dues són les opcions: a) aplicar de forma substitutòria el dret espanyol, i b) desestimar la demanda.

#### Causas del fracàs de la prova del dret estranger

Les causes que poden provocar el fracàs de la prova del dret estranger són heterogènies: actitud negligent de les parts, o de l'òrgan judicial, incorrecte funcionament dels mecanismes de cooperació internacional, incorrecció tècnica de la proposició de la prova, cost econòmic excessiu que la part no pot costejar, etc.

#### Exemple: prova diabòlica

En l'assumpte resolt per la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 3 de juny de 2008, relatiu a una separació matrimonial de dos cònjuges alemanys, es van dur a terme les diligències pertinents per a provar el dret alemany aplicable a la causa. Aquesta prova va fracassar perquè el dret alemany no preveu la figura de la separació matrimonial (la prova era impossible, ja que es tractava d'un «fet» inexistent). El mateix problema es va presentar en el cas resolt per l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 24 de juny de 2004. En el primer cas, l'òrgan judicial va optar per aplicar el dret espanyol, mentre que en el segon va desestimar la demanda.

#### Una tercera opció: retrotraure actuacions

Davant la manca de prova del dret estranger, la solució que va adoptar l'Audiència Provincial de les Illes Balears en la Sentència de data 9 d'octubre de 2002, fou la de retrotraure les actuacions al moment de presentació de la demanda a l'empara del que disposa l'article 429 LEC. Aquesta opció és minoritària i no representa una solució davant la manca d'acreditació del dret estranger, ja que el que es produeix és una nova obertura de la fase probatòria per a procedir a un segon intent de prova del dret estranger, que igualment pot tornar a fracassar. En altres paraules, no és una solució que posi fi al procediment.

#### 3.6.1. Aplicació substitutiva del dret espanyol

L'apartat tercer de l'article 33 de la LCJI disposa:

«Amb caràcter excepcional, en aquells supòsits en els quals no s'hagi pogut acreditar per les parts el contingut i vigència del dret estranger, podrà aplicar-se el dret espanyol».

Els tribunals de justícia han recorregut majoritàriament a aquesta solució per la qual, abans d'haver de procedir a una desestimació de la demanda que podria representar una denegació autèntica de justícia contrària a l'article 24 de la Constitució espanyola, opten com a solució substitutòria per l'aplicació del dret espanyol. En aquest sentit, diverses vegades el Tribunal Suprem ha manifestat que en els casos en què, al·legat el dret estranger per les parts, si aquestes no procuren cap activitat probatòria per a l'acreditació o la prova que es practica esdevé insuficient, escau resoldre l'assumpte d'acord amb el dret espanyol. Igualment i com a *obiter dicta*, s'expressava el Tribunal Constitucional en la Sentència 10/2000, de 17 de gener de 2000.

La Sentència del Tribunal Suprem de 4 de juliol de 2006 s'expressa en els termes següents:

#### Estratègies omissives de les parts

Una problemàtica diferent la provoca el fet que les parts processals hagin omès tota referència als elements d'estrangeria i/o a les normes de conflicte en presència i/o aplicació del dret estranger, i hagin fonamentat les seves al·legacions únicament sobre la base del dret espanyol. En aquests casos esdevé clau l'actuació de l'òrgan judicial. Si aquest, d'ofici, pren la iniciativa de la prova del dret estranger, la resolució del cas sobre la base del dret estranger que hagi quedat acreditat pot suposar una vulneració del principi dispositiu i del principi de congruència. Per contra, si també es manté passiu davant l'estratègia omissiva de les parts o les diligències de prova que es practiquessin esdevinguessin insuficients, l'única solució que garantiria el respecte al caràcter imperatiu de les normes de conflicte seria la de desestimació de la demanda.

«Esta disposición, semejante al artículo 281.2 de la Ley procesal actualmente en vigor, ha llevado a este Tribunal y a la doctrina que lo ha comentado, a la tradicional consideración según la cual el derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca, **deberá aplicarse el derecho español** (SSTC 10/2000; 155/2001 y 33/ y sentencias de esta Sala de 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990, 16 julio 1991, 23 octubre 1992, 31 diciembre 1994, 9 febrero 1999, además de las anteriormente citadas).»

Més precisa en la identificació dels supòsits en què s'aplica aquesta tesi, però en els mateixos termes, s'expressava la Sentència del Tribunal Suprem de 13 de desembre de 2000 en afirmar:

«Nos encontramos, así, ante el supuesto, estudiado por diversas resoluciones de esta Sala, en que los órganos judiciales se ven imposibilitados para fundamentar la aplicación del derecho extranjero, **ya porque no ha sido suficientemente acreditada su exacta entidad o su verdadero alcance e interpretación, ya porque, como aquí sucede, la parte que lo invoca se ha desentendido totalmente de la actividad inherente a la carga de la prueba que respecto al mismo**, como cuestión de hecho, pesa sobre ella. La solución a que ha llegado la doctrina jurisprudencial a que nos referimos (SS. de 7 de septiembre de 1990 y 11 de mayo de 1989, entre muchas otras) es la de que procede resolver la cuestión debatida con arreglo a las normas de derecho sustantivo de nuestro propio ordenamiento jurídico.»

Si s'ha produït una simple al·legació de part del dret estranger, la crítica que es formula a aquesta solució és que no permet sancionar actituds estratègiques de les parts negligents en l'activitat probatòria del dret estranger. Certament es pot considerar que la part processal negligent en matèria de prova s'arrisca que li sigui d'aplicació el dret espanyol, però, des de la perspectiva de la part, aquest pot ser un risc volgut i consentit. Així mateix l'adopció genèrica d'aquesta solució implica deixar a la lliure disposició de part l'objecte del procediment, i consagra la norma de conflicte com a norma facultativa i no imperativa, quan comporta l'aplicació d'un dret estranger. Aquest efecte és especialment greu en el supòsit en què l'objecte del litigi es correspon amb matèries que no són de disposició lliure de les parts.

Per contra, en els casos en què l'acció judicial es fonamenta exclusivament a l'empara d'un dret estranger, la resolució de la causa segons el dret espanyol pot afectar la congruència de la resolució en produir-se una alteració de la pretensió jurídica de les parts.

### **Exemple: congruència**

En el cas resolt per la sentència del Tribunal Suprem de 3 d'abril de 2018 (recurs núm. 2544/2015) les parts van formular les seves al·legacions sobre la base del dret estranger:

«Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso con arreglo al derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario, la aplicación al caso del derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, resulta incorrecta.»

### 3.6.2. Desestimació de la demanda

La literalitat de l'article 33.3 de la LCJI –«amb caràcter excepcional» i «podrà aplicar-se»–, permet la pervivència d'aquesta solució que ha estat seguida per certa jurisprudència menor. Concebut el dret estranger com a element objecte d'al·legació i prova de part i alhora com a norma jurídica que ha de configurar la pretensió jurídica de la causa, la manca d'al·legació i prova únicament pot comportar la desestimació de la demanda. Aquesta tesi porta fins a les últimes conseqüències el que disposa l'article 217.1 LEC, pel qual l'òrgan judicial ha de desestimar la demanda quan els «fets» que l'actor havia de provar no han quedat acreditats suficientment.

#### Jurisprudència

Vegeu les sentències de l'Audiència Provincial de Castelló de 16 de gener de 2009, Audiència Provincial de Lleó de 7 de maig de 2008, Audiència Provincial de Las Palmas de 13 de juny de 2008, Audiència Provincial de Madrid de 20 de maig de 2008, etc.

En els supòsits en els quals les parts sí que han al·legat el dret estranger i el que s'ha produït ha estat una prova insuficient d'aquest, la desestimació de la demanda pot representar una sanció massa dura si en la insuficiència de la prova no ha intervingut negligència de part. D'acord amb la doctrina emesa pel Tribunal Constitucional en la ja citada Sentència 10/2000, si el fracàs de la prova del dret estranger és imputable a una actuació omissiva i obstruccionista de l'òrgan judicial, l'opció de desestimar la demanda implicaria una denegació de justícia causant d'indefensió i, per tant, contrària a l'article 24 de la Constitució espanyola.

#### Exemple

El sentit de les resolucions dels jutjats de primera instància i audiències provincials en el cas que va donar peu a la Sentència del Tribunal Constitucional 10/2000, foren els de desestimar la demanda per manca de prova del dret estranger. Curiosament, dels antecedents coneguts del cas, la part actora va interessar inicialment que si el dret armeni no quedava acreditat l'assumpte es resolgués d'acord amb el dret espanyol, segons la tesi explicada en l'apartat precedent.

#### Activitat 12

Llegiu les sentències del Tribunal Constitucional núm. 155/2001, de 2 de juliol, i núm. 33/2002, d'11 de febrer, i contesteu les preguntes següents:

- 1) Tota desestimació a la demanda que tingui el seu origen en una manca de prova del dret estranger representa una denegació de justícia causant d'indefensió?
- 2) Per quina solució s'inclina el Tribunal Constitucional davant la manca d'acreditació del dret estranger?

### 3.7. Aplicació extrajudicial del dret estranger

L'aplicació del dret estranger per part d'autoritats no jurisdiccionals (notaris, registradors, etc.) es basa igualment en l'article 12.6 CC, que indica que els tribunals i **autoritats** aplicaran d'ofici les normes de conflicte. Les normes sectorials que regulen l'actuació d'aquestes autoritats (reglament notarial, llei del registre civil, reglament hipotecari, etc.) contenen disposicions específiques en relació amb la prova del dret estranger, essent l'article 281.2 LEC d'aplicació

subsidiària. Així mateix, l'article 35.1 de la LCJI habilita notaris i registradors per a formular sol·licituds d'informació del dret estranger a l'autoritat central espanyola.

### **Portal e-justícia**

Aquesta direcció general ha recordat recentment (resolucions de 15 de febrer de 2016, de 5 de gener i de 17 d'abril de 2017 i de 7 de setembre de 2018) tant a registradors com a notaris la conveniència d'avançar en el coneixement dels ordenaments jurídics més usuals en la pràctica jurídica a Espanya, especialment si formen part de la Unió Europea. Per tal de facilitar l'aplicació del dret estranger en l'àmbit extrajudicial, han d'acudir no solament als mitjans previstos en l'article 36 del Reglament hipotecari, i excepcionalment als articles de la Llei de cooperació jurídica internacional, sinó també als mitjans que proporciona l'entorn e-justícia, en l'àmbit europeu, i col·laborar activament en la resolució de conflictes de dret internacional privat. L'accés a les bases de dades jurídiques d'altres estats membres facilita que els notaris, en exercici de les competències atribuïdes en la Llei, puguin emetre informes relatius al dret estranger i que els registradors puguin motivar adequadament la seva decisió. En tots dos casos es facilita el trànsit jurídic de béns i serveis, en un entorn en el qual l'existència d'un element d'estrangeria és un element habitual del negoci jurídic, i es contribueix a reforçar el desenvolupament d'un dels pilars essencials de la construcció europea. En aquest sentit, amb el valor d'eina informativa, cal conèixer el portal <https://e-justice.europa.eu>, gestionat per la Comissió Europea.

Direcció General dels Registres i del Notariat (Resolució de 18 desembre de 2018)

### **3.7.1. Aplicació del dret estranger per part d'autoritats encarregades del registre civil (art. 100 LRC)**

En el registre civil espanyol han de constar els fets i actes inscripibles que afectin els espanyols, ja siguin ocorreguts a Espanya o a l'estranger, i els ocorreguts a Espanya que afectin els estrangers (art. 9 LRC).

#### **Exemple: matrimoni d'estrangers a Espanya**

En el cas que dos estrangers, nacionals turc i xilena, vulguin contraure matrimoni a Espanya, la capacitat dels contraents quedarà regulada per les respectives lleis nacionals (art. 9.1 CC). Correspondrà a l'encarregat del registre civil on es tramiti l'expedient matrimonial previ la comprovació de la capacitat.

L'article 100 de la LRC permet acreditar el contingut i la vigència del dret estranger per, entre d'altres, els següents mitjans:

- Les manifestacions o informes d'un notari o cònsol espanyol.
- Les manifestacions o informes d'un diplomàtic, cònsol o autoritat competent del país la legislació del qual resulti aplicable.
- El coneixement privatiu que tingui el mateix encarregat del registre civil.

### **3.7.2. Aplicació del dret estranger per part de notaris**

En autoritzar escriptures públiques (compravendes d'immobles, constitucions de societats, acceptacions d'herència), els notaris es poden veure obligats a aplicar un dret estranger. En destaquem els tres supòsits més representatius.

### a) Capacitat d'atorgants estrangers

Si els que compareixen davant notari per atorgar escriptures públiques són estrangers, el notari actuant haurà d'efectuar el **judici de capacitat** i legitimació pertinent d'acord amb la llei del país de la nacionalitat de l'atorgant (art. 9.1 CC).

#### **Exemple: capacitat per a testar d'un estranger**

Si una persona de nacionalitat estrangera vol atorgar testament notarial davant un notari espanyol, la seva capacitat per a testar ve determinada per la seva llei personal (nacionalitat) d'acord amb l'article 9.1 CC.

En aquests casos, l'article 168.4art del RN permet l'acreditació del dret estranger pels següents mitjans:

- coneixement privatiu del propi notari,
- certificació del cònsol o representant diplomàtic a Espanya.

### b) Menció del règim econòmic matrimonial.

El règim econòmic matrimonial dels atorgants d'escriptures públiques també és una menció que els notaris han de consignar quan les autoritzen (art. 159 RN). Aquesta dada esdevé important si l'acte que s'autoritza té transcendència real i registral.

#### **Compra d'immobles per part d'estrangers**

Si un matrimoni de nacionalitat estrangera, o en el qual un dels cònjuges és estranger, pretén adquirir en escriptura pública un immoble situat a Espanya, el notari haurà d'indicar el règim econòmic matrimonial dels compradors de la mateixa manera que ho faria en el cas que els compradors fossin nacionals espanyols (art. 159 RN), i en fer-ho haurà d'utilitzar normes de conflicte.

Si els compareixents es troben sotmesos a un règim econòmic matrimonial previst en un ordenament jurídic estranger, el notari actuant haurà d'identificar la llei estrangera que resulti aplicable al règim econòmic matrimonial utilitzant les normes de conflicte de l'ordenament jurídic espanyol (art. 9.2 CC o Reglament UE 2016/1103), podent-se valer del seu coneixement privatiu o d'altres mitjans per a fer-ho.

#### **Doctrina de la DGRN**

El notari espanyol està obligat a aplicar la norma de conflicte espanyola (article 12.6 del Codi civil) i a determinar, d'acord amb aquesta norma, la llei material que resulti aplicable al règim econòmic matrimonial dels cònjuges. Així, encara que el notari desconegui el contingut de la llei material estrangera, ha de reflectir degudament en la compareixença de l'instrument públic la norma aplicable a les relacions patrimonials entre cònjuges. En definitiva, no ha de confondre's la falta d'obligació de conèixer el dret estranger amb el deure de determinar quina és la legislació estrangera aplicable.

Direcció General dels Registres i del Notariat (Resolució de 19 d'octubre de 2018)

### c) Successions

Un altre àmbit important de matèries en què els notaris es veuen obligats a aplicar dret estranger és en els temes successoris regits per un dret estranger (testaments, actes de declaració d'hereus i/o acceptació d'herències, etc.). En aquests casos, els notaris igualment poden utilitzar els mitjans d'acreditació del dret estranger referenciats en els apartats precedents.

#### **Doctrina de la DGRN**

Des d'un punt de vista tècnic, el més correcte seria que el notari autoritzant fes un judici exprés, en el cos de l'escriptura, sobre la prova de la llei aplicable a la successió. No obstant això, de la lectura del document ho dona per provat fent referència al judici de llei del notari suec (que acompanya la còpia autoritzada), formulat directament en espanyol i postil·lat.

És sabut que l'article 36 del Reglament hipotecari té el caràcter de norma especial en matèria de cooperació jurídica civil i mercantil (disposició addicional primera de la Llei 29/2015), com totes les reguladores de la inscripció de documents estrangers, quan siguin compatibles amb el que es disposa en la llei. Això, però, no impedeix que el notari espanyol hagi format la seva convicció acceptant un document notarial estranger que expressa un judici sobre la prova del dret i les lleis successòries sueques.

Com ha reiterat aquest centre directiu, en un cas de dret successori d'un estat membre amb instruments suficients per a la prova d'aquest, és de senzilla comprovació si fos posada en dubte.

Direcció General dels Registres i del Notariat (Resolució de 14 de març de 2019)

### **3.7.3. Aplicació del dret estranger per part de registradors de la propietat i mercantils**

#### **a) La qualificació registral i el caràcter territorial de les normes registrals**

La funció principal que duen a terme els registradors és el de la qualificació de la legalitat dels documents inscripcionables en els registres. Aquests documents tant poden provenir d'una autoritat pública espanyola (en essència, resolucions judicials i documents notariais), com d'una autoritat pública estrangera (en essència, resolucions judicials i escriptures notariais).

Les normes que regeixen els registres públics de la propietat i mercantil (lleï hipotecària, reglament del registre mercantil i normes concordants) són d'estricta aplicació territorial; és a dir, la inscripció en els referits registres únicament es porta a terme si es compleixen els requisits previstos en la llei espanyola. Això provoca que les referides normes prevegin disposicions especials per a regular la qualificació de documents estrangers i la conseqüent inscripció dels actes o negocis que s'hi recullen. El caràcter territorial de les normes registrals no obsta que els registradors també es vegin sotmesos al caràcter imperatiu de les normes de conflicte (art. 12.6 CC) i que, conseqüentment, es vegin en la necessitat d'aplicar dret estranger.

#### **b) Documents públics espanyols**

Quan es presenten a inscripció escriptures notariais autoritzades per notaris espanyols que contenen elements d'estrangeria i/o que han comportat l'aplicació d'un dret estranger, el registrador actuant controlarà que el docu-

ment compleix els requisits registrals i amb les normes de dret internacional privat espanyol. En aquests supòsits, l'actuació del registrador consistirà, en essència, en el control de l'actuació del notari espanyol i en la correcta aplicació del dret estranger.

### Exemple

Si es pretén la inscripció de la propietat sobre un immoble que consta en una escriptura de compravenda autoritzada per un notari espanyol en la qual la part compradora va trobar-se representada en l'acte per un poder de representació atorgat a l'estranger, el registrador actuant comprovarà la suficiència del poder per a l'atorgament.

### c) Documents públics estrangers

Quan es presenten al registre (de la propietat o mercantil) documents estrangers, la inscripció es practicarà si els referits documents reuneixen els requisits exigits per les normes de dret internacional privat espanyol; i a més el registrador haurà de comprovar que el document estranger reuneix els requisits de forma i solemnitat que li atorga l'ordenament jurídic de procedència, així com la capacitat dels atorgants. Els mitjans d'acreditació del compliment del dret estranger que podran utilitzar els registradors es troben recollits a l'article 36 del Reglament hipotecari (vegeu també l'article 5.3 del Reglament del Registre Mercantil) i són els mateixos que consten en l'article 100 de la LRC:

- manifestacions o informes d'un notari o cònsol espanyol,
- manifestacions o informes d'un diplomàtic, cònsol o autoritat competent del país la legislació del qual resulti aplicable,
- coneixement privatiu que tingui el propi registrador.

#### Reconeixement i inscripció en registres públics

La inscripció de documents públics estrangers també s'ha d'analitzar com un supòsit de reconeixement, als quals li són específicament aplicables els articles 58 a 61 de la Llei 29/2015 LCJl. En conseqüència, l'epígraf 3.7.2 c) també s'hauria pogut ubicar en el mòdul didàctic «Reconeixement i execució de resolucions judicials estrangeres».

## Resum

Hi ha una pluralitat de tècniques de reglamentació de les situacions de tràfic jurídic extern que respon als diversos interessos en presència i que s'insereix dins del sistema de fonts del dret internacional privat.

Les tècniques de reglamentació es classifiquen en els tipus següents:

1) **Directes.** Ofereixen una regulació substantiva a la situació de tràfic jurídic extern, i responen al mecanisme comú de regulació de la norma jurídica. Dins de les tècniques directes, trobarem dos tipus de normes:

a) **Normes materials imperatives.** Són normes materials d'un ordenament jurídic que fonamenten la seva aplicació en la protecció dels principis i valors fonamentals d'aquest mateix ordenament jurídic.

b) **Normes materials especials.** Són normes que regulen directament i específicament situacions privades internacionals, i si escau, de manera diferenciada de la prevista per a les situacions purament internes.

2) **Indirectes.** Ofereixen una regulació mediata i que se centra a establir un criteri de connexió entre la situació privada i un ordenament jurídic, que serà el que regularà materialment l'assumpte. La norma representativa de la tècnica indirecta és la **norma de conflicte**.

Les **normes de conflicte multilaterals** tenen l'estructura següent:

- Supòsit de fet, que està format per conceptes o categories jurídiques.
- Punt de connexió, que són les circumstàncies que expressen un vincle entre la situació privada internacional i un ordenament jurídic determinat.
- Conseqüència jurídica, que serà l'aplicació de les normes de l'ordenament jurídic vinculat amb el supòsit de fet per mitjà del punt de connexió.

Per mitjà de **normes de conflicte unilaterals** el legislador delimita l'abast d'aplicació del dret propi a supòsits de tràfic jurídic extern.

En el procés d'aplicació de les normes de conflicte es poden plantejar, entre d'altres, els problemes següents:

- La **qualificació**. Els problemes de qualificació es presenten en el moment de la selecció de la norma de conflicte aplicable i, bàsicament, quan afecten institucions jurídiques estrangeres desconegudes en l'ordenament jurídic



espanyol. L'article 12.1 CC prescriu que la qualificació s'efectuarà sempre *ex lege fori*.

- El **reenviament**. El problema del reenviament se situa en els conflictes negatius entre normes de conflicte de diversos ordenaments, en els casos en què la norma de conflicte comporta com a conseqüència jurídica l'aplicació d'un dret estranger i aquest, mitjançant les seves normes de conflicte pròpies, rebutja la competència reguladora que li ha estat conferida. Els convenis internacionals i reglaments de la UE de llei aplicable exclouen el recurs al reenviament. L'article 12.2 CC només accepta el reenviament de primer grau o retorn.
- La **remissió a un sistema plurilegislatiu**. Si les normes de conflicte efectuen la remissió a favor de la llei d'un estat plurilegislatiu es planteja el problema de determinar quina de les diverses legislacions locals en presència ha d'esdevenir aplicable finalment. No hi ha una solució unívoca per a resoldre-ho. Per a les normes de conflicte d'origen autònom, l'article 12.5 CC preveu una solució de remissió indirecta per la qual són els criteris de resolució dels conflictes de lleis interns establerts en l'estat plurilegislatiu els que determinen la legislació aplicable finalment.
- **Excepció d'ordre públic**. L'excepció d'ordre públic representa un rebuig a l'aplicació del dret estranger cridat per la norma de conflicte quan aquest és contrari als principis i valors essencials de l'ordenament jurídic espanyol.

L'article 12.6 CC estableix el caràcter imperatiu de les normes de conflicte espanyoles en disposar-ne l'aplicació d'ofici per part dels tribunals i autoritats. Això no obstant, quan la norma de conflicte reclama l'aplicació d'un dret estranger, aquesta imperativitat es veu condicionada pel tractament processal del dret estranger que, d'acord amb l'article 281.2 LEC, requereix que sigui sotmès a prova.

Són les parts processals, actor o demandat, les que tenen la càrrega de l'al·legació i prova del dret estranger, del qual s'haurà de provar el contingut, vigència, interpretació i aplicabilitat al cas. El TC i TS mantenen una doctrina consistent a requerir una participació activa dels òrgans judicials, complementària o coadjuvant respecte a l'actuació de les parts, en la prova del dret estranger.

Els **mitjans de prova** del dret estranger admesos per la jurisprudència són la prova documental pública i la prova pericial. Espanya ha ratificat el Conveni europeu relatiu a la informació sobre el dret estranger (Londres, 1968) i la Convenció interamericana sobre prova i informació del dret estranger (Montevideo, 1979), per a facilitar la prova del dret estranger durant els procediments judicials.

En cas de fracàs de la prova del dret estranger, l'article 33.3 de la LCJI preveu com a solució substitutòria que l'assumpte es pugui resoldre d'acord amb el dret espanyol.

## Exercicis d'autoavaluació

### Les tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable

1. La norma de conflicte és una tècnica de reglamentació que...

- a) només es troba present en normes d'origen autònom.
- b) es pot trobar present en convenis internacionals i reglaments de la UE però no en lleis internes.
- c) es pot trobar present en convenis internacionals, reglaments de la UE i en lleis internes.

2. Es pot orientar materialment una norma de conflicte si...

- a) presenta punts de connexió alternatius.
- b) presenta punts de connexió jerarquitzats.
- c) Totes les respostes anteriors són correctes.

3. La nacionalitat actua com a punt de connexió de naturalesa...

- a) jurídica, immutable i rígida.
- b) fàctica, mutable i rígida.
- c) jurídica, mutable i rígida.

4. Com a tècnica de reglamentació en dret internacional privat, les normes materials imperatives...

- a) preveuen l'element d'estrangeria en la formulació.
- b) s'apliquen només a supòsits que presentin una vinculació personal amb l'ordenament jurídic espanyol.
- c) tenen vocació d'aplicació a tots els supòsits compresos dins del seu àmbit d'aplicació.

5. La pluralitat de tècniques de reglamentació en el sector del dret aplicable...

- a) és una característica pròpia del dret internacional privat espanyol.
- b) és una característica compartida en la majoria dels sistemes de dret internacional privat.
- c) és una característica que s'explica a partir de la pluralitat del sistema de fonts del dret internacional privat espanyol.

6. Les normes de conflicte bilaterals que es troben en l'ordenament jurídic espanyol poden comportar l'aplicació...

- a) únicament d'un dret estranger.
- b) únicament del dret espanyol.
- c) tant del dret espanyol com d'un dret estranger.

7. Les normes materials especials...

- a) són normes l'aplicació de les quals depèn sempre una norma de conflicte que localitzi el supòsit en l'ordenament jurídic espanyol.
- b) són sempre normes d'aplicació facultativa.
- c) són normes pensades especialment per a regular situacions privades internacionals.

8. L'article 10.1 del CC és una norma de conflicte...

- a) de formulació unilateral.
- b) de formulació bilateral.
- c) d'aplicació facultativa

9. En dret internacional privat, les lleis de policia...

- a) són únicament normes de dret públic.
- b) són normes d'aplicació territorial no aplicables a supòsits de tràfic jurídic extern.
- c) són normes que poden descartar l'aplicació d'un dret estranger.

10. Els supòsits de fet de les normes de conflicte...

- a) preveuen l'element d'estrangeria en la seva formulació.
- b) se solen correspondre amb categories o institucions jurídiques.
- c) incorporen la *lex causae* en la seva formulació.

11. El Conveni de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, fet a Viena l'11 d'abril de 1980...

- a) s'aplica a tot contracte internacional de mercaderies.
- b) s'aplica si el comprador i venedor tenen l'establiment en el mateix estat contractant.
- c) s'aplica si el comprador i venedor tenen l'establiment en diferents estats contractants.

12. El Conveni sobre llei aplicable a la responsabilitat per productes, fet a la Haia el 2 d'octubre de 1973, respon a la tècnica de reglamentació...

- a) normes de conflicte bilaterals.
- b) normes de conflicte unilaterals.
- c) normes materials especials.

13. El Reglament (CE) núm. 864/2007, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals (Roma II), respon a la tècnica de reglamentació...

- a) directa.
- b) indirecta.
- c) normes d'aplicació.

14. Les Comunitats Autònomes...

- a) tenen competència exclusiva per a regular els conflictes de lleis internacionals.
- b) tenen competència per a regular la determinació del veïnatge civil.
- c) tenen competència per a delimitar l'abast d'aplicació del propi dret foral que promulguin.

15. Les normes de conflicte que es troben en tractats internacionals...

- a) sols poden comportar com a conseqüència jurídica l'aplicació del dret d'un estat ratificant.
- b) sempre són facultatives, no obligatòries, si comporten com a conseqüència jurídica l'aplicació del dret d'un estat ratificant.
- c) cap de les respostes anteriors és correcta.

#### **Problemes d'aplicació de les normes de conflicte**

16. La qualificació per a determinar la norma de conflicte aplicable...

- a) es fa d'acord amb la llei espanyola.
- b) es fa d'acord amb la *lex causae*.
- c) es pot fer d'acord amb la llei espanyola o amb la *lex causae*.

17. La qualificació d'una institució desconeguda en l'ordenament jurídic espanyol...

- a) s'ha de fer necessàriament d'acord amb l'ordenament jurídic d'on prové la institució referida.
- b) es fa *ex lege fori* a partir de les institucions o categories jurídiques presents en l'ordenament jurídic espanyol que tenen una equivalència funcional amb la institució estrangera.
- c) provoca necessàriament un conflicte de qualificacions.

18. En dret internacional privat, els problemes de qualificació...

- a) sols es presenten per a determinar la norma de conflicte aplicable.
- b) es presenten quan es tracta de qualificar institucions jurídiques estrangeres desconegudes en l'ordenament jurídic espanyol.
- c) Cap de les anteriors respostes és correcta.

19. El reenviament...

- a) implica l'existència d'un conflicte positiu entre normes de conflicte de diferents ordenaments jurídics.
- b) representa l'existència d'un conflicte negatiu entre normes de conflicte de diferents ordenaments jurídics.
- c) representa la presa en consideració de les normes de conflicte contingudes en la *lex fori*.

20. El jutge espanyol...

- a) sempre ha d'acceptar el reenviament de retorn a favor de la llei espanyola.
- b) sempre ha d'acceptar el reenviament de retorn i ha de prendre en consideració el reenviament de segon grau que es pugui produir a favor de lleis estrangeres.
- c) ha de prendre en consideració el reenviament de retorn que es pugui produir a favor de la llei espanyola.

21. Els convenis internacionals sobre llei aplicable que ha ratificat Espanya...

- a) solen acceptar el reenviament si és a favor de la llei d'un estat ratificant del conveni.
- b) tan sols accepten el reenviament a favor de la *lex fori*.
- c) no solen acceptar la figura del reenviament.

22. La solució acceptada per a la determinació de la llei aplicable a una qüestió prèvia és:

- a) L'aplicació de la llei interna que reguli la qüestió principal.
- b) L'aplicació de les normes de conflicte del dret que regulin la qüestió principal.
- c) L'aplicació de les normes de conflicte del fòrum que regulin la qüestió prèvia.

23. Els sistemes jurídics plurilegislatius de base personal...

- a) en preveure una diversitat de legislacions en raó a l'ètnia o religió de les persones, són contraris a l'ordre públic espanyol.
- b) resolen els conflictes interns de lleis d'acord amb la distribució territorial de les diverses legislacions locals en presència.
- c) fan impossible que segons el punt de connexió de la nacionalitat es pugui establir una remissió directa.

24. D'acord amb l'article 12.5 CC, per a resoldre el problema que planteja la remissió a un sistema jurídic plurilegislatiu...

- a) caldrà aplicar els criteris previstos en l'ordenament estranger per a resoldre els seus conflictes interns de lleis.
- b) caldrà aplicar els criteris previstos en l'ordenament estranger per a resoldre els conflictes internacionals de lleis.
- c) caldrà aplicar els criteris previstos en l'ordenament espanyol per a resoldre els conflictes interns de lleis.

25. Si la conseqüència de l'aplicació d'una norma de conflicte és l'aplicació del dret espanyol...

- a) no es produeix un problema de remissió a un ordenament plurilegislatiu.
- b) necessàriament es produirà un problema de remissió *ad intra*.

c) es podrà produir un problema de remissió *ad intra* si l'aplicació del dret espanyol deriva d'un reenviament de retorn.

26. D'acord amb l'article 9.4 CC, en la determinació de la llei aplicable en una acció de declaració de paternitat, el conflicte mòbil es pot plantejar...

- a) quan es produeix un canvi en la nacionalitat del presumpte pare.
- b) quan es produeix un canvi en la residència habitual del presumpte pare.
- c) quan es produeix un canvi en la residència habitual del fill.

27. Perquè es produeixi un frau de llei en l'aplicació de les normes de conflicte cal que s'eludeixi l'aplicació de normes...

- a) imperatives estrangeres.
- b) estrangeres.
- c) espanyoles.

28. L'excepció d'ordre públic regulada a l'article 12.3 CC implica deixar d'aplicar un dret estranger...

- a) que contradigui normes de *ius cogens* espanyoles.
- b) que vulneri els principis universals del dret internacional privat.
- c) que vulneri drets fonamentals continguts en la CE.

29. L'excepció d'ordre públic prevista en els convenis internacionals de llei aplicable ratificats per Espanya...

- a) mai no pot representar deixar d'aplicar el dret substantiu d'un estat ratificant del conveni.
- b) implica deixar d'aplicar un dret estranger que vulneri manifestament els principis i valors essencials comuns dels ordenaments jurídics del conjunt dels estats ratificants.
- c) requereix que la contradicció amb l'ordre públic internacional espanyol sigui manifesta.

30. El fet que la poligàmia sigui una institució contrària a l'ordre públic espanyol...

- a) impedeix que en territori espanyol es puguin celebrar matrimonis poligàmics amb contraents espanyols.
- b) no impedeix el reconeixement a Espanya d'un matrimoni poligàmic celebrat a l'estranger.
- c) impedeix que a l'estranger es puguin celebrar matrimonis poligàmics amb contraents espanyols.

### L'aplicació del dret estranger

31. Les normes de conflicte presents en el dret internacional privat espanyol...

- a) depenent de la font jurídica en la qual s'ubiquin, són imperatives o facultatives.
- b) són imperatives si comporten l'aplicació del dret espanyol i facultatives si comporten l'aplicació de dret estranger.
- c) són imperatives.

32. Processament, el dret estranger...

- a) rep el mateix tractament que els fets sotmesos al principi *iura novit curia*.
- b) rep un tractament singular pròxim al del dret espanyol.
- c) rep un tractament singular pròxim al dels fets.

33. En la Llei d'enjudiciament civil s'estableix...

- a) que el dret estranger ha de ser sotmès a prova.
- b) que correspon a les parts l'al·legació del dret estranger.
- c) que correspon a les parts l'al·legació i prova del dret estranger.

34. En el procediment civil, els mitjans de prova del dret estranger...

- a) es troben taxats i són la prova documental i la pericial.
- b) no es troben taxats, i les parts no es poden valer de qualsevol mitjà d'esbrinament per a aplicar-lo.
- c) són, bàsicament, la prova documental i la pericial.

35. Si les parts processals mostren la seva conformitat sobre el contingut del dret estranger...

- a) en tractar-se d'un fet sobre el qual no hi ha controvèrsia, no caldrà que sigui objecte de prova.
- b) en tractar-se d'un fet sobre el qual no hi ha controvèrsia, no caldrà que sigui objecte de prova, però sí que caldrà que se'n provi la vigència i aplicabilitat al cas.
- c) caldrà igualment que sigui objecte de prova el contingut del dret estranger.

36. La simple còpia documental d'una pàgina web que contingui lleis estrangeres...

- a) per si sola permet acreditar el contingut del dret estranger.
- b) no té eficàcia probatòria plena.
- c) té plens efectes probatoris sobre contingut i interpretació del dret estranger si es tracta d'una web oficial.

37. Davant la manca de prova del dret estranger, l'òrgan judicial...

- a) ha d'aplicar d'ofici el dret espanyol només si la manca de la prova del dret estranger és imputable a negligència de les parts.
- b) pot desestimar la demanda si la manca de la prova del dret estranger és imputable a negligència de les parts.
- c) ha de desestimar la demanda si la manca de la prova del dret estranger és imputable a negligència de les parts.

38. D'acord amb el Conveni europeu relatiu a la informació sobre el dret estranger, fet a Londres el 7 de juny de 1968...

- a) les parts d'un procediment civil es troben legitimades per a instar davant l'autoritat central de l'estat propi la petició d'informació sobre el dret estranger.
- b) els òrgans judicials es troben legitimats per a instar a l'autoritat central de qualsevol estat ratificant la petició d'informació sobre el dret estranger.
- c) les parts d'un procediment civil es troben legitimades per a instar davant els òrgans judicials de qualsevol estat contractant la petició d'informació sobre el dret estranger.

39. La infracció de l'aplicació correcta del dret estranger en un procediment pot motivar un recurs...

- a) de cassació.
- b) extraordinari per infracció processal.
- c) de reposició.

40. La necessitat que les resolucions judicials respectin el principi de congruència...

- a) impedeix a l'òrgan judicial assumir la iniciativa en matèria de prova del dret estranger.
- b) obliga a l'òrgan judicial a desestimar la demanda en cas de manca de prova del dret estranger.
- c) impedeix a l'òrgan judicial introduir en el procés elements fàctics d'estrangeria que no hagin estat al·legats per les parts.

41. Un procediment en el qual la part actora va fonamentar la seva pretensió en un dret estranger i que ha finalitzat amb la desestimació de la demanda per manca de prova del dret estranger...

- a) produeix efecte de cosa jutjada formal i es pot tornar a plantejar de nou si l'actora basa la pretensió jurídica en el dret espanyol.
- b) produeix efecte de cosa jutjada material i es pot tornar a plantejar de nou si l'actora basa la pretensió jurídica en el dret estranger.
- c) produeix efecte de cosa jutjada material i no es pot tornar a plantejar de nou malgrat que l'actora basi la pretensió jurídica en el dret espanyol.

42. La prova pericial sobre dret estranger pot ser emesa...

- a) només per juristes del país estranger el dret del qual és objecte de prova.
- b) per juristes espanyols.
- c) només per juristes espanyols.

43. En els processos sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors regulats en els articles 748 a 781 de la LEC, l'òrgan judicial es troba especialment facultat per a...

- a) assumir la iniciativa en matèria de prova del dret estranger.
- b) advertir a les parts de la insuficiència dels mitjans de prova del dret estranger que puguin proposar.
- c) resoldre d'acord amb el dret espanyol si fracassa la prova del dret estranger.

44. En el supòsit que es pretengui la inscripció d'un document atorgat a l'estranger, els registradors de la propietat espanyols...

- a) qualificaran el document i el títol en el contingut d'acord amb el dret estranger.
- b) procediran a la inscripció del títol d'acord amb el dret espanyol si no queda acreditat el dret estranger aplicable.
- c) comprovaran la legalitat formal del document d'acord amb el dret estranger que li sigui aplicable.

45. Per a emetre el judici sobre la capacitat per a testar d'un estranger, el notari espanyol, en autoritzar el document...

- a) haurà de fer constar expressament quina ha estat la font que li permet emetre el judici de capacitat.
- b) haurà de fer constar expressament el contingut del dret estranger segons el qual s'emeta el judici de capacitat.
- c) haurà de fer constar expressament el contingut, vigència i aplicabilitat al cas del dret estranger segons el qual s'emeta el judici de capacitat.



## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. c

2. c

3. c

4. c

5. b

6. c

7. c

8. b

9. c

10. b

11. c

12. a

13. b

14. c

15. c

16. a

17. b

18. b

19. b

20. c

21. c

22. c

23. c

24. a

25. c

26. c

27. c

28. c

29. c

30. a

31. c

32. c

33. a

34. c

35. c

36. b

37. b

38. b

39. a

40. c

41. c

42. b

43. a

44. c

45. a