
Derecho aplicable

PID_00266877

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

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 6 horas



Albert Font i Segura

Profesor titular Derecho internacional privado. Universidad Pompeu Fabra.

Josep Gràcia i Casamitjana

Profesor asociado Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Milagros Orozco Hermoso

Profesora asociada Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Mònica Vinaixa i Miquel

Profesora visitante Derecho internacional privado. Universidad Pompeu Fabra.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Raquel Xalabarder Plantada (2019)

Cuarta edición: septiembre 2019

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

Todos los derechos reservados

© de esta edición, FUOC, 2019

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Las técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable	7
1.1. Instrumentos para la determinación del derecho aplicable	7
1.2. Clasificación de las técnicas de reglamentación	9
1.2.1. Técnicas directas e indirectas	9
1.2.2. Unilateralismo frente a multilateralismo	10
1.3. La técnica indirecta: la norma de conflicto	11
1.3.1. Estructura de la norma de conflicto	11
1.3.2. Puntos de conexión	13
1.4. La técnica directa: normas materiales	16
1.4.1. Normas materiales imperativas	16
1.4.2. Normas materiales especiales	19
1.5. Interrelación entre las técnicas de reglamentación	20
1.5.1. Técnicas de reglamentación y fuentes del derecho	20
1.5.2. Concurrencia de técnicas de reglamentación en un texto normativo	21
1.5.3. Interdependencia en la aplicación de normas que utilizan técnicas de reglamentación diferentes	21
2. Problemas de aplicación de las normas de conflicto	22
2.1. La calificación y el conflicto de calificaciones	22
2.1.1. Soluciones a la calificación. El artículo 12.1 CC	23
2.1.2. La calificación secundaria. El conflicto de calificaciones	27
2.2. El reenvío	28
2.2.1. Planteamiento del problema	28
2.2.2. Soluciones jurídicas	30
2.3. La cuestión previa	33
2.4. La remisión a un sistema plurilegislativo	35
2.4.1. Planteamiento del problema	35
2.4.2. Soluciones jurídicas	36
2.5. El conflicto móvil	38
2.6. El fraude a la ley	40
2.6.1. Concepto y elementos	40
2.6.2. Sanción al fraude de ley	41
2.7. La excepción de orden público	42
2.7.1. Concepto de orden público	42

2.7.2.	Regulación de la excepción de orden público	44
2.7.3.	Configuración del orden público y supuestos	45
2.7.4.	Efectos del orden público	47
3.	La aplicación del derecho extranjero.....	49
3.1.	Introducción	49
3.2.	Presupuestos básicos	50
3.2.1.	Carácter imperativo de la norma de conflicto: artículo 12.6 del Código civil	50
3.2.2.	Tratamiento procesal del derecho extranjero: artículo 281.2 LEC	50
3.3.	Régimen de alegación y prueba	51
3.3.1.	Alegación de los elementos de extranjería	51
3.3.2.	Alegación del derecho extranjero	52
3.3.3.	Régimen de prueba del derecho extranjero	52
3.3.4.	Régimen de recursos	55
3.4.	El papel del órgano judicial en la alegación y prueba del derecho extranjero	56
3.5.	La información sobre el derecho extranjero	58
3.6.	Consecuencias de la carencia de alegación y prueba del derecho extranjero	59
3.6.1.	Aplicación sustitutiva del derecho español	60
3.6.2.	Desestimación de la demanda	61
3.7.	Aplicación extrajudicial del derecho extranjero	62
3.7.1.	Aplicación del derecho extranjero por parte de autoridades encargadas del registro civil (art. 100 LRC)	63
3.7.2.	Aplicación del derecho extranjero por parte de notarios	63
3.7.3.	Aplicación del derecho extranjero por parte de registradores de la propiedad y mercantiles	65
	Resumen.....	67
	Ejercicios de autoevaluación.....	71
	Solucionario.....	77

Introducción

El sector del derecho aplicable analiza las normas por medio de las cuales se regulan las situaciones de tráfico jurídico externo. Si en los temas precedentes se ha tratado la problemática de la competencia judicial internacional a favor de los juzgados y tribunales españoles, el objeto del presente bloque es la determinación de qué derecho sustantivo se aplicará a una situación privada internacional.

El apartado «Las técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable» se dedica a la identificación y estudio de las diversas técnicas de regulación que se utilizan. En determinados supuestos, el legislador da una respuesta reguladora sustantiva y especial a la situación privada internacional (normas materiales especiales); y, en otras ocasiones, la situación privada internacional queda regulada por la misma norma que regula la situación interna (como normas unilaterales o leyes de policía). Destacaremos como técnica singular para la regulación de las situaciones privadas internacionales la norma de conflicto multilateral.

El proceso de aplicación de las normas de conflictos multilaterales presenta varios problemas que se analizan en el apartado «Problemas de aplicación de las normas de conflicto». La función de este tipo de normas se circunscribe a remitir, por medio de criterios de conexión, la regulación de la situación privada internacional a un ordenamiento jurídico, el propio o extranjero. A veces, los problemas se presentarán en la selección de la norma de conflicto aplicable (como calificación, cuestión previa o conflicto móvil). En otras ocasiones, se planteará si se deben tomar en consideración normas de conflicto de ordenamientos jurídicos extranjeros para completar el proceso de localización del derecho aplicable (como reenvío o remisión a un ordenamiento plurilegislativo). Finalmente, se analizarán los supuestos en los que se excepciona la normal aplicación de la norma de conflicto, ya que no hacerlo comportaría un resultado no querido por el propio ordenamiento (fraude a la ley, orden público).

El apartado «La aplicación del derecho extranjero» se centra en los problemas concretos que plantea la aplicación de un derecho extranjero por parte de los tribunales y autoridades españoles. El tratamiento procesal que recibe el derecho extranjero como elemento objeto de prueba comporta que exista un régimen singular para su alegación y prueba. Igualmente, los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE obligan a establecer una solución jurídica aceptable para los casos en los que la prueba del derecho extranjero ha fracasado.

Objetivos

Los principales objetivos que se pretende que logre el estudiante con el estudio de este bloque son los siguientes:

1. La identificación de las diversas técnicas de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su contextualización dentro del sistema de fuentes.
2. La comprensión de las razones de la existencia de una pluralidad de técnicas de reglamentación y la funcionalidad de cada una de ellas.
3. La distinción entre las técnicas de reglamentación del sector del derecho aplicable y las normas que regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras.
4. El conocimiento de la estructura y el mecanismo de funcionamiento de las normas de conflicto.
5. La identificación y comprensión de los diferentes problemas que se plantean en el proceso de aplicación de las normas de conflictos.
6. La comprensión de la singularidad de la presencia del derecho extranjero en el proceso civil.
7. El conocimiento de los elementos básicos del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero existente en el derecho procesal civil español.
8. La comprensión de la necesidad de una solución sustitutoria ante la carencia de prueba del derecho extranjero en el procedimiento civil.

1. Las técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable

1.1. Instrumentos para la determinación del derecho aplicable

El sector del derecho aplicable en derecho internacional privado pretende dar respuesta a cuáles son las normas que regulan sustantivamente las situaciones privadas internacionales.

Previo al tratamiento de los problemas específicos que se plantean en este sector hay que hacer mención a las siguientes cuestiones:

a) Relatividad de las soluciones DIPr

La determinación de cuál es la regulación de una situación privada internacional se puede realizar desde la perspectiva reguladora que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos estatales que se encuentran conectados; y tanto puede ser que estos ordenamientos ofrezcan una idéntica solución al caso, como que todas las soluciones difieran.

Ejemplo: divorcio

Para determinar cuál es la regulación del régimen económico matrimonial de un matrimonio entre un francés y una española que residen en México, un jurista francés lo analizará desde la perspectiva del DIPr francés, pero un jurista español desde la del DIPr español, y uno mexicano desde la del DIPr mexicano; y puede suceder tanto que la solución que ofrecen estos tres ordenamientos jurídicos al caso sea la misma, como que haya tres soluciones diferentes al problema.

La perspectiva que nosotros tenemos que utilizar es la que ofrece el ordenamiento jurídico español.

b) *Forum* frente a *iure*

En el módulo «Competencia judicial internacional» se han analizado normas, de diferentes fuentes, que servirían para determinar la competencia judicial internacional y los problemas que esta determinación de tribunal podría suponer (litispendencia, control de oficio de la competencia, etc.). Eran, por lo tanto, normas de derecho procesal. Del mismo modo que en un supuesto interno, distinguimos las cuestiones procesales de las sustantivas, y por ejemplo diferenciamos el objeto de regulación de la LEC respecto al que se regula en el Código civil, hemos de tener clara esta diferenciación en supuestos de derecho internacional privado, y las normas que regulan los diversos sectores del derecho internacional privado.

Inexistencia de un orden jurídico universal

Una **solución ideal** para la regulación de las situaciones de tráfico jurídico externo sería la existencia de un **orden jurídico universal** por medio del cual se diera la misma respuesta jurídica sustantiva desde todos los ordenamientos jurídicos vinculados con las situaciones internacionales. Ahora bien, esta propuesta reguladora armonizada no está al alcance, ni en la voluntad, de ningún legislador estatal.

Ejemplo: contrato

En materia contractual, tendremos que diferenciar entre cuál es el objeto de regulación del Reglamento UE 1215/12, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, respecto al objeto de regulación del Reglamento CE núm. 593/08, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En materia de crisis matrimonial, tendremos que diferenciar entre el Reglamento CE 2201/03, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental respecto al Reglamento UE 1259/10, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial. El nombre de las normas ya nos indica cuál es su objeto regulador.

Ejemplo: alimentos

Podremos encontrar situaciones en las que el legislador ha decidido regular en un mismo texto normativo todas las cuestiones de derecho internacional privado que plantea una determinada temática jurídica. En estos casos, tendremos que saber discernir los artículos concretos que regulan cada sector DIPr.

El Reglamento CE 4/09, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos fue la primera norma DIPr de origen UE que reguló de forma completa todos los sectores DIPr (competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación de autoridades) en materia de obligaciones de alimentos. La misma modalidad reguladora ha seguido el Reglamento UE 650/12 al regular las sucesiones *mortis causa*.

c) Pluralidad de fuentes

En este sector del derecho internacional privado, nos encontraremos, de nuevo, con normas provenientes de varias fuentes normativas (normas internas, internacionales y normas de la Unión Europea). La solución (la determinación del derecho aplicable) puede encontrarse tanto en el Código civil español, como en un convenio internacional o en un reglamento de la UE.

A toda norma jurídica le es predicable un **campo de aplicación determinado**, y a menudo estos ámbitos presentan límites difusos y superpuestos. Este problema ya lo habíamos visto en el sector de la competencia judicial internacional, donde, por ejemplo, teníamos que discernir entre la aplicación del Reglamento UE 1215/12 o la LOPJ. Esta dificultad de delimitación de los ámbitos de aplicación de normas de un sector DIPr que regula un determinado asunto también se presenta en el sector del derecho aplicable.

Ejemplo: protección de menores

La problemática de la protección de menores ha sido profusamente regulada a nivel internacional desde varias perspectivas y aspectos concretos. Así, tenemos la LO 1/96 de protección jurídica del menor, que también incide en situaciones internacionales, y la Ley 54/2007, de adopción internacional, que regula de forma especial las adopciones internacionales. Pero también tenemos la Convención de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos de los niños, tratado internacional impulsado por la ONU; o los tratados impulsados por la conferencia de La Haya, como el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, el Convenio sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 1961, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación judicial en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 1996; o el Convenio de Luxemburgo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 1980, impulsado por el Consejo de Europa; y también el Reglamento CE 2201/03, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental. A veces varias de estas normas tendrán voluntad de ser aplicadas a un mismo supuesto, y la dificultad será no solo identificar a qué sector DIPr se refiere

Constitución española

El artículo 149.1.8.^ª de la Constitución española establece la competencia exclusiva del estado para regular las normas para resolver los conflictos de leyes.

cada norma, sino también cómo discernir, o aplicar conjuntamente, dos o más de estas normas que regulan una misma problemática y sector DIPr.

d) Pluralidad de técnicas de reglamentación

Nos referimos a «técnicas de reglamentación» para identificar las soluciones técnico-jurídicas que el legislador utiliza para dar una respuesta reguladora a una situación privada internacional.

Para la regulación de las situaciones privadas internacionales, los legisladores utilizan varias técnicas legislativas. En algunos casos se establecen normas especiales que regulan la situación internacional de manera diferente a la interna, en otros se prevé que la situación internacional quede regulada como si fuera una situación interna, y en otros que la situación privada quede regulada por un derecho (el interno o extranjero) con el que se encuentra estrechamente conectada.

Ejemplo: marca UE

El Reglamento (CE) núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero de 2009 regula de forma especial la marca «comunitaria» y diferente de la regulación del derecho de marcas español.

Ejemplo: divorcio

Por el hecho de que el demandado haya fijado su residencia habitual en España se puede plantear ante un juez español un litigio en el que se tenga que juzgar sobre la disolución de un vínculo matrimonial y la consecuente disolución del régimen económico-matrimonial formado por dos cónyuges sirios, que se casaron y tuvieron hasta entonces el domicilio conyugal en Siria, país donde también se encuentran los inmuebles que adquirieron en común durante el matrimonio. Los diversos regímenes económicos-matrimoniales existentes en el ordenamiento jurídico español contenidos en los distintos derechos civiles coexistentes en el Estado no prevén normas con vocación de ser aplicables al presente supuesto que respondan a las expectativas de las partes. Por eso mismo es posible que el régimen económico de este matrimonio esté regido por el derecho sirio.

Ejemplo: testamento hológrafo

Para determinar sobre la validez formal de un testamento hológrafo otorgado en Francia, el juez español habrá de aplicar, entre otras, las normas sobre la materia vigentes en el Estado del lugar donde se ha otorgar el testamento (arts. 967-980 del Código civil francés) porque así lo prescribe el artículo 1 a) del Convenio sobre conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, que España ha ratificado.

En el presente tema se analizarán las distintas tipologías de normas jurídicas que se utilizan para regular las relaciones de tráfico jurídico externo, haciendo **especial atención a la norma de conflicto**, técnica de reglamentación indirecta, singular y específica del derecho internacional privado.

1.2. Clasificación de las técnicas de reglamentación

1.2.1. Técnicas directas e indirectas

La clasificación esencial de las técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable es la que distingue entre técnicas **directas** e **indirectas**.

- La técnica **directa** ofrece una **regulación sustantiva** a la situación de tráfico jurídico externo y responde al mecanismo común de regulación de

la norma jurídica: frente a un supuesto de hecho determinado se ofrece una solución jurídica directa e inmediata. Dentro de las técnicas directas, encontraremos dos tipos de normas: normas materiales imperativas y normas materiales especiales.

Convenio de Viena de 1980

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980, regula directa y sustantivamente los referidos contratos. En su artículo 30, por ejemplo, se establecen cuáles son las obligaciones del vendedor.

- La técnica **indirecta** es singular y característica del derecho internacional privado. El punto de partida es la presencia inicial de varios ordenamientos jurídicos potencialmente llamados a regular una situación de tráfico jurídico externo. Este conflicto de leyes sustantivas es resuelto **eligiendo una de las leyes estatales en presencia** de acuerdo con unos criterios determinados. Se localiza así la situación de tráfico jurídico externo en un determinado ordenamiento jurídico. La norma representativa de la técnica indirecta es la norma de conflicto bilateral.

Ejemplo: accidentes

El Convenio sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, contiene normas de conflicto en las que se determina qué derecho estatal será el aplicable a las acciones de resarcimiento derivadas de accidentes de circulación por carretera que presentan elementos de extranjería, como por ejemplo un accidente ocurrido en Suiza en el que un vehículo de matrícula española colisiona con un vehículo de matrícula francesa. En sus artículos 3 a 6 se determina simplemente cuál es la ley aplicable al accidente de circulación en cuestión, pero no regula si la responsabilidad es o no culposa o quién tiene la carga de la prueba o cuáles son los baremos para fijar la indemnización a las víctimas.

1.2.2. Unilateralismo frente a multilateralismo

Otro elemento que hay que tener presente en el análisis del sistema de derecho aplicable en derecho internacional privado es la **perspectiva reguladora** que se emplea. Los ordenamientos jurídicos pueden regular las situaciones privadas internacionales a partir de la delimitación del alcance de aplicación territorial y/o personal de sus propias normas jurídicas, es decir, desde una perspectiva reguladora **unilateral**.

Ejemplo: contratos

El artículo 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación determina que la referida ley no solo se aplicará a los contratos que se rijan de acuerdo con el derecho español, sino también a los que se rijan de acuerdo con legislaciones extranjeras cuando la parte contractual adherente a las condiciones generales tenga su residencia habitual en España y haya emitido la declaración negocial en territorio español. De forma **unilateral**, el legislador extiende la aplicación del derecho español a supuestos internacionales.

En otros casos, ya no se tratará de delimitar el alcance de aplicación de las propias normas sustantivas, sino que, partiendo de los vínculos que la situación privada internacional presenta con diferentes Estados, se establecerán normas que remitan al ordenamiento jurídico (extranjero o no) que se cree más apropiado para regular la situación privada internacional. En estos supuestos la re-

Situaciones intra- y extracomunitarias

La intervención del legislador comunitario afecta no solo al sistema de fuentes del derecho internacional privado español (ved tema 1), sino también a las distintas técnicas de reglamentación, ya sea con la formulación de normas materiales especiales para las situaciones intracomunitarias, ya sea con la creación de normas indirectas o de remisión que distribuyen la competencia legislativa de los supuestos en función de si se trata de situaciones puramente internas, intracomunitarias o extracomunitarias.

gulación se realiza desde una perspectiva **multilateral**, que pretende ser neutra al poner en pie de igualdad las normas del propio ordenamiento jurídico en relación con las de los ordenamientos jurídicos extranjeros vinculados con el asunto.

Ejemplo: bienes muebles

El segundo apartado del artículo 10.1 del CC establece que los derechos reales sobre los bienes muebles quedarán regulados de acuerdo con la ley del lugar donde se encuentren situados. En este caso, el legislador adopta una perspectiva **multilateral**.

La situación privada internacional también puede regularse desde una perspectiva puramente **internacional**, por medio de tratados internacionales bilaterales o multilaterales que establezcan normas jurídicas específicas.

Ejemplo: compraventa internacional

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el once de abril de 1980, regula desde una perspectiva **internacional**, los referidos contratos.

1.3. La técnica indirecta: la norma de conflicto

La situación privada internacional se caracteriza por la existencia de un elemento de extranjería que implica que los diferentes ordenamientos jurídicos en presencia conectados con la situación tengan una vocación reguladora. Las técnicas indirectas (identificables con la norma de conflicto) ofrecen una solución reguladora para la situación de tráfico jurídico externo que se centra en establecer un criterio de conexión entre la situación privada y un ordenamiento jurídico que será el que regulará materialmente el asunto. El adjetivo de *indirecta* nos indica que no encontraremos la solución sustantiva en la propia norma, que limitará su actuación a **determinar cuál de los distintos ordenamientos jurídicos conectados con la situación es aplicable**.

Lex causae frente a lex fori

La *lex fori* es el derecho del órgano judicial que conoce de un asunto; mientras que la *lex causae* es el derecho que se aplica para resolver un asunto. Si el órgano judicial aplica su propio derecho, la *lex causae* coincide con la *lex fori*.

1.3.1. Estructura de la norma de conflicto

La estructura de una norma de conflicto es sencilla y se compone de tres elementos:

a) **Supuesto de hecho**, que está formado por conceptos o categorías jurídicas más o menos concretos (efectos del matrimonio, filiación, derechos reales, capítulos matrimoniales, etc.).

La responsabilidad civil extracontractual

Históricamente, la regulación de la **responsabilidad civil extracontractual** se realizaba, en esencia, a partir de una sola norma de conflicto, el artículo 10.9 CC, que contiene como punto de conexión el lugar donde se hubiera cometido el ilícito civil (*lex loci delicti commissi*). Este único punto de conexión se revelaba del todo insuficiente para atender las necesidades reguladoras del conjunto heterogéneo de supuestos que se pueden subsumir en el sector de las obligaciones extracontractuales (productos defectuosos, accidentes de tráfico, actos de competencia desleal, ilícitos medioambientales, atentados contra de los derechos de la personalidad, etc.). A finales de los años ochenta, España ratificó dos convenios internacionales: Convenio sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, y Convenio sobre ley aplicable

Tendencia a la especialización

La tendencia de los últimos años ha sido la creación de normas de conflicto con supuestos de hecho cada vez más concretos y especializados. La determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es muy ilustrativa a estos efectos.

a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, con lo que establecía normas de conflicto mucho más desarrolladas, complejas y precisas, con puntos de conexión acumulativos y alternativos y cláusulas de excepción. En el año 2007 y ya en el marco de la Unión Europea, se aprobó el Reglamento (CE) número 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), que igualmente contiene normas de conflicto más concretas y flexibles, y que otorga definitivamente un papel puramente residual al artículo 10.9 del Código civil en la regulación de las obligaciones extracontractuales.

b) Punto de conexión, que son las circunstancias que expresan un vínculo entre la situación privada internacional y un ordenamiento jurídico determinado (nacionalidad, residencia habitual, lugar donde se produce un determinado hecho, etc.).

c) Consecuencia jurídica, que será la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto de hecho por medio del punto de conexión.

Ejemplo: alimentos

El artículo 3.1 del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, dispone: «Norma general sobre la ley aplicable.- Las obligaciones de alimentos se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, salvo que este protocolo disponga otra cosa».

En esta norma de conflicto el supuesto de hecho es «las obligaciones de alimentos» (categoría jurídica); el punto de conexión es la residencia habitual del acreedor de alimentos; y la consecuencia jurídica será la aplicación del derecho que se corresponda con la residencia habitual del acreedor de alimentos. Así, si un juez español conoce de una reclamación de alimentos a favor de un hijo con residencia habitual en Alemania contra su padre, este juez tendrá que aplicar el derecho alemán.

La formulación de una norma de conflicto es, en esencia, bilateral o, mejor dicho, multilateral.

Ante la presencia de una situación de tráfico jurídico externo que presenta vínculos con diferentes ordenamientos jurídicos, la norma de conflicto, por medio de los puntos de conexión que tiene, **determina el derecho aplicable a la situación**. Así pues, el acento en la regulación se encuentra en la situación privada internacional y en las conexiones que la vinculan con varios ordenamientos jurídicos.

Actividad 1

A partir de la lectura del artículo 4.3 del Reglamento CE núm. 593/2008 (Roma I) y del artículo 4.3 del Reglamento CE núm. 864/2007 (Roma II), responde a las siguientes preguntas:

- ¿Cuándo actúan las cláusulas de excepción recogidas en los referidos artículos?
- ¿En qué otras disposiciones de los referidos reglamentos se emplea la expresión *vínculos más estrechos* y por qué?

Normas de conflicto unilaterales

Cuando la norma de conflicto solo designa como aplicable el propio, hablamos de normas de conflicto unilateral. En estos casos el acento regulador se centra en la determinación del alcance de aplicación del ordenamiento jurídico. Un ejemplo lo encontramos en el apartado final del artículo 9.6 CC cuando dispone que para la adopción de medidas provisionales y urgentes de protección de personas mayores de edad será aplicable la ley española.

1.3.2. Puntos de conexión

a) Tipologías

El **elemento que otorga singularidad a la norma de conflicto** es el punto de conexión. La tipología de puntos de conexión es variada y es posible efectuar varias clasificaciones (fácticos frente a jurídicos, mutables frente a inmutables, rígidos frente a flexibles, etc.).

Veamos varios ejemplos:

- El **lugar de situación del inmueble** es el punto de conexión previsto en el artículo 10.1 del Código civil al regular la ley aplicable a los derechos reales inmobiliarios. Se trata de un punto de conexión fáctico, inmutable y rígido.
- La **nacionalidad** ha sido el punto de conexión de uso más frecuente para regular el estatuto personal (artículo 9.1 del Código civil). Consideramos la nacionalidad un punto de conexión de naturaleza jurídica puesto que para su determinación hay que recurrir a normas jurídicas: las que regulan el régimen jurídico de la nacionalidad. La nacionalidad también es un punto de conexión mutable puesto que, a lo largo del tiempo, una persona puede cambiar de nacionalidad.
- La **residencia habitual** es un punto de conexión de uso en muchos sectores jurídicos. Se ha considerado la residencia habitual como un punto de conexión fáctico que reflejaba una real vinculación entre una persona y un territorio, y todo ello por contraste con el vínculo jurídico que se establece sobre la base de la nacionalidad (calidad de súbdito de un Estado). También es considerado un punto de conexión mutable.
- La **autonomía de la voluntad (autonomía conflictual)** también puede actuar como punto de conexión de una norma de conflicto. Cuando esto sucede hablamos de autonomía conflictual. Es el punto de conexión comúnmente utilizado en materia contractual, permitiendo a los contratantes determinar el derecho aplicable a sus relaciones contractuales.
- Los **vínculos más estrechos**, la ley más estrechamente conectada o expresiones equivalentes son conceptos jurídicos que también actúan como punto de conexión de normas de conflicto. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere todo un proceso valorativo para su determinación. Así, por ejemplo, los artículos 4.4, 5.3 y 8.4 del Reglamento CE núm. 593/2008 (Roma I) utilizan el criterio de los vínculos más estrechos como punto de conexión y cláusula de cierre para determinar la ley aplicable a diferentes tipología de contratos.

b) Estructuración

Más importante que las clasificaciones predicables de los puntos de conexión es la **forma en que estos se incorporan y se estructuran** en las normas de conflicto. La elección de cuál o cuáles puntos de conexión determinados se recogen dentro de las normas de conflicto es una decisión del legislador, que igualmente por razones de política legislativa y la defensa de unos determinados intereses o de orientación material del resultado puede establecer normas de conflicto con uno o varios puntos de conexión estructurados de formas variadas.

Hay normas de conflicto que prevén **un único criterio** de localización y otras que prevén varios. Cuando se prevén **varios criterios** de localización, estos se pueden articular **de manera alternativa** (cualquiera del criterio de localización es apto para efectuar la remisión a un ordenamiento jurídico determinado) o **de manera jerarquizada** (únicamente en las hipótesis en las que el primer criterio sea inoperante se analizará el segundo y así sucesivamente).

Ejemplo de puntos de conexión simple

El artículo 101 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque establece que los plazos para el ejercicio de las acciones de retorno se determinarán para todos los signatarios por la ley del lugar donde se emitió la letra. En este caso, la norma solo contiene **un criterio** de localización que se expresa con el punto de conexión lugar de emisión de la letra.

Ejemplo de puntos de conexión agrupados

El artículo 4 del Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, prevé un solo criterio localizador, que consiste en que se dé una determinada **combinación o agrupación de puntos de conexión**. Según el referido artículo, para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hará falta que el Estado del lugar donde se haya producido el daño coincida: a) o bien con el Estado del lugar de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; b) o bien con el Estado del lugar donde se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se imputa la responsabilidad; c) o bien con el Estado del lugar donde el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada. Los artículos 5, 6 y 7 del referido Convenio también prevén normas de conflicto que se tendrán que analizar junto con el artículo 4 para determinar finalmente la ley aplicable a cualquier supuesto.

Ejemplo de puntos de conexión jerarquizados

El artículo 9.2 CC, norma de conflicto que regula los efectos del matrimonio, prevé hasta cuatro criterios localizadores que solo actúan si el precedente es inoperante, con un sistema jerarquizado de puntos de conexión que actúan subsidiariamente en defecto del previsto con anterioridad. El referido artículo dispone: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, **en defecto de esta ley**, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por los dos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, **a falta de esta elección**, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, **a falta de esta residencia**, por la del lugar de celebración del matrimonio».

Ejemplo de puntos de conexión alternativos

El artículo primero del Convenio sobre los conflictos de ley en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, contiene una norma de conflicto para regular la validez en cuanto a la forma de las disposiciones testamentarias con puntos de conexión alternativos. Esta norma de conflicto estructura de forma alternativa varios puntos de conexión para favorecer un determinado resultado

material, que es la validez formal de las disposiciones testamentarias. El referido artículo dispone:

«Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si esta responde a la ley interna:

- a) Del lugar en el que el testador hizo la disposición, o
- b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en el que dispuso, sea en el momento de su muerte, o
- c) Del lugar en el que el testador tenía su domicilio, sea en el momento en el que dispuso, sea en el momento de su muerte, o
- d) Del lugar en el que el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su muerte, o
- e) En cuanto a los inmuebles, del lugar donde estén situados».

Ejemplos de normas de conflicto materialmente orientadas

En las obligaciones de alimentos entre parientes, la localización de la institución en un ordenamiento jurídico se realiza sobre la base de la nacionalidad o residencia habitual de los implicados. Pero un uso simple de estos puntos de conexión puede comportar que la ley finalmente aplicable no conceda el derecho de alimentos a la persona que los reclama. Para favorecer la obtención de los alimentos en el proceso de determinación de la ley aplicable, las normas de conflicto que regulan esta materia se redactan de forma materialmente orientada, con varios puntos de conexión que intervienen o no en función de si se logra el resultado deseado, que es el de facilitar la obtención de alimentos. Ved los artículos 4 y siguientes del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973; o el Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 23 de noviembre de 2007.)

En relación con el artículo 9.4 CC, la sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 17 de abril de 2018 (recurso 2058/2017), establece:

«La redacción 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 *fili*, 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».

Además, la norma de conflicto puede contener **cláusulas escapatorias o de excepción**. Se trata de auténticas normas de conflicto con puntos de conexión flexibles que devienen aplicables únicamente en el supuesto de que las normas de conflicto que previamente se han empleado no hayan satisfecho determinados requisitos de vinculación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

Cláusulas escapatorias o de excepción

Por ejemplo, el artículo 8.4 del Reglamento CE núm. 593/2008 (Roma I) establece dentro de la regulación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo la siguiente cláusula de cierre: si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país diferente del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de este otro país. Esta cláusula provoca que si los puntos de conexión empleados en la localización de la ley aplicable a un contrato individual de trabajo no comportan la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato, se descarte esta ley y se aplique finalmente la ley del país más estrechamente vinculado al contrato.

Actividad 2

En relación con las normas de conflicto recogidas en el presente apartado:

- ¿Por qué se exige una agrupación de los puntos de conexión en el artículo 4 del Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973?
- ¿Qué se pretende con la ordenación jerárquica de los puntos de conexión del artículo 9.2 CC?
- ¿Puede haber normas de conflicto materialmente orientadas con puntos de conexión jerarquizados?

Actividad 3

¿Qué naturaleza tiene el punto de conexión «país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado» contenido en el artículo 6.3a) del Reglamento CE núm. 864/2007 (Roma II)?

1.4. La técnica directa: normas materiales

La regulación directa, sustantiva, de una situación de tráfico jurídico externo se hace a través de normas materiales que pueden ser de dos tipos: imperativas y especiales.

1.4.1. Normas materiales imperativas

Las **normas materiales imperativas** son normas sustantivas del ordenamiento jurídico español que fundamentan su aplicación en la protección de los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico español.

El **artículo 8.1 CC** establece el principio de aplicación territorial de las **leyes penales**, de **policía** y de **seguridad pública**. Este principio de aplicación territorial de las normas alcanza, en primer lugar, las normas de derecho público (administrativo, penal o fiscal, entre otros) y se justifica por la propia naturaleza de las referidas disposiciones, por las situaciones y hechos que regulan (en esencia, relaciones entre el Estado y los particulares) y por el ejercicio del poder soberano de los Estados en su territorio. Los problemas de aplicación territorial que se pueden plantear en relación con estas normas se presentan en los casos en los que hay que determinar cuándo un hecho, situación o ne-

gocio jurídico ha ocurrido en territorio español y no es difícil encontrar casos en los que normas de derecho público español se aplican a hechos ocurridos fuera del territorio español.

Ejemplo

La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto de la renta de las personas físicas somete también a gravamen a las rentas obtenidas en el extranjero por residentes en España.

El alcance material del artículo 8.1 CC no se limita a las normas de derecho público o, en otras palabras, la distinción entre normas de derecho público y derecho privado, de límites difusos y no exenta de discusión, no ofrece la mejor perspectiva para interpretar el referido artículo. El artículo 8 CC es el primer artículo del capítulo cuarto del título preliminar que recibe el nombre de «Normas de derecho internacional privado» (artículos 8 a 12), donde se recogen, en esencia, normas de conflicto. Así pues, si partimos de la ubicación sistemática del artículo 8, la determinación de su alcance material pasará por todas aquellas normas que, por unas razones determinadas, excluyen el juego de las normas de conflicto y de la potencial aplicación del derecho extranjero a las situaciones privadas internacionales.

La jurisprudencia y la doctrina se han referido a este conjunto de normas con expresiones como normas de orden público, leyes de policía, leyes de aplicación inmediata o necesaria, normas internacionalmente imperativas o normas materiales imperativas; su característica esencial es que se aplican a cualquier supuesto de hecho, incluso a situaciones privadas internacionales, que se encuentre dentro de su ámbito de aplicación material.

La aplicación de las normas materiales imperativas no se justifica tanto en la vinculación territorial del asunto, sino más bien en la defensa de los intereses públicos, de orden político, social y económico, haciendo caso omiso de los elementos de extranjería que se presenten. Ahora bien, la defensa de los referidos intereses se hace más patente, intensa y necesaria a medida que el asunto se encuentra más estrechamente vinculado con el territorio español.

Ejemplo

El artículo 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, determina su ámbito de aplicación a favor de todos los menores que se encuentren en territorio español. Así, por ejemplo, los artículos 3 a 9 de esta ley establecen un listado de derechos del menor, que serán imperativamente aplicables a todas las situaciones jurídicas que afecten a un menor extranjero que se encuentre en territorio español, incluso si el supuesto quedara regulado al amparo de la ley nacional del menor.

Actividad 4

Proceded a la lectura de la Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2000, C-381/98, Ingmar, y responded a las preguntas siguientes:

Leyes de policía

El artículo 9.1 del Reglamento Roma I ha establecido una cuidadosa definición de las llamadas leyes de policía en el ámbito contractual que dice lo siguiente:

«Una ley de policía es una disposición cuya observancia por un país se considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuera la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.»

Esta definición es perfectamente extrapolable a cualquier sector del ordenamiento jurídico.

- 1) ¿Cuáles son los preceptos que el TJUE considera de aplicación necesaria a pesar de que el contrato quede regido por un derecho extranjero escogido por las partes?
- 2) ¿Por qué motivo son imperativos estos preceptos?
- 3) ¿Son siempre de aplicación estos preceptos? ¿Se necesita alguna vinculación con el territorio comunitario? ¿Por qué?

El creciente intervencionismo del Estado en la regulación de la actividad económica y las relaciones privadas, justificado en la protección de determinados valores o intereses, ha comportado un incremento de este tipo de regulación. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho del consumo o derecho del trabajo encontramos normas imperativas de protección de la parte contractual débil. Es esencial determinar en cada caso y basándose en la interpretación teleológica cuál es el alcance de aplicación exacto de la norma. A veces, este problema es fácil de resolver porque el legislador se ha preocupado de indicar expresamente a qué supuestos de tráfico jurídico externo se extiende la aplicación de la norma imperativa.

Sin embargo, en otras situaciones, la aplicación de una norma imperativa no es tan evidente y requiere realizar un proceso interpretativo para determinar si una norma concreta es imperativa para un supuesto de tráfico jurídico externo. Finalmente, también se dan casos en los que la aplicabilidad o no de una norma imperativa del foro viene condicionada en sí con la misma si se consigue un determinado objetivo material.

Normas de extensión

El artículo 3.1. de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, norma de transposición de la Directiva 96/71/CE, establece la aplicación de todo un listado de condiciones laborales contenidas en el derecho español, a favor de aquellos trabajadores que se desplacen temporalmente a España para trabajar, con independencia de si la legislación aplicable al contrato de trabajo fuera un derecho extranjero. En este aspecto, nos encontramos ante una **norma de extensión** que delimita el alcance de aplicación del derecho español y hace excepción a la norma general que regulará el derecho aplicable a la relación laboral. La razón de política legislativa para la aplicación del derecho español a las condiciones laborales de los trabajadores desplazados temporalmente a España es preservar la protección de los trabajadores; además, el supuesto presenta una fuerte vinculación con España: la prestación del trabajo se lleva a cabo en territorio español. Ahora bien, el artículo 3.5 de la referida norma indica que, si las condiciones laborales previstas en la legislación extranjera aplicable al contrato de trabajo fueran más favorables al trabajador, estas serán de aplicación preferente. Así pues, las condiciones laborales previstas en la legislación española actuarán como norma de mínimos y finalmente no serán aplicables si se logra un mayor grado de protección con la aplicación del derecho extranjero que sea aplicable al contrato laboral.

Artículo 1265 CC

¿Es el artículo 1.265 CC una norma material imperativa, aplicable también a los contratos internacionales? Este artículo sanciona con la nulidad el consentimiento contractual que se haya emitido por error, violencia, intimidación o dolo, y consagra uno de los principios esenciales de la regulación de los contratos contenido en el ordenamiento jurídico español, principio que no podrá claudicar en el análisis de cualquier contrato, interno o internacional, que lleve a cabo un juez español.

La excepción de orden público

Las normas materiales imperativas, como técnica de regulación de las situaciones privadas internacionales, suponen descartar *ab initio* el juego de normas de conflicto. En cambio, como se verá más detenidamente en el apartado siguiente, en el proceso de aplicación del derecho extranjero como resultado de la remisión efectuada por una norma de conflicto, puede suceder que se excepcione la aplicación del derecho extranjero que ha sido llamado por la norma de conflicto por la vulneración que supondría de principios y valores esenciales del propio ordenamiento. En estos supuestos, hablamos de **la excepción de orden público** (Ved apartado 2.7).

1.4.2. Normas materiales especiales

Las llamadas **normas materiales especiales** son las que regulan de forma directa y específica situaciones privadas internacionales y, si procede, lo hacen de una manera diferenciada de la prevista para las situaciones puramente internas. Es decir, son normas específicamente pensadas para regular situaciones privadas internacionales, que incorporan en la formulación de su supuesto de hecho el elemento de extranjería.

Hay situaciones, hechos o negocios jurídicos únicamente planteables en una dimensión internacional (como la importación y exportación de productos, las inversiones extranjeras o el control de cambios). La regulación de estas materias necesariamente se articula basándose en normas específicas. Existen también situaciones, hechos o negocios jurídicos que pueden encontrarse conectados con uno o con varios ordenamientos jurídicos (por ejemplo, la compraventa de mercancías o la adopción) y que, a pesar de tratarse de la misma realidad jurídica, el ordenamiento jurídico le da una respuesta diferente en función de si se trata de una situación interna o internacional. La razón de este diferente tratamiento se encuentra en las diferentes y específicas necesidades reguladoras que presenta la situación en el ámbito internacional. La vocación internacional de estas normas también se manifiesta en su origen, ya que la mayoría de ellas son fruto de acuerdos suscritos entre Estados, es decir, se encuentran en los convenios internacionales, pero esto no excluye que también existen normas materiales especiales de origen interno.

Ejemplo: Convenio CMR

El Convenio CMR, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (BOE del 7 de mayo de 1974) y modificado por el protocolo hecho en Ginebra el 5 de julio de 1978 (BOE del 18 de diciembre de 1982) regula de forma sustantiva y directa el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, entendido como el transporte en el que el lugar de carga y el de destino se encuentra en diferentes países. Este tratado internacional, promovido desde las Naciones Unidas, pretende dar respuesta a las necesidades reguladoras específicas del transporte internacional.

Ejemplo: Ley 54/07 de adopción internacional

Los artículos 10 a 13 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional regulan de forma sustantiva la capacidad y requisitos para la adopción internacional. Se trata de normas materiales especiales de origen interno.

1.5. Interrelación entre las técnicas de reglamentación

1.5.1. Técnicas de reglamentación y fuentes del derecho

Las diferentes técnicas de reglamentación que se han analizado se pueden presentar indiferentemente en las distintas fuentes del derecho internacional privado (reglamentos de la UE, convenios internacionales, leyes internas), por lo que es necesario tener presente esta doble perspectiva (fuente jurídica y técnica reguladora) en el análisis e interpretación jurídica que se haga. Esta pluralidad no es una característica propia y singular del derecho internacional privado español, sino compartida mayoritariamente por el resto de los ordenamientos jurídicos, y responde a la necesidad de satisfacer de forma ponderada los **diversos intereses presentes en las situaciones de tráfico jurídico externo**. En primer lugar, encontramos los intereses de los particulares de preservar los nexos con el ordenamiento jurídico respecto al que puedan tener una vinculación sociocultural, expectativa que se puede mantener con el recurso a las normas de conflicto; en segundo lugar, el Estado también tiene necesidad de proteger los intereses en los que estructura el orden socioeconómico, así como los principios básicos de funcionamiento del propio ordenamiento jurídico, hecho que se puede lograr con el recurso a normas imperativas; finalmente, los operadores en el comercio internacional también reclaman que se proteja la continuidad de las relaciones jurídicas más allá de las fronteras estatales, satisfaciendo esta necesidad el recurso a normas especiales o uniformes.

Efecto *erga omnes*

Los tratados internacionales y los reglamentos de la UE que contienen normas de conflicto para regular una determinada materia suelen incorporar una cláusula por la cual se indica que la aplicación de las normas de conflicto que prevén pueden suponer la aplicación del derecho de un Estado no ratificante o no miembro UE. Este hecho se conoce como efecto *erga omnes* o de aplicación universal. Ved, por ejemplo, el artículo 2 del Reglamento CE 593/08 (Roma I).

Comercio internacional

Existen sectores del comercio internacional en los que se ha logrado un alto grado de integración normativa debido al impulso llevado a cabo por los propios operadores. Ejemplo de esta realidad lo encontramos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980, tratado multilateral ratificado por numerosos Estados que regula de forma específica y uniforme el contrato de compraventa internacional de mercancías; o la propia realidad del derecho marítimo, derecho especial de vocación internacional formado por un conjunto de diversas y heterogéneas normas jurídicas que pretende dar respuesta a las específicas necesidades que plantean los hechos o negocios jurídicos que suceden en los mares.

Ejemplo: alimentos

Ejemplo paradigmático de esta complejidad nos lo da el artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de las obligaciones de alimentos, que regula la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. En este caso, el punto de partida es un Reglamento de la UE, y como tal le predicaremos primacía dentro del sistema de fuentes y lo interpretaremos de acuerdo con los cánones del derecho de la UE. Pero el referido artículo, lo único que hace es remitirse a un Convenio internacional firmado por la Unión Europea y terceros Estados, el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, que como norma de origen internacional tendremos que interpretar y aplicar; y finalmente, de la lectura concreta de los artículos de este convenio que regulan la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimentarias (arts. 3 a 5), comprobaremos que la técnica reguladora que se utiliza es indirecta, consistente en normas de conflicto.

1.5.2. Concurrencia de técnicas de reglamentación en un texto normativo

Se dan supuestos en los que varias técnicas de reglamentación confluyen para regular una determinada situación jurídica, lo que obliga al jurista a hacer un esfuerzo para determinar el exacto alcance de aplicación de cada norma jurídica.

Ejemplo: Ley 54/07 de adopción internacional

Un ejemplo de uso combinado de varias técnicas de reglamentación lo encontramos en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. El incremento de las adopciones internacionales motivó la necesidad de establecer una regulación mucho más cuidadosa y precisa de la materia que se articuló fuera del Código civil y por medio de una ley especial. Por lo que respecta a los aspectos de ley aplicable y técnicas de reglamentación, esta Ley contiene normas materiales especiales, como por ejemplo las que regulan la capacidad y los requisitos para la adopción internacional (art.10 a 13), así como también normas de conflicto, tanto unilaterales como bilaterales (arts. 14 a 24).

1.5.3. Interdependencia en la aplicación de normas que utilizan técnicas de reglamentación diferentes

En determinadas situaciones, la aplicación de las normas materiales especiales puede ser directa e independiente, o indirecta y dependiente de la aplicación previa de una norma de conflicto que determina su aplicabilidad. En este segundo caso, el proceso de aplicación se inicia a partir de una norma de conflicto que, sobre la base de los puntos de conexión que prevé, determina si el ordenamiento jurídico español es aplicable. Solo en el supuesto de que esto sea así, se procede a la aplicación de la norma material especial contenida en el ordenamiento jurídico español.

Ejemplo de aplicación independiente

En el supuesto de que se tenga que determinar el régimen jurídico de una compraventa de mercancías realizada entre un vendedor que tiene su establecimiento en España y un comprador que lo tiene en Australia, aplicaremos directamente la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE 30 de enero de 1991) (convenio que responde a la **técnica de reglamentación directa, normas materiales especiales**), puesto que se cumple el requisito de aplicación previsto en su artículo 1.1.a), que dispone que es necesario que los establecimientos de las dos partes contractuales se encuentren en Estados ratificantes del tratado, y tanto España como Australia son Estados ratificantes.

Ejemplo de aplicación dependiente

En el supuesto de que la compraventa se realizara entre un vendedor con establecimiento en España y un comprador establecido en Irán, no podríamos aplicar directamente la referida Convención puesto que Irán no es un Estado ratificante. En este caso para determinar la ley aplicable al contrato, nos tendremos que remitir a los artículos 3 y 4.1.a) del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractual (Roma I) (artículos que responden a la **técnica de reglamentación indirecta, normas de conflicto**), y si de los referidos artículos resulta que es aplicable el derecho español, se daría la circunstancia de que finalmente aplicaríamos la referida Convención de las Naciones Unidas puesto que en su artículo 1.1.b) se establece como segundo criterio de aplicabilidad que «las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante», y España es un Estado contratante. En esta segunda hipótesis la aplicación de la norma material especial (Convención de las Naciones Unidas) se ha hecho depender de una norma de conflicto (Reglamento CE núm. 593/2008).

2. Problemas de aplicación de las normas de conflicto

La aplicación de las normas de conflicto puede dar lugar a diferentes problemáticas o plantear cuestiones que hay que resolver **previamente** a su aplicación. Estos problemas surgen, en esencia, cuando la norma de conflicto contenida en el ordenamiento jurídico español remite a un ordenamiento jurídico extranjero para regular el asunto.

2.1. La calificación y el conflicto de calificaciones

La calificación es un proceso por medio del cual se relaciona un hecho, acción, documento o pretensión jurídica con el supuesto de hecho de una norma para determinar su aplicación.

Ejemplo

El registrador de la propiedad califica si el documento que se le presenta contiene un derecho real susceptible de inscripción registral; el juez civil califica si la pretensión jurídica configurada en base a los hechos, *causa petendi* y *petitum* de una demanda se tiene que resolver basándose en la responsabilidad contractual o extracontractual; o el notario califica si una persona tiene capacidad legal para otorgar testamento. Todas las operaciones que se acaban de mencionar son de interrelación/subsunción de un elemento (hecho, acción, documento, pretensión jurídica) respecto a otro (supuesto de hecho de una norma jurídica).

En la mayor parte de los casos, la calificación es un proceso mecánico que no presenta complicaciones. Sin embargo, habrá otras situaciones en las que la realidad a calificar no se encuentra regulada expresamente en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, *fiducia cum amico*) o en las que la categoría jurídica prevista en el ordenamiento presenta límites difusos (por ejemplo, responsabilidad contractual frente a responsabilidad extracontractual).

Ejemplo: *fiducia cum amico*

El señor Casto, cubano residente en Miami, transmitió la totalidad de sus bienes inmuebles situados en España al señor Purto, español residente en Lugo, con el compromiso de devolverlos cuando el señor Casto así lo manifestara. La transmisión se simuló como compraventa, a pesar de que la causa real del negocio jurídico no era la transmisión de la propiedad sino evitar que el señor Casto figurara como propietario formal de los inmuebles y así eludir medidas de apremio fiscal que el Gobierno de los Estados Unidos quería llevar a cabo contra sus bienes; asimismo, tampoco se pagó el precio consignado en la compraventa. Al cabo de los años y solucionados los problemas fiscales, el señor Casto insta ante los tribunales españoles una acción judicial contra el señor Purto para recuperar la propiedad de sus bienes. En este caso, se producirá un problema en la calificación del negocio jurídico realmente celebrado, una *fiducia cum amico*, que afectará a la determinación de las normas concretas aplicables al caso.

Artículo 12 Código civil

El sistema autónomo de derecho internacional privado español ha venido regulando el grueso de los problemas de aplicación de las normas de conflicto en varios apartados del artículo 12 del Código civil –calificación (12.1), reenvío (12.2), excepción de orden público (12.3), fraude de ley (12.4) y remisión a un sistema plurilegislativo (12.5). Ahora bien, el artículo 12 del Código civil solo es de aplicación cuando se trata de resolver problemas de aplicación de normas de conflicto dictadas por el legislador interno. Los reglamentos de la UE y los convenios internacionales ya prevén disposiciones específicas para resolver los problemas de aplicación de las normas de conflicto que contienen, soluciones que pueden coincidir, o no, con las contenidas en el artículo 12 CC.

Cuando la operación de calificación se plantea a la hora de **seleccionar la norma de conflicto** que se tiene que utilizar para determinar el derecho aplicable a la situación privada internacional, los problemas pueden surgir porque el supuesto de hecho de las normas de conflicto se encuentran configurados por categorías jurídicas más o menos concretas.

Ejemplo: reclamaciones de cantidad en razón de necesidades económicas de cónyuge superviviente

Los ordenamientos jurídicos, el español incluido, contienen figuras jurídicas variadas y heterogéneas para dar respuesta a las situaciones de necesidad económica que puede tener un cónyuge cuando se produce la defunción del otro cónyuge (cuarta viudal, pensión compensatoria, ...). Estas figuras jurídicas se pueden subsumir en diferentes sectores de derecho privado: sucesiones, liquidación del régimen económico matrimonial, alimentos. En el derecho internacional privado español, la determinación del derecho aplicable a estos tres sectores se regula, en esencia, en normas diferentes: el Reglamento UE 650/12 para sucesiones, el Reglamento UE 1103/16 para regímenes económicos matrimoniales y el Protocolo de la Haya de 2007 para alimentos. Estos textos normativos utilizan normas de conflicto que contienen puntos de conexión diferentes (último domicilio causante, última residencia habitual común del matrimonio, autonomía de la voluntad, residencia habitual del acreedor de alimentos, etc.).

Así pues, en un supuesto internacional, la calificación de lo que exactamente reclame el cónyuge necesitado resulta determinante. Imaginamos un caso en el que el cónyuge que muere tuvo el último domicilio en España, pero en uso de la autonomía de la voluntad pactaron que las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regirían por el derecho francés y la residencia habitual actual del cónyuge superviviente está en Suiza. La calificación que se haga de la reclamación de cantidad que se formule decidirá la norma de conflicto aplicable y consecuentemente el derecho finalmente aplicable al caso: español, francés o suizo.

Por otro lado, gran parte de los problemas de calificación en el derecho internacional privado se producen cuando el elemento a calificar **es una institución jurídica extranjera, desconocida por el ordenamiento jurídico español**. Esto se puede plantear no solo en supuestos en los que la calificación se realiza para seleccionar la norma de conflicto aplicable al caso, sino también en otros casos desvinculados del proceso de aplicación de una norma de conflicto.

Ejemplo: tutela temporal del derecho holandés

En el caso resuelto por la sentencia del TS de 21 de junio de 1991, se planteaba como pretensión jurídica la constitución de una **tutela temporal**, figura prevista en el derecho holandés, sobre una menor residente en España. La figura de la tutela temporal no se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico español y la primera cuestión que se tenía que resolver era informarse sobre las características y contenido de la relación jurídica que se pretendía crear (tutela temporal del derecho holandés). Por esta razón, el tribunal tuvo que interpretar la pretensión jurídica que se formulaba de acuerdo con el derecho holandés y se llegó a la conclusión de que la institución holandesa guardaba estrechas similitudes funcionales con la figura del acogimiento familiar contenida en el ordenamiento jurídico español. Conocida la pretensión, el segundo proceso era subsumirla en una de las normas de conflicto del ordenamiento español y la que más se adecuaba era la del artículo 9.6 del Código civil, que tenía como supuesto de hecho «la tutela y demás instituciones de protección del incapaz». La consecuencia jurídica resultante era la aplicación de la ley nacional del incapaz, en el caso concreto, el derecho holandés.

2.1.1. Soluciones a la calificación. El artículo 12.1 CC

a) Calificación *lege fori*

El artículo 12.1 CC dispone lo siguiente:

«La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre de acuerdo con la ley española.»

Este artículo ofrece la pauta para llevar a cabo la operación de calificación con objeto de establecer cuál de las normas de conflicto del sistema español es la que se tiene que aplicar.

En la interpretación y comprensión de los conceptos y categorías que figuran en los supuestos de hecho de las normas de conflicto españolas, utilizaremos los conceptos y criterios que nos ofrecen las propias leyes españolas.

Así pues, de acuerdo con el artículo 12.1 CC, en el proceso de calificación para determinar la aplicación de una norma de conflicto, la atribución de una determinada categoría o naturaleza jurídica a una realidad (acción, documento, pretensión jurídica, entre otros) se realiza partiendo de las categorías jurídicas del propio ordenamiento; es decir, *ex lege fori*. Este recurso es una exigencia lógica del ordenamiento jurídico español, incluidas las normas de derecho internacional privado, que reclama ser analizado de forma conjunta y unitaria, como requiere todo **sistema** jurídico.

Ejemplo: efectos del matrimonio

Para interpretar y determinar el sentido del supuesto de hecho del artículo 9.2. CC, «efectos del matrimonio», recurriremos a los artículos 66 y siguientes del CC para identificar los efectos personales; así como a los artículos 1.315 y siguientes del CC y a los demás derechos civiles españoles existentes, para identificar los efectos patrimoniales que se producen en la celebración de un matrimonio.

b) Calificación autónoma

Sin embargo, la coherencia sistemática que se postula no tiene porque excluir que se deban tener en cuenta las exigencias y finalidades particulares del **sub-sistema** que representa el derecho internacional privado y que es la regulación de las heterogéneas situaciones de tráfico jurídico externo. Así, por ejemplo, las normas de conflicto presentes en convenios internacionales y reglamentos de la UE requieren que las operaciones de interpretación y calificación se ajusten a la fuente normativa donde se insertan y no es pertinente recurrir exclusivamente a las categorías e instituciones jurídicas del ordenamiento jurídico interno. En estos casos, una pura calificación *ex lex fori* resulta inadecuada y se opta por **una interpretación/calificación autónoma** de los conceptos y categorías, que se ajusta a los cánones de interpretación y aplicación de la norma y al carácter heterogéneo de la situación que se regula.

Calificación *ex lege causae*

La particularidad funcional de la norma de conflicto, como norma de remisión que puede comportar como consecuencia jurídica la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero, ha planteado a escala teórica, la posibilidad de predicar una calificación *ex lege causae*, es decir, a partir de los conceptos y categorías establecidos en el ordenamiento jurídico extranjero al que nos ha remitido la norma de conflicto. Pero una operación de calificación de este tipo se revela ilógica e imposible, ya que precisamente **el proceso de calificación se plantea para determinar qué norma de conflicto se volverá aplicable** y hasta que este proceso no se agote, si es el caso, se procederá a la remisión a una ley extranjera para que regule la situación, no antes.

Pensión compensatoria

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2018 (recurso n.º 1218/2018) ofrece un ejemplo interesante de calificación autónoma, subsumiendo la reclamación de pensión compensatoria en la norma de conflicto que regula los alimentos:

«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 a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. 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».

Ejemplo: contratos

Si en el proceso de aplicación del artículo 4.1 del Reglamento Roma I (obligaciones contractuales) se nos plantea un problema respecto a una relación contractual que puede ser calificada como «prestación de servicios o franquicia o distribución» y, por lo tanto, subsumible en los apartados b), e) o f) del referido artículo, recurriremos a las categorías y conceptos que contiene el derecho de la UE sobre estas figuras jurídicas para efectuar la operación. El propio considerando 17 del Reglamento así lo prescribe.

c) Calificación funcional

Las particularidades en el proceso de calificación en el sector del derecho internacional privado obligan a que la referida calificación *ex lege fori* presente ciertos matices, lo que da pie a lo que se conoce como **calificación funcional**.

No existe una transposición o paralelismo absoluto entre los conceptos y categorías jurídicas previstas en el conjunto de las normas de conflicto del derecho internacional privado respecto a las que se prevén en las normas sustantivas del ordenamiento jurídico español. Asimismo, puede suceder que la realidad por calificar (documento, negocio jurídico, pretensión jurídica, por ejemplo) resulte extraña para el ordenamiento jurídico español, ya que se ampara en un ordenamiento jurídico extranjero. En estos casos, la exigencia del propio subsistema de derecho internacional privado, de acuerdo con su finalidad reguladora de las situaciones privadas internacionales, obliga a recurrir a una calificación funcional.

La operación de calificación funcional parte de la interpretación y el análisis de una institución que es desconocida en el ordenamiento jurídico español. En estos casos, el primer paso es informarse sobre el elemento que se va a calificar (institución jurídica extranjera) y determinar su contenido y función. Una vez conocida la función que tiene la institución jurídica extranjera, se tendrá que seleccionar la norma de conflicto del foro que mejor se aviene para regular la situación. El criterio de selección se realizará basándose en la **equivalencia funcional** que tiene la institución extranjera respecto a instituciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico español. La interpretación y análisis del calificante (supuesto de hecho de la norma de conflicto) tendrá en cuenta los objetivos y principios del derecho internacional privado español, lo que valora también la adecuación de los puntos de conexión presentes en las normas de conflicto.

Tutela temporal del derecho holandés

Un ejemplo de calificación funcional lo hemos visto en el caso de la tutela temporal del derecho holandés tratado en el apartado precedente.

Ejemplo: las Kafalas en los derechos de inspiración islámica

Son numerosos los casos en los que, ante un juez español, se ha tenido que analizar la institución de la *kafala*, figura propia del derecho marroquí, ya sea a los efectos de su constitución, convalidación con una adopción o para el otorgamiento de prestaciones sociales del sistema público español. De acuerdo con el derecho marroquí, la *kafala* se define como la guarda de un menor abandonado consistente en el compromiso permanente de hacerse cargo de la protección, educación y manutención del menor abandonado del mismo modo que haría un padre con su propio hijo, sin otorgarle derechos propios de la filiación ni sucesorios. En estos supuestos, los tribunales españoles proceden a una calificación funcional de la institución marroquí y la asimilan al acogimiento familiar del ordenamiento jurídico español y en consecuencia aplican el artículo 9.6 CC para determinar el derecho aplicable.

Actividad 5

Leed las siguientes resoluciones judiciales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de junio de 2008, Sentencia del TSJ de Madrid de 31 de enero de 2008 y sentencia del TSJ de Madrid de 5 de junio de 2008. Responded a las preguntas siguientes:

- 1) ¿En relación a qué normas del ordenamiento jurídico español se plantea el problema de la calificación de la *kafala* en cada uno de los casos analizados?
- 2) ¿Se equipara en todos los supuestos la *kafala* al acogimiento familiar?

Ejemplo: los trusts del common law

En los ordenamientos jurídicos de los países anglosajones se encuentra arraigada la institución jurídica de los trusts que, en esencia, prevén una desmembración de la propiedad de los bienes entre un propietario real (*truster o settlor*) y un propietario fiduciario (*trustee*), entre los que se establece un conjunto de derechos y obligaciones recíprocos relativos a la administración y poderes de disposición de los bienes sobre los que recae. La causa, objetivos y funciones que motivan la creación de un trust son muy variados. En ocasiones, el litigio se producirá en el ámbito de las relaciones internas entre el *truster* y el *trustee*, situación que provocaría que el supuesto se valore desde una perspectiva contractual/obligacional; en otros casos, el conflicto puede originarse frente a terceros ajenos al sujetos que participan en el trust y en relación con el régimen jurídico de los bienes, por lo que la perspectiva es la de los derechos reales; pero también habrá situaciones en las que, producido el óbito del *truster* o del *trustee*, se plantea un litigio sucesorio en el que se tiene que determinar el régimen jurídico de los bienes sometidos a trust con relación a su transmisión *mortis causa*. Esta pluralidad de hipótesis y situaciones puede condicionar la respuesta que se dé a los problemas de calificación. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, al ser el objeto del litigio un trust constituido *mortis causa*, se calificó como materia sucesoria y se subsumió dentro del artículo 9.8 del Código civil, norma de conflicto relativa a la sucesión.

2.1.2. La calificación secundaria. El conflicto de calificaciones

En el apartado precedente hemos analizado la calificación para seleccionar la norma de conflicto aplicable al caso. Pero una vez determinada y aplicada la norma de conflicto española, si esta nos remite a un ordenamiento jurídico extranjero puede suceder que, en este derecho extranjero, el supuesto se califique de una forma diferente. Cuando se da esta discrepancia se habla de un conflicto de calificaciones entre la **calificación primaria** –de selección de la norma de conflicto del foro– *versus* la **calificación secundaria** –de selección de las normas sustantivas del derecho extranjero que hay que aplicar.

Ejemplo

El señor Ortiga, nacional español residente en Zaragoza, insta ante los tribunales españoles una acción para resarcirse de los daños provocados por un producto defectuoso. La acción se dirige contra la sociedad Alfa, S. L., sociedad francesa con sede en Marsella, que fue la que le vendió en Francia el producto, y también contra la sociedad Omega, S. L., sociedad francesa con sede en Lyon, fabricante del producto que tiene como distribuidor a la sociedad Alfa, S. L. La acción que se dirige contra Alfa, S. L. se califica como extracontractual y por aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II (obligaciones extracontractuales) comporta la aplicación del derecho francés; la que se dirige contra Omega, S. L. también se califica como extracontractual y, por aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos de 1973, también es aplicable el derecho francés. De acuerdo con el derecho francés, un supuesto como el presente podría calificarse como de responsabilidad contractual, tanto en cuanto a Alfa, S. L. como a Omega, S. L. La disyuntiva que se plantea es resolver el caso de acuerdo con las normas relativas a la responsabilidad extracontractual del derecho francés puesto que esta calificación ha sido la que nos ha localizado el asunto en el derecho francés o bien resolver el caso como lo haría un juez francés aplicando las normas contractuales del derecho francés.

El conflicto de calificaciones, en esencia, plantea un problema de determinación del alcance de la remisión que efectúa una norma de conflicto a un ordenamiento jurídico extranjero. No hay una solución legal a este problema, como tampoco hay una jurisprudencia que lo resuelva. Las dos potenciales soluciones que ofrece la doctrina son:

a) La remisión hecha por la norma de conflicto a un derecho extranjero llega hasta las normas del sector del ordenamiento jurídico extranjero que se corresponde con la calificación primaria. En otras palabras, descartamos la calificación secundaria. En el ejemplo expuesto, esta opción determinaría la aplicación al caso de las normas del sector de la responsabilidad extracontractual del derecho francés; puesto que si en el proceso de calificación primaria no se hubiera optado por la calificación extracontractual, el asunto no habría quedado regulado en el ordenamiento francés.

b) La remisión hecha por la norma de conflicto a un derecho extranjero se limita a la designación global del referido ordenamiento jurídico extranjero. A partir de este estadio, se optará por resolver el caso de acuerdo con las normas del derecho extranjero que se correspondan con la calificación secundaria. En otras palabras, el juez español tiene que intentar resolver el asunto tal como lo haría un juez de este ordenamiento jurídico extranjero. En el ejemplo ex-

puesto, esta opción determinaría la aplicación al caso de las normas del sector de las obligaciones contractuales del derecho francés, puesto que así también lo resolvería un juez francés.

2.2. El reenvío

2.2.1. Planteamiento del problema

a) Conflictos negativos y positivos

Las situaciones privadas internacionales se caracterizan por presentar vínculos con diferentes ordenamientos jurídicos. Las normas de conflicto de estos ordenamientos jurídicos pueden contener puntos de conexión diferentes para regular la misma situación. El hecho de que los diversos ordenamientos jurídicos que presentan vínculos con una situación privada internacional la regulen con normas de conflicto que tienen diferentes puntos de conexión puede comportar conflictos de competencia reguladora, que pueden ser **positivos** (los ordenamientos implicados retienen a su favor la competencia reguladora del asunto) o negativos (ninguno de los ordenamientos jurídicos pretende regular sustantivamente el asunto).

Ejemplo de conflicto negativo

Para la determinación de la ley aplicable a la declaración de defunción de un ciudadano británico que nació y residió toda su vida conocida en España, en virtud del artículo 9.1 CC que emplea como punto de conexión para el estatuto personal la nacionalidad, un juez español tendría que aplicar el derecho británico; pero si analizamos las normas de conflicto contenidas en el derecho británico, comprobaríamos que el supuesto planteado podría quedar sometido a la ley española, puesto que utilizan como punto de conexión el *domicile* (el concepto de *domicile* de la *common law* es sustancialmente diferente al de domicilio existente en el derecho español). Pero si invertimos los términos de la hipótesis planteada por los de un ciudadano español, nacido y residente toda su vida conocida en Inglaterra, se produciría el efecto contrario; es decir que el juez español, según el artículo 9.1 CC, aplicaría el derecho español y el juez inglés, en aplicación del punto de conexión *domicile*, aplicaría el derecho británico. En la primera hipótesis, se ha producido un conflicto negativo, ya que ambos ordenamientos jurídicos rechazan la competencia normativa sobre el asunto; por su parte, en el segundo caso, el conflicto es positivo, ya que ambos ordenamientos retienen para sí mismos la competencia normativa.

Ejemplo de conflicto positivo

En el supuesto de que un juez español conozca de la sucesión de un causante cubano con última residencia habitual en España, en aplicación del artículo 21 del Reglamento UE n.º 650/2012 aplicará el derecho español al tratarse de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, pero si el mismo asunto se conoce ante un juez cubano, este aplicará el derecho cubano de acuerdo con el artículo 15 del CC de Cuba al tratarse de la ley nacional del causante. En este caso, nos encontramos ante un conflicto positivo de competencia reguladora que en la praxis no plantea problema, ya que la legislación española no nos ha remitido al derecho cubano.

El problema del reenvío se sitúa en los conflictos negativos entre normas de conflicto de varios ordenamientos, en los casos en los que la norma de conflicto comporta como consecuencia jurídica la aplicación de un derecho extranjero y éste, mediante sus propias normas de conflicto, rechaza la competencia reguladora que le ha sido conferida.

b) Tipos de reenvío

Es posible distinguir dos tipos de reenvío, el de primer grado y el de segundo grado.

El **reenvío de primer grado, o de retorno**, se produce en los casos en los que la norma de conflicto contenida en el ordenamiento del foro remite la solución jurídica de un asunto a un ordenamiento jurídico extranjero y este, por medio de sus propias normas de conflicto, devuelve la competencia normativa a favor del derecho del foro.

Por el contrario, el **reenvío de segundo grado** se produce cuando la norma de conflicto del foro remite la solución jurídica de un asunto a un derecho extranjero y este, por medio de sus propias normas de conflicto, remite nuevamente la competencia reguladora del asunto a favor de otro ordenamiento jurídico extranjero y así se pueden producir ulteriores remisiones.

Ejemplo

Planteamiento. Conflicto negativo entre las normas de conflicto española e italiana que regulan la filiación

Si un juez español conoce de una acción de determinación de paternidad en relación con un menor de nacionalidad española pero domiciliado en Italia, en virtud del artículo 9.4 CC, debería aplicar el derecho italiano al ser la Ley de la residencia habitual del hijo; pero si el mismo asunto se plantea ante un juez italiano, de acuerdo con el artículo 33 de la Legge 218-95, este aplicaría el derecho español, al corresponderse con la Ley de la nacionalidad del menor. En este supuesto, el conflicto entre normas de conflicto es negativo, puesto que ninguno de los ordenamientos jurídicos en presencia (italiano y español) pretende regular el supuesto.

Hipótesis de reenvío de primer grado, o de regreso

Si un juez español conoce la acción de determinación de paternidad en relación con el menor español domiciliado en Italia, en virtud del artículo 9.4 CC tendría que aplicar el derecho italiano al ser la Ley de la residencia habitual del hijo. Al aplicar el derecho italiano se dará cuenta de que el artículo 33 de la Legge 218-95 (norma de conflicto italiana) prevé que al caso se debería aplicar la Ley de la nacionalidad del menor, que es la española. En esta hipótesis nos encontraríamos ante un reenvío de primer grado o de regreso, puesto que la norma de conflicto extranjera remite al ordenamiento del juez, el español.

Hipótesis de reenvío de segundo grado

Continuamos con el ejemplo, pero esta vez hacemos la hipótesis inventada de que el artículo 33 de la Legge 218-95 (norma de conflicto italiana) establece que la filiación se determina en base a la ley del lugar de nacimiento del menor, y que el menor nació en Francia. En este caso, en virtud del artículo 9.4 CC, el juez español tendría que aplicar el derecho italiano al ser la Ley de la residencia habitual del hijo. Al aplicar el derecho italiano se da cuenta de que el artículo 33 de la Legge 218-95 (norma de conflicto italiana) prevé que al caso se tendría que aplicar la ley del lugar de nacimiento del menor, que es la francesa. En esta hipótesis inventada nos encontraríamos ante un reenvío de segun-

Teorías sobre el reenvío

Ha habido varias teorías, de base jurisprudencial y doctrinal, sobre la cuestión del reenvío. Unas defendían que, en el supuesto de que una norma de conflicto declare aplicable un derecho extranjero, la remisión que se efectúa es a la totalidad del derecho extranjero (remisión integral), incluido su derecho internacional privado y en consecuencia aceptaban el reenvío. Otros también aceptaban el reenvío por el hecho de que ningún derecho extranjero tiene que ser aplicado si rechaza la remisión que se le hace. Y, por último, otras consideraban que la remisión de la norma de conflicto a un derecho extranjero se entendía hecha a su derecho material, ya que únicamente el propio legislador ostentaba la competencia para determinar el derecho aplicable a una situación privada internacional y en consecuencia negaba la figura del reenvío.

do grado, puesto que la norma de conflicto extranjera (italiana) remite la regulación del asunto a un tercer ordenamiento jurídico, el francés.

2.2.2. Soluciones jurídicas

Las soluciones jurídicas al problema del reenvío pueden ser distintas según el régimen aplicado.

1) El reenvío en los reglamentos de la UE y los convenios internacionales

Los convenios de derecho internacional privado uniforme ratificados por España y los reglamentos de la UE sobre ley aplicable tienen como principal característica la unificación de normas de conflicto y, por lo tanto, excluyen la existencia de conflictos, positivos o negativos, entre las normas de conflicto de los Estados ratificantes, en el primer caso, o miembros de la UE, en el segundo. Este hecho limita el potencial problema del reenvío únicamente a los casos en los que la aplicación de estas normas de conflicto unificadas comportan la remisión al derecho de un tercer Estado que tenga una norma de conflicto diferente para regular el mismo supuesto. Aun así, y a pesar de su reducida incidencia, tanto los reglamentos de la UE como los convenios internacionales ratificados por España **excluyen el reenvío**.

Ejemplo: Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos

En una acción judicial de resarcimiento derivada de la fabricación defectuosa de un producto en el que el daño se ha producido en España, se determina finalmente que el derecho aplicable a la causa es el derecho finlandés. Las normas de conflicto que ha comportado la aplicación del derecho finlandés son los artículos 4 a 7 del Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (La Haya 1973) y se ha hecho basándose en su punto de conexión del lugar «donde se sitúa el establecimiento principal de la persona a quien se imputa la responsabilidad». En teoría, es imposible que se plantee un problema de reenvío puesto que el derecho finlandés tiene las mismas normas de conflicto para regular el asunto porque tanto España como Finlandia son Estados que han ratificado el referido convenio.

En la hipótesis anterior, en el supuesto de que el establecimiento principal de la persona a quien se imputa la responsabilidad se encontrara en el Perú y fuera aplicable el derecho peruano (igualmente en virtud del Convenio de La Haya de 1973), si que, potencialmente, se podría producir un problema de reenvío porque Perú no ha ratificado el Convenio y el artículo 2.097 CC del Perú establece un criterio localizador diferente a los contenidos en el Convenio de la Haya de 1973.

En este sentido, el artículo 20 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el artículo 24 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y el artículo 11 del Reglamento (UE) núm. 1259, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial **excluyen expresamente el reenvío**.

En cambio el artículo 34 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* establece una **aceptación singular y parcial del reenvío**. Este artículo acepta el reenvío a favor de la ley de cualquier estado miembro o en favor de la ley de un tercer estado si conlleva la aplicación de la ley de este tercer estado. En cambio excluye el reenvío en cuatro supuestos: a) que la ley que ha sido designada a la sucesión sea la ley que presente unos *vínculos más estrechos* (art. 21.2); b) que el causante haya elegido en vida una la ley aplicable a su sucesión en uso de la autonomía de la voluntad (art. 22); c) en los casos de validez formal de las disposiciones *mortis causa* o de las declaraciones de aceptación o renuncia (arts. 27 y 28 b); y d) en casos relativos a bienes inmuebles en que la ley del lugar de situación del inmueble prevea disposiciones especiales que por razones económicas, sociales o familiares sean, en todo caso, aplicables -normas imperativas- con independencia a la ley aplicable al conjunto de la sucesión (art. 30).

2) El reenvío en las normas de conflicto de origen autónomo

Para las normas de conflicto de origen autónomo, la regulación general del reenvío queda contenida en el artículo 12.2 CC, que dispone que:

«la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.»

La interpretación literal del artículo 12.2 CC deja claro que **únicamente se acepta el reenvío de primer grado** (de retorno) con exclusión del de segundo grado. La aceptación del reenvío de primer grado no significa que este se tenga que llevar a cabo de forma automática. La expresión «tener en cuenta» que se recoge en el referido artículo requiere ser interpretada de forma sistemática en relación con la tipología variada de normas de conflicto que configuran el sistema autónomo de derecho internacional privado español.

En las normas de conflicto con un único punto de conexión, el reenvío se ha considerado como un mecanismo que permite introducir cierto nivel de flexibilidad al proceso de localización. Por el contrario, en normas de conflicto que tienen varios puntos de conexión, ya sean ordenados de forma alternativa o jerárquica, el recurso al reenvío puede significar una alteración contraria a la propia formulación de la norma de conflicto y por lo tanto se tendría que excluir su operatividad. En cualquier caso, la aceptación o rechazo del reenvío de retorno previsto en el artículo 12.2 CC se articula basándose en el respeto a los principios y valores constitucionales así como, y si procede, a los objetivos de orientación de un determinado resultado de justicia material en el que se formulan determinadas normas de conflicto.

Exclusión implícita del reenvío

En los casos en los que las normas de conflicto emplean la expresión *ley interna* o equivalente, se produce una exclusión implícita del reenvío puesto que la remisión se hace directamente a las normas internas, con exclusión de las normas de derecho internacional privado que pueda contener el derecho designado. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 3 del Convenio sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, que dispone: La ley aplicable será la **ley interna** del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.

Ley cambiaria

Los artículos 98.1 y 162.1 de la Ley 19/1985 cambiaria y del cheque prevén, de forma singular, un supuesto de aceptación total del reenvío, ya sea de primer o de segundo grado, al establecer que la capacidad de una persona para obligarse ya sea por letra de cambio, pagaré a la orden o cheque, se regirá por su ley nacional o por la ley de otro país si la ley nacional hace remisión.

Sucesiones de ciudadanos británicos

Los supuestos más recurrentes de reenvío tratados por el TS han sido relativos a sucesiones de ciudadanos del Reino Unido con última residencia en España. Véase STS de 15 de enero de 2019, recurso n.º 1762/2016.

Ejemplo: reenvío, orden público y *favor filii*

En el supuesto de que un juez español tuviera que conocer de una acción de declaración de filiación paternal no matrimonial sobre un menor del que no se puede determinar la nacionalidad, de madre argelina y con residencia habitual en Francia, por aplicación del artículo 9.4 CC, sería aplicable el derecho francés al ser la ley de la residencia habitual del menor. El artículo 311.14 del Código civil francés prevé que la ley aplicable a la filiación sea la ley personal de la madre, en el caso, la ley argelina. Obviamente, en el presente supuesto, excluiríamos el reenvío que efectúa la ley francesa a favor de la ley argelina, ya que se trata de un reenvío de segundo grado. Pero la exclusión del reenvío también podría venir justificada por la afectación al orden público español de la norma de conflicto francesa al establecer un punto de conexión que se podría considerar discriminatorio en relación con el principio de igualdad entre padre y madre en la determinación de la filiación. Por el contrario, si en la hipótesis analizada la nacionalidad de la madre fuera española, no sería descartable el reenvío que a favor de la ley española realiza la norma de conflicto francesa, si la ley española fuera más favorable que la francesa para el reconocimiento de la filiación no matrimonial. La justificación de la aceptación del reenvío hay que encontrarla en la defensa de la orientación material del artículo 9.4 CC afectada por el principio del interés superior del menor que preside la regulación española en esta materia, a pesar de la potencial afectación del orden público español de la norma de conflicto francesa que efectúa el reenvío.

Ejemplo: regímenes económicos matrimoniales

El artículo 9.2 CC establece varios puntos de conexión ordenados jerárquicamente para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Si se trata de determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio de dos cónyuges suizos que fijaron su primera residencia habitual en Francia, pero que desde hace años tienen residencia habitual en España, de acuerdo con el primer punto de conexión contenido en la referida norma, aplicaríamos el derecho suizo. El artículo 48.1 de la Ley federal suiza de derecho internacional privado de 1987 establece como ley aplicable a los efectos del matrimonio la del Estado en el que los esposos se encuentran domiciliados, que en el caso comportaría la aplicación del derecho español. Este supuesto plantearía un reenvío de retorno efectuado por el derecho suizo a favor del derecho español. La aplicación en este caso del reenvío de retorno a favor de la ley española alteraría el sistema jerarquizado de puntos de conexión previsto en el artículo 9.2 CC, que en defecto de la nacionalidad común y del uso de la autonomía de la voluntad, prevé como ley aplicable la del Estado donde se encontrara la primera residencia común de los cónyuges tras el matrimonio y, en último término, la ley del lugar de celebración del matrimonio. Así pues, en este supuesto, el reenvío se tendría que descartar, ya que el legislador español no ha previsto la aplicación de la ley de la residencia habitual común y actual de los cónyuges entre los diversos puntos de conexión.

Aplicabilidad del artículo 9.2 CC

A pesar de la plena aplicabilidad del Reglamento UE 2016/1103, el artículo 9.2 CC se continúa aplicando para determinar el derecho aplicable a los regímenes económicos matrimoniales de matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019.

Actividad 6

Supuesto 1: matrimonio formado por dos cónyuges de nacionalidad peruana casados en Colombia en el año 2008 que fijaron como su primera residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio en Francia, pero que desde hace años tienen la residencia habitual en España. Los cónyuges no han hecho uso de la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su matrimonio.

Supuesto 2: matrimonio formado por dos cónyuges de nacionalidad peruana casados en Colombia en el año 2008 que fijaron como su primera residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio en España, pero que desde hace años tienen la residencia habitual en Francia. Los cónyuges no han hecho uso de la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su matrimonio.

Normativa: artículo 9.2 del CC español y artículo 2078 del CC del Perú que dispone: «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 supuesto de que un juez español tuviera que determinar la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, ¿aceptaría el reenvío que efectúa el derecho peruano en los dos supuestos?

2.3. La cuestión previa

Otro problema que surge por las diferencias existentes entre normas de conflicto de diferentes Estados es el de la **cuestión previa**. En la resolución de cualquier asunto jurídico se puede requerir el uso coetáneo de varias normas jurídicas que pertenecen, no solo a diferentes ramas jurídicas (civil, administrativa, mercantil), sino, incluso dentro de la misma rama, a diferentes materias jurídicas (contratos, derechos reales, alimentos, familia). Así, por ejemplo, en una acción reivindicatoria sobre un inmueble (derechos reales) se puede discutir la validez del título de transmisión (contratos); en una reclamación de alimentos a favor de hijos se puede cuestionar la propia relación de parentesco (filiación); o, en cualquier asunto sucesorio, puede cuestionarse la validez del matrimonio o la existencia de la filiación como títulos por los que se reclama el carácter de heredero legítimo. Si esto sucede en supuestos de tráfico jurídico externo, las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos vinculados a las diversas cuestiones jurídicas pueden ofrecer soluciones localizadoras diferentes.

Se habla de **cuestión previa** en derecho internacional privado cuando una relación privada internacional (cuestión principal) requiere necesariamente para su resolución que previamente se resuelva otra relación jurídica diferente (cuestión previa) y las dos cuestiones se encuentran reguladas en normas de conflicto del foro diferentes.

Ejemplo

Supongamos que, ante un juez español, se plantea un litigio sucesorio (cuestión principal) en el que el causante, un nacional español con residencia habitual en Francia, fallece sin otorgar testamento. Los posibles herederos interesados en la herencia son una esposa, de la que se encontraba divorciado por sentencia dictada por un juez italiano y con la que tuvo un hijo, y una segunda compañera, nacional y residente en Suiza, con la que mantuvo temporalmente una relación marital y tuvo una hija, igualmente nacional y residente en Suiza, que no fue reconocida formalmente en vida del causante. De acuerdo con el artículo 21 del Reglamento UE núm. 650/2012, la cuestión principal tendría que quedar regulada por el ordenamiento jurídico francés por cuanto es el derecho que se corresponde con la última residencia habitual del causante. Los posibles derechos hereditarios que reclamara la esposa no suponen el planteamiento de una cuestión previa. En todo caso, dentro del procedimiento sucesorio, se tendría que reconocer a título incidental la sentencia de divorcio italiana. En cambio, la cuestión relativa a la determinación de la filiación de la segunda hija sí supone la existencia de una cuestión previa, ya que de su resolución depende que se puedan establecer cuáles son los herederos, núcleo de la cuestión principal. Además, según el derecho internacional privado español, la determinación de la filiación se regula en el artículo 9.4 CC, norma de conflicto diferente de la que regula la cuestión principal.

La disyuntiva que se plantea en este tipo de supuestos es si todo el asunto, cuestiones previa y principal, tiene que ser resuelto basándose en un único ordenamiento jurídico, el que regula la cuestión principal, o cada una de las cuestiones que se traten se tienen que resolver de forma independiente, del mismo modo que se haría si aparecieran desvinculadas la una de la otra.

El problema de la cuestión previa no cuenta con una regulación legal expresa ni tampoco la jurisprudencia ha ofrecido criterios concretos de resolución.

A escala doctrinal, las varias posibles soluciones que se han planteado son las siguientes:

- **Solución *lex formalis fori*.** En este caso, la cuestión previa se resolvería de forma independiente y desvinculada de la cuestión principal y le aplicaríamos las normas de conflicto que específicamente la regulan. Siguiendo el ejemplo antes indicando, la cuestión previa se resolvería de acuerdo con el artículo 9.4 del CC y, en consecuencia, para la determinación de la filiación sería de aplicación el derecho suizo (ley de la residencia habitual de la hija). Recordemos que el derecho francés se aplicaría a la cuestión principal.
- **Solución *lex materialis causae*.** En este caso, la solución a la cuestión previa se hace depender de la cuestión principal y comporta la aplicación directa del mismo derecho que regula sustantivamente la cuestión principal. En el ejemplo de base supondría que, para la cuestión previa (filiación), se aplicaría el derecho material francés, que igualmente regula la cuestión principal (sucesión).
- **Solución *lex formalis causae*.** Del mismo modo que en el caso anterior, la solución a la cuestión previa se hace depender de la que se da en la cuestión principal. Sin embargo, esta vez, son las normas del derecho internacional privado donde ha quedado regulada la cuestión principal las que determinarán la ley aplicable a la cuestión previa. Así pues, si la cuestión principal se rige por un derecho extranjero, la cuestión previa se resolverá aplicando el derecho designado por las normas de conflicto de este ordenamiento jurídico extranjero. En el ejemplo utilizado, esto supondría que, para resolver la cuestión previa (filiación), aplicaríamos la norma de conflicto contenida en el derecho francés, como derecho rector de la cuestión principal. Así, el artículo 311.14 del Código civil francés prevé que la filiación sea de aplicación de la ley personal de la madre, que comportaría la aplicación de la ley suiza a la filiación.

En el derecho internacional privado español, la solución doctrinal admitida es tratar la cuestión previa de forma independiente y aplicar para su resolución la norma de conflicto que le corresponde según el ordenamiento jurídico español (*lex formalis fori*). La justificación de esta solución radica en el carácter imperativo de las normas de conflicto (artículo 12.6 CC).

Actividad 7

¿Por qué solución se opta en el Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial para regular las cuestiones previas que se puedan presentar en los casos de divorcio o separaciones judiciales?

2.4. La remisión a un sistema plurilegislativo

2.4.1. Planteamiento del problema

La existencia de Estados plurilegislativos, es decir, Estados cuyo ordenamiento jurídico contiene varias legislaciones para regular la misma materia jurídica, se explica por razones políticas, históricas y socioculturales varias. También son diversas las reglas de base en las que se articula la plurilegislación en un Estado. Desde una perspectiva jurídica, el establecimiento de la plurilegislación en un Estado puede ser de base **territorial** (España, el Reino Unido o los Estados Unidos, entre otros) o **personal** (como en la India, Israel o el Camerún), dependiendo de si el criterio de aplicación de las legislaciones locales en presencia se vincula a las unidades territoriales en las que se compone el Estado o a las características religiosas, étnicas o tribales de su población.

Asimismo, los estados plurilegislativos pueden disponer de normas más o menos concretas, que resuelvan los conflictos de ley internos, que pueden ser o no coincidentes con las que emplean para resolver los conflictos de leyes en situaciones privadas internacionales.

Ejemplo: México

El artículo 121 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 13 y siguientes del Código civil Federal de México prevén reglas de resolución de conflictos entre los derechos de los diferentes estados mexicanos, que es coincidente con los conflictos de leyes internacionales.

Ejemplo: EUA

En los Estados Unidos de América no existe un sistema unificado de resolución de conflictos de leyes interestatales y cada uno de los 50 estados que lo conforman dispone de reglas propias para la resolución de estos conflictos intranacionales.

Las normas de conflicto efectúan la remisión a un determinado ordenamiento jurídico de base estatal. Si esta remisión se efectúa a favor de la ley de un estado plurilegislativo, se plantea el problema de determinar cuál de las diversas legislaciones locales en presencia tiene que convertirse finalmente en aplicable.

Remisión *ad intra*

Un supuesto singular en el que se puede producir un problema de remisión a un ordenamiento plurilegislativo es el caso en el que, por aplicación del reenvío de retorno a favor del derecho español, la situación privada internacional queda finalmente regulada por la ley española. En estos casos, habrá que establecer cuál de los varios ordenamientos civiles españoles tiene que ser finalmente aplicable. Es lo que se conoce como **remisión *ad intra***. Recuperemos el ejemplo expuesto en el apartado del reenvío, relativo al caso de determinación de la ley aplicable a los efectos de un matrimonio formado por dos cónyuges nacionales suizos, residentes en España, en el que el artículo 9.2 CC nos remitía al derecho suizo (nacionalidad común de los cónyuges) y este efectuaba un reenvío a favor de la ley española (residencia habitual común de los cónyuges). Pero ¿a favor de

La India, estado plurilegislativo de base personal

La India dispone de un complejo sistema de leyes personales para regular las relaciones familiares que se fundamenta en las religiones que profesan sus diferentes comunidades (hindúes, musulmanes, zoroastrianos, cristianos y judíos).

Canadá, estado plurilegislativo de base territorial

Canadá es un estado plurilegislativo de base territorial, con varias provincias y territorios. En derecho privado, todas las provincias, excepto Quebec, siguen la tradición de la *common law*. La provincia del Quebec tiene codificado su derecho privado en el Código civil del Quebec.

qué derecho español? En estos supuestos, la aplicación de la solución contenida en el artículo 12.5 CC prevé la aplicación de las reglas de solución de los conflictos de leyes interregionales contenidas en el artículo 16 CC, que nos remiten nuevamente al artículo 9.2 CC. Es obvio que el primer punto de conexión de la nacionalidad común de los cónyuges es plenamente inoperante para determinar qué derecho español es aplicable. Del mismo modo, es imposible sustituir la nacionalidad por la vecindad civil común de los cónyuges, ya que la vecindad civil no es predicable de los extranjeros. Por lo tanto, analizaríamos los sucesivos puntos de conexión contenidos al artículo 9.2 del Código civil (autonomía de la voluntad, primera residencia habitual común después de la celebración del matrimonial, lugar de celebración del matrimonio). Si nos basamos en alguno de estos puntos de conexión y no se pudiera determinar qué derecho civil español se vuelve aplicable, ya que los cónyuges no hicieron uso de la autonomía de la voluntad o la primera residencia habitual común después del matrimonio no fue en territorio español o el matrimonio se celebró en el extranjero, tendríamos que aplicar una solución singular. Esta sería efectuar una remisión directa a partir del reenvío de retorno que efectúa el derecho suizo y aplicar el derecho civil español que se corresponda con el del lugar de residencia habitual común de los cónyuges. La solución de aplicar el derecho de la residencia habitual común también se ve apoyada por el carácter integrador que tiene el punto de conexión de la residencia habitual respecto a la nacionalidad.

2.4.2. Soluciones jurídicas

a) Remisión directa

En ciertos casos, el propio criterio de conexión empleado por la norma de conflicto permitirá establecer una **remisión directa** a una de las legislaciones locales del ordenamiento jurídico plurilegislativo extranjero. El punto de conexión contenido en la norma de conflicto permite determinar directamente cuál de los derechos del Estado plurilegislativo designado es el aplicable

Así, por ejemplo, el artículo 22 del Reglamento Roma I (obligaciones contractuales) establece como solución para los supuestos de remisión a un Estado plurilegislativo de base territorial la consideración de cada unidad territorial del referido Estado como un país a los efectos de determinar el derecho aplicable. En igual sentido se manifiesta el artículo 25 del Reglamento Roma II (obligaciones extracontractuales), el artículo 12 del Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971 y el artículo 12 del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos de 1973.

En estos casos la solución al problema ha sido establecer una **remisión directa** que resulta factible puesto que los criterios de conexión que se recogen en las normas de conflicto de las referidas normas son mayoritariamente territoriales (residencia habitual, lugar ejecución contractual, lugar de producción del daño, etc.).

Ejemplo

Si se trata de determinar la ley aplicable a un contrato de prestación de servicios de acuerdo con el artículo 4.1.b) del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I), sí que sería posible establecer una remisión directa con una de las legislaciones locales de un Estado plurilegislativo de base territorial, puesto que el referido artículo prevé como punto de conexión la residencia habitual de quien presta el servicio.

b) Remisión indirecta. El artículo 12.5 CC

La autonomía de la voluntad

El punto de conexión principal que emplea el Reglamento Roma I (obligaciones contractuales) para determinar la ley aplicable a un contrato es la autonomía de la voluntad. Si las partes contractuales pactan que el contrato se regirá según la ley de un Estado que es plurilegislativo, pero no concretan expresamente el derecho local elegido, la remisión directa puede resultar imposible. En estas hipótesis corresponderá indagar, basándose en los términos empleados en el contrato y en las circunstancias del caso, criterios contenidos en el artículo 3.1 del Reglamento, cuál fue la presunta voluntad de las partes para elegir una concreta ley aplicable al contrato.

No obstante, en otras ocasiones esta remisión directa será imposible y la norma de conflicto de origen solo podrá establecer una **remisión indirecta**, y serán los criterios de resolución de los conflictos de leyes internos establecidos en el Estado plurilegislativo los que determinen la legislación finalmente aplicable. Esta es la solución que propone el artículo 12.5 CC, que es de aplicación tanto si la remisión se efectúa en un Estado plurilegislativo de base territorial como personal.

Artículo 12.5 CC

Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.

Ahora bien, la remisión indirecta que propone el artículo 12.5 CC no se encuentra exenta de problemas. En los supuestos en los que resulta imposible determinar el sistema de resolución de conflictos de leyes internas del ordenamiento plurilegislativo extranjero, se impone la necesidad de arbitrar soluciones subsidiarias y particulares, basándose en una interpretación sistemática del sistema de derecho internacional privado español. Estas soluciones se concretan en: o bien proceder a una remisión directa sobre la base de su punto de conexión ya previsto en la norma de conflicto, o bien establecerla sobre la base de otro criterio de conexión que se corresponda con la ley local más estrechamente vinculada con el asunto.

Dificultades que plantea el punto de conexión de la «nacionalidad» en la remisión a un ordenamiento plurilegislativo

En los casos en los que el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto es la nacionalidad y su aplicación nos remite en un estado plurilegislativo, la solución directa resulta simplemente imposible; y la solución indirecta tampoco garantiza un resultado satisfactorio. Imaginemos, por ejemplo, que se trata de determinar el derecho aplicable al régimen económico matrimonial de un matrimonio formado por dos ciudadanos norteamericanos que se casaron en el año 2000 en París, sin hacer uso de la autonomía de la voluntad para determinar su régimen económico matrimonial y que siempre han residido fuera de los EE.UU., habiendo tenido únicamente residencia común primero en París y finalmente en Barcelona. En caso de divorcio ante los tribunales españoles, y en aplicación del artículo 9.2 del CC y del punto de conexión de la «nacionalidad común», la disolución de su régimen económico debería regirse en base al derecho norteamericano. Pero ¿cuál? El del estado de Nueva York, el de California, etc. Una remisión directa resulta imposible. Podríamos intentar resolver el problema sustituyendo la «nacionalidad común» por la «residencia habitual común», pero en ningún momento los cónyuges tuvieron una residencia habitual común en un estado norteamericano y por lo tanto esta propuesta no nos resolvería el problema de identificar el derecho de un estado norteamericano. Podríamos intentar averiguar, en aplicación del artículo 12.5 CC (remisión indirecta), cuál es el criterio de solución recogido en el derecho internacional privado norteamericano para solucionar los conflictos de leyes entre los diversos derechos de los estados norteamericanos, pero tampoco encontraríamos una solución, no solo porque cada estado norteamericano tiene su propio sistema de derecho internacional privado y no sabríamos cuál elegir, sino también porque en cualquiera que eligiéramos los puntos de conexión que encontraríamos estarían relacionados con la residencia de los cónyuges, y ninguno de ellos ha residido en ningún estado norteamericano. La solución más sensata a este entuerto sería descartar la aplicación del derecho de un estado norteamericano y aplicar el derecho francés, el de la primera residencia habitual común de los cónyuges, punto de conexión subsidiario previsto en el propio artículo 9.2 CC y que coincide con el punto de conexión principal recogido en el nuevo Reglamento UE 2016/1103.

c) Remisión mixta

Con la intención de superar los problemas que puede presentar la remisión indirecta y diferenciar entre supuestos de remisión a ordenamientos plurilegislativos de base territoriales frente a los de base personal, ciertas normas ofrecen soluciones más elaboradas que combinan criterios de remisión directa e indirecta.

En este sentido, los artículos 16 y 17 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 2007 prevén un **sistema mixto** de resolución. Se parte de la remisión indirecta puesto que remite a las normas de resolución de conflictos internos existentes en el Estado plurilegislativo, ya sean estos de base territorial o personal. Ahora bien, si la remisión se efectúa a favor de la ley de un Estado plurilegislativo de base territorial y este no dispone de normas de resolución de conflictos internos, se opta por una remisión directa, ofreciendo el protocolo criterios interpretativos para hacerla efectiva, entre los que se introduce el de vínculos más estrechos. Este mecanismo da cierta flexibilidad a la solución. También mixto es el sistema de resolución previsto en los artículos 14 y 15 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. En este caso, si la remisión se realiza a la ley de un Estado plurilegislativo de base territorial, se busca una remisión directa; pero si la remisión se realiza a la ley de un Estado plurilegislativo de base personal, se remite a los criterios de resolución de conflictos entre leyes locales previsto en el referido Estado. En ambos supuestos se prevé como solución de cierre la remisión a la ley más estrechamente vinculada con los cónyuges.

Ejemplo

En un litigio sobre la reclamación del derecho de alimentos que inste una menor marroquí de confesión religiosa judía, residente en Marruecos, contra su padre, también marroquí, judío y residente en España, se aplicará el derecho marroquí como ley del Estado de residencia habitual del acreedor (artículo 3 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 2007). Para determinar qué legislación de base personal marroquí es finalmente aplicable, se tendrá que recurrir al sistema de solución de conflictos interpersonales que prevea el derecho marroquí (artículo 17 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias de 2007). El artículo 2 de la Ley 70-03, Código de familia marroquí (*Moudawana*) excluye de su alcance de aplicación las relaciones de familia de ciudadanos marroquíes de confesión judía, a los que se les aplica las leyes del estatuto personal hebraico marroquí.

2.5. El conflicto móvil

Los puntos de conexión de las normas de conflicto pueden ser de naturaleza mutable (nacionalidad, residencia habitual, lugar, situación de un bien...). Este hecho provoca que en el caso en que se produzca un cambio de las circunstancias que configuran el punto de conexión (cambio de nacionalidad, por ejemplo), este también afecte a la consecuencia jurídica y dos leyes resulten sucesivamente aplicables para regir la situación, provocando lo que se conoce como conflicto móvil.

Ejemplo: derechos reales

En Alemania, la Sra. A vendió al Sr. B un cuadro que se encontraba en Alemania. El pago se efectuó al firmar el contrato de compraventa y se acordó que la entrega del bien se realizaría en el plazo de 30 días en Barcelona. La Sra. A trasladó el cuadro a su domicilio de Barcelona y antes de entregarlo al Sr. B, lo volvió a vender y lo entregó a la Sra. C por un precio que triplicaba el de la primera venta. La Sra. A ofrece al Sr. B devolver el importe que le pagó incrementado en un 10%; pero el Sr. B rechaza la oferta. Ante los tribunales españoles el Sr. B demanda a la Sra. A, solicitando que se le reconozca como propietario del cuadro y se le entregue la posesión.

Para determinar el derecho aplicable a los derechos reales (propiedad sobre el cuadro), de acuerdo con el artículo 10.1 CC se debe aplicar el derecho del estado donde se encuentra el bien (cuadro); y al juez que conoce del caso se le plantea la siguiente disyuntiva: a) si aplica el derecho español (lugar donde se encuentra en la actualidad el bien, el cuadro todavía no es propiedad del Sr. B (falta de *traditio*) y por lo tanto debería desestimar la demanda; b) pero si aplica el derecho alemán (lugar donde se encontraba el bien en el momento de producirse la primera venta), el Sr. B sí sería reconocido como propietario y se estimaría la demanda. ¿Qué lugar de situación del bien debería tener en cuenta el juez español?

Las soluciones doctrinales se articulan de forma particular y se basan en diferentes criterios que pueden comportar soluciones contradictorias entre sí. Un primer criterio de aplicación sería retener la conexión vigente en el momento del nacimiento o creación de la situación jurídica que se regula, lo que fomenta así la continuidad en la regulación y la seguridad jurídica. En el mismo sentido actuaría el criterio de respeto a los derechos adquiridos, por el que se evita que los cambios en el derecho aplicable producidos por la variación de la circunstancia que configura el punto de conexión afecten a actos o relaciones jurídicas válidos y consolidados de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable en un primer momento temporal. En otros supuestos, el objetivo de favorecer una determinada solución material del asunto puede condicionar la respuesta al conflicto móvil. En estos casos, a partir de la confrontación de las normas de los dos ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables y de la respuesta jurídica concreta que ofrecen, se opta por una u otra solución. Finalmente, un elemento que también se debe tener en cuenta es el de evitar potenciales fraudes en la aplicación de las normas de conflicto por la alteración voluntaria y estratégica de los puntos de conexión. Estos criterios supondrían que en el ejemplo inicial (art. 10.1 CC, derechos reales) tendríamos en consideración, como lugar de situación del bien, Alemania.

En otras ocasiones, el legislador establece unas normas de aplicación que nos indican cómo resolver el conflicto móvil.

Ejemplo: derecho de alimentos

El artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 2007 sobre derecho aplicable a las obligaciones de alimentos dispone que el derecho aplicable es el del estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Pero en el supuesto de que el acreedor de alimentos haya tenido varias residencias habituales, ¿qué residencia debemos tomar en consideración? El apartado 2 del referido artículo aclara que «en caso de cambio de residencia habitual del acreedor, se aplicará la Ley del estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio». Por lo tanto, la interpretación sistemática del referido artículo nos indica que debe tenerse siempre en cuenta la residencia habitual actual.

Transformación de puntos de conexión mutables en inmutables

El conflicto móvil se evita al fijar temporalmente los puntos de conexión de las normas de conflicto.

Así, por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 prevé, entre otros, como puntos de conexión para la determinación de la ley aplicable a la separación y divorcio, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de interponer la demanda y la ley de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interponer la demanda. Estos dos puntos de conexión, nacionalidad y residencia habitual comunes, se encuentran fijados temporalmente en el momento de presentación de la demanda, hecho que evita los problemas de conflicto móvil en su aplicación.

2.6. El fraude a la ley

El concepto **fraude a la ley (o de ley)** no es singular del derecho internacional privado, sino que pertenece a la teoría general del derecho y se manifiesta en cualquier rama del ordenamiento jurídico.

2.6.1. Concepto y elementos

El fraude de ley consiste en la ejecución de actos o negocios jurídicos que se amparan en una norma jurídica, pero que tienen por objetivo eludir la aplicación de otra norma jurídica.

En derecho internacional privado, hablamos de fraude a la ley *strictu sensu* en los casos en los que se produce una alteración voluntaria del punto de conexión que tiene por objetivo que a la situación privada internacional le sea de aplicación una norma jurídica o un ordenamiento jurídico diferente del que hubiera resultado aplicable si la variación del punto de conexión no se hubiera producido. El artículo 12.4 CC precisa el concepto de fraude de ley al disponer que:

«se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española.»

Ejemplo: cambios de residencia

Quien voluntariamente cambia de residencia a los únicos efectos que en el momento de su óbito el cambio evite que se apliquen los preceptos relativos a la sucesión legítima o forzosa sí altera las circunstancias del punto de conexión contenido al artículo 21 del Reglamento UE 650/2012 –última residencia habitual del causante– y provoca una variación de la ley aplicable a la sucesión.

Así pues y en relación con la concepción estricta del fraude de ley, los elementos que son necesarios para que se produzca son los siguientes:

1) **Alteración del punto de conexión.** Es necesario que se produzca un **cambio real** en las circunstancias que determinan el punto de conexión. El cumplimiento de este requisito permite diferenciar el fraude a la ley de la mera simulación o de los casos en los que se guarda silencio sobre las circunstancias que determinan el punto de conexión.

Ejemplo

La falsa manifestación de ostentar una determinada residencia habitual amparada simplemente en la propiedad de una vivienda a los efectos únicamente de variar la consecuencia de una norma de conflicto que tenga como punto de conexión «la residencia habitual» es un acto de simulación que no se ampara en ninguna norma jurídica (norma de cobertura) y que no se subsume dentro de la figura del fraude de ley.

2) **Ánimo fraudulento.** Es necesario que el cambio producido en el punto de conexión sea **voluntario** y que tenga como única causa la creación artificiosa de una nueva localización de la situación privada internacional. Este elemento es el que caracteriza el fraude a la ley y lo diferencia del conflicto móvil. La de-

El art. 6.4 CC

El artículo 6.4 CC regula, a todos los efectos, el fraude de ley y establece en primer lugar la definición de la figura como: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él.»

Matrimonios de conveniencia

Las hipótesis en las que en situaciones privadas internacionales se puede plantear un fraude de ley van mucho más allá de la definición contenida en el artículo 12.4 CC. Así, por ejemplo, quien contrae matrimonio con un español a los efectos de poder acceder con más facilidad a la nacionalidad española o a la obtención de un permiso de residencia no utiliza ni altera el normal funcionamiento de una norma de conflicto para cometer el fraude.

Autonomía de la voluntad

No es planteable la figura del fraude a la ley en relación con la utilización de normas de conflicto que prevén como punto de conexión la autonomía de la voluntad, puesto que este elemento ya revela el carácter dispositivo de la materia regulada.

terminación de la causa volitiva que motiva una determinada acción humana es de difícil prueba y valoración, y más si tenemos presente que la referida acción se ve amparada en una norma jurídica (norma de cobertura).

El requisito de ánimo defraudador provoca que, en la práctica, la figura de fraude de ley tenga una aplicación residual.

3) Elusión de una norma imperativa española. Es necesario que la consecuencia jurídica de la alteración fraudulenta del punto de conexión sea que una norma imperativa (norma de *ius cogens*) del ordenamiento jurídico español (norma defraudada) deje de ser aplicable al supuesto. Esto descarta dentro de la concepción estricta del fraude a la ley los supuestos en los que se elude la aplicación de una norma jurídica española de libre disposición o cualquier norma extranjera.

2.6.2. Sanción al fraude de ley

El artículo 12.4 CC se limita a definir qué se entiende por fraude de ley sin prever una sanción jurídica. Para integrar la laguna que esto supone, se recurre al artículo 6.4 CC, que dispone que los actos ejecutados en fraude de ley «no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

La sanción jurídica al fraude de ley será la aplicación de la norma imperativa española que se trató de eludir.

El problema radica en determinar el alcance de la sanción, en el sentido de si los actos o negocios jurídicos por medio de los que se ejecuta el fraude se vuelven nulos o anulables, o tan solo no oponibles a los efectos de la aplicación de la norma imperativa española que se pretendía defraudar.

Ejemplo

Con «voluntad fraudulenta», un español renuncia a la nacionalidad española para adquirir la nacionalidad italiana, a los únicos efectos de alterar la consecuencia jurídica de una norma de conflicto española que prevé como punto de conexión la nacionalidad y, en vez de aplicarse el derecho español, se pasaría a aplicar el derecho italiano. En este caso, la sanción jurídica del fraude de ley sería la aplicación de la ley española a la situación. Esta sanción no alcanzaría la declaración de nulidad de la nacionalidad italiana adquirida puesto que únicamente las autoridades italianas pueden pronunciarse por la determinación unilateral que cada Estado efectúa sobre la nacionalidad.

Derecho interregional

En derecho interregional, la figura del fraude de ley ha tenido cierta repercusión jurisprudencial. En la mayoría de los casos^(*), la discusión sobre el ánimo fraudulento la provoca un cambio en la vecindad civil que comporta un cambio en la futura ley aplicable a la sucesión a los efectos de lesionar los derechos legítimos. Relevante a estos efectos es la STS de 14 de septiembre de 2009 cuando declara lo siguiente:

«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

Fraude de ley en la aplicación del derecho extranjero

Si partimos de la consideración de que las normas de conflicto españolas son normas imperativas (normas de *ius cogens*), cualquier alteración fraudulenta en su funcionamiento, incluido los casos que comportan eludir la aplicación de normas de ordenamientos jurídicos extranjeros, podría considerarse un supuesto de fraude de ley.

el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las 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.»

(*)Ved las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994 y de 14 de septiembre de 2009, así como las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de diciembre de 2007, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de enero de 2008 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de marzo de 2008.

2.7. La excepción de orden público

2.7.1. Concepto de orden público

La expresión *orden público* es utilizada por el legislador en gran parte de los sectores jurídicos con significados diversos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que expresa las condiciones mínimas que velan por la integridad del ordenamiento jurídico. En un sentido normativo, engloba el sistema de valores y principios obligatorios e inderogables que inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Derecho de la Unión Europea

A pesar de que el orden público siempre se ha predicado como ordenamientos jurídicos estatales, cada vez más se emplea la expresión de orden público en relación con el derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en el considerando 25.^º del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 y en relación con la excepción de orden público *strictu sensu*, se habla de descartar la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto si esta aplicación vulnera la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

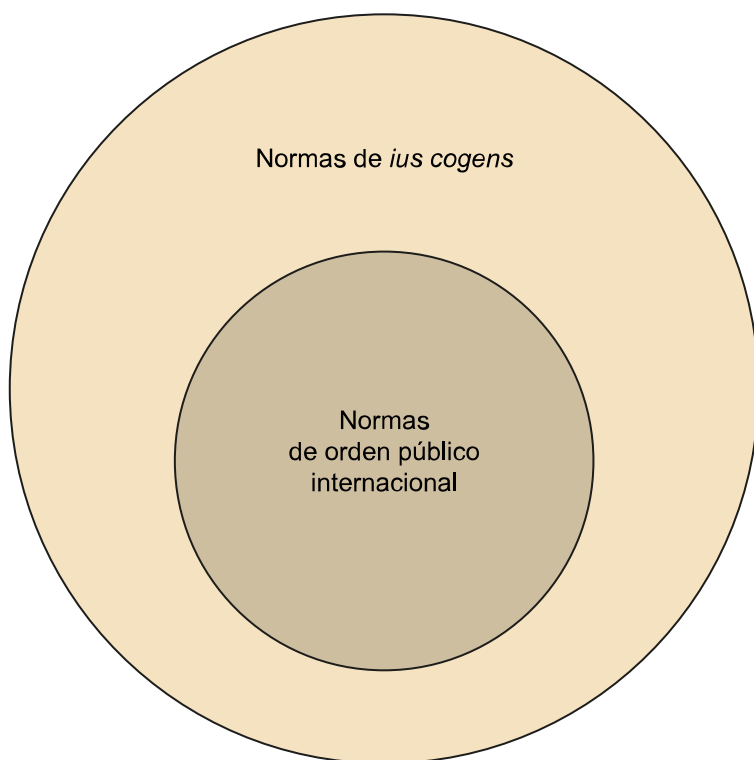
a) Manifestación positiva y negativa del orden público

En el sector del derecho aplicable del derecho internacional privado, el orden público tiene dos manifestaciones:

- **Positiva.** Se identifica con las normas materiales imperativas analizadas en el capítulo precedente. Estas normas, como técnica de regulación directa de las situaciones privadas internacionales, descartan la intervención de las normas de conflicto y consecuentemente evitan la posibilidad de aplicación de un derecho extranjero.
- **Negativa.** Actúa como un correctivo funcional sobre la consecuencia jurídica de una norma de conflicto, descartando la aplicación del derecho extranjero. En este caso, el orden público representa un rechazo a la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto que regula la situación privada internacional. Por esta razón hablamos de la **excepción** (a la aplicación del derecho extranjero) de orden público.

b) Orden público internacional frente orden público interno

Tanto en su versión positiva (técnica de reglamentación directa) como negativa (excepción a la aplicación del derecho extranjero), el concepto de orden público se refiere al **orden público internacional** para diferenciarlo del orden público interno. Este último se identifica con las normas de *ius cogens* inderogables por las partes y actúa plenamente en las situaciones privadas internas; mientras que el orden público internacional se circunscribe a los valores y principios que se recogen en las normas del ordenamiento jurídico español que son inderogables en cualquier situación, interna o internacional. Así, toda norma de orden público internacional es una norma de orden público interno, pero no toda norma de orden público interno es de orden público internacional. Gráficamente, estos dos conceptos se expresan en dos círculos concéntricos, en los que el círculo exterior representa el orden público interno y el interior, el orden público internacional.



Ejemplo

Las disposiciones que determinan las legítimas son normas de *ius cogens*, de orden público interno; por lo tanto, en los casos en los que es de aplicación el derecho español, las legítimas son inderogables. Pero en cambio no son normas de orden público internacional, es decir, no contradice el orden público español la aplicación de un derecho sucesorio extranjero en el que existe libertad absoluta de disponer del total del caudal relicto.

Actividad 8

1) Proceded a la lectura de la **sentencia del TSJ de Madrid de 28 de julio de 2004**, relativa a una acción de despido improcedente por parte de un trabajador contratado en Londres que realizaba su prestación laboral en España, y responded a las siguientes preguntas:

- De acuerdo con el TSJ de Madrid, las normas españolas relativas al despido improcedente y a la temporalidad en los contratos laborales, ¿son normas de orden público interno o internacional?
- ¿En qué sentido hubiera variado la resolución si las normas del derecho del Reino Unido hubieran ofrecido un nivel de protección para el trabajador superior al contenido en el derecho español?
- Si el trabajador no hubiera llevado a cabo la prestación laboral en España, ¿se habría considerado contraria al orden público la renuncia del trabajador a la reclamación por despido improcedente?

2) Proceded a la lectura del **artículo 56 de la Ley 20/2011**, de 21 de julio, del Registro Civil. ¿Son equivalentes las expresiones «orden público internacional» y «orden público español» que se utilizan en el primer y segundo párrafo del referido artículo?

2.7.2. Regulación de la excepción de orden público

La regulación de la excepción de orden público se encuentra en el artículo 12.3 CC, que dispone lo siguiente:

«En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.»

Con una técnica reguladora más precisa, los reglamentos de la UE y los convenios internacionales de ley aplicable también prevén en sus articulados las cláusulas de excepción de orden público.

Ejemplos de cláusulas de excepción de orden público en reglamentos de la UE y convenios internacionales

- Artículo 13 del Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias (2007): «La aplicación de la ley designada por el protocolo solo se podrá eludir en el supuesto de que sus efectos sean manifiestamente contrarios al orden público del foro.»
- Artículo 26 del Reglamento Roma II (obligaciones extracontractuales) y artículo 12 del Reglamento núm. 1259/2010 (divorcio y separación judicial): «Solo se podrá excluir la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.»
- Artículo 21 del Reglamento Roma I (obligaciones contractuales): «Solo se podrá excluir la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.»
- Artículo 10 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (1971): «La aplicación de alguna de las leyes cuya competencia declara el presente convenio no podrá ser rechazada excepto que sea manifiestamente contraria al orden público.»
- Artículo 10 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (1973): «Solo se podrá dejar de aplicar alguna de las legislaciones declaradas competentes en el presente convenio cuando fuera manifiestamente incompatible con el orden público.»

A pesar de que los artículos transcritos regulan la misma figura jurídica (excepción de orden público), ninguno de ellos tiene un redactado idéntico. Eso sí, en todos se recoge el adverbio **manifiestamente**, que destaca la excepcionalidad del recurso a esta figura para descartar la aplicación de la ley extranjera designada por las normas de conflicto que contienen los referidos textos. Esta incompatibilidad manifiesta también se predica en la regulación de la excepción contenida en el artículo 12.3 CC, a pesar de la omisión en su redactado.

A partir de la regulación legal, las **características** que se predicán de la excepción de orden público son las siguientes:

- **Territorialidad**, al reflejar únicamente los principios y valores del propio ordenamiento jurídico y no de los ordenamientos jurídicos extranjeros.
- **Actualidad**, ya que no existe un concepto único e inmutable en el tiempo de orden público.
- **Excepcionalidad**, ya que será necesario que la contradicción del derecho extranjero con los principios y valores del propio ordenamiento sea manifiesta y no basta con una simple diferencia de contenidos.
- **Elasticidad**, ya que su aplicación se realiza a partir de una tarea de valoración y ponderación que llevan a cabo los órganos judiciales y las autoridades públicas.
- **Generalidad**, ya que no admite excepciones en su aplicación, a pesar de que, dependiendo del grado de vinculación que el supuesto presente con el territorio español, sus efectos pueden variar.

2.7.3. Configuración del orden público y supuestos

La referencia básica en la configuración del orden público se encuentra en la Constitución, que contiene los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español.

La incidencia más significativa se encuentra en el principio de igualdad y no discriminación consagrado, en términos generales, en el artículo 14 de la norma fundamental. En los supuestos en los que la ley extranjera establezca un tratamiento discriminatorio por razones de sexo, origen o religión, la contradicción con el principio de igualdad constitucional es evidente. También por razones de orden público se descartaría la aplicación del derecho extranjero que efectuara un tratamiento diferenciado de los hijos en razón de su carácter legítimo (matrimonial) o ilegítimo (39.2 CE).

Ejemplo: afectación al principio de igualdad

Entre otras consideraciones, en la Sentencia de 28 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial de Barcelona descartó la aplicación del derecho marroquí a un asunto relativo a la sucesión de un causante de nacionalidad marroquí basándose en que el referido ordenamiento jurídico prevé que en la sucesión de un musulmán no pueden tener la calidad de herederos los no musulmanes.

Ejemplo: discriminación por razón de sexo

Del mismo modo, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999 descartó la aplicación del derecho marroquí a la capacidad matri-

monial de una contrayente marroquí, ya que el referido ordenamiento prohíbe el matrimonio de una mujer musulmana con un hombre no musulmán.

Ejemplo: afectación al principio de interés superior del menor

En la Sentencia de 22 de marzo de 2000, por motivos de orden público, el TS descartó la aplicación del derecho francés a un supuesto de determinación de la filiación extramatrimonial en la que la menor ostentaba la nacionalidad francesa contra el presunto padre biológico, de nacionalidad española. En concreto, se consideró que el carácter restringido de los motivos para investigar la paternidad así como el corto periodo de prescripción, previstos en el derecho francés y que hacían inviable la acción, eran contrarios al principio del «interés superior del menor» consagrado en la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo, que la acción fuera inviable de acuerdo con el derecho francés también comportaba como consecuencia que no se pudiera establecer la nacionalidad española de la menor con efectos desde su nacimiento, lo que contradice el artículo 11 de la CE que otorga a la nacionalidad el rango de derecho fundamental.

Una institución donde mejor se refleja el carácter actual del orden público es el **matrimonio**. El artículo 32 de la Constitución española consagra el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica y remite a la ley ordinaria la regulación de las causas de divorcio y separación. Previo a la Constitución española, se consideraba cuestión de orden público el carácter indisoluble del matrimonio, hecho que impedía que los órganos judiciales españoles aplicaran leyes extranjeras que admitían el divorcio, y menos si uno de los cónyuges era español. La ley del divorcio, dictada en 1981 y derivada de la previsión constitucional, provocó que la configuración del orden público en esta materia fuera radicalmente diferente, ya que se pasó a considerar de orden público la aceptación de la disolubilidad del matrimonio. Y más actualmente, a raíz de los cambios legislativos en la materia provocados por la Ley 13/2005, de 1 de julio, se abre una tendencia a considerar igualmente de orden público el derecho de toda persona a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, a pesar de que su ley personal no lo permita.

Orden público económico

En sectores del **derecho contractual** (condiciones generales de contratación, contratos de trabajo y consumo) y de **ordenación del mercado** (derecho de la competencia y de defensa de la competencia, etc.), hay normas de orden público internacional que pueden impedir la aplicación de un derecho extranjero que valide conductas o prácticas contrarias a este orden público económico.

Ejemplo

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2000, en un asunto relativo al divorcio de dos iraníes, el Tribunal rechazó la aplicación del derecho iraní al considerarlo contrario al orden público, ya que de forma discriminatoria y en perjuicio de la mujer permitía el derecho del marido a revocar el divorcio.

Actividad 9

Leed las resoluciones de la RDGRN 7/2006 de 23 de noviembre y 1/2008, de 22 de mayo y responded a las preguntas siguientes:

- 1) ¿Qué calificaciones posibles pueden predicarse del requisito de diversidad de sexo en la institución matrimonial?
- 2) ¿En qué valores y principios concretos fundamenta la DGRN la consideración como cuestión de orden público internacional español la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo?
- 3) ¿Qué efectos tendrán los matrimonios celebrados en España en los países de los que son nacionales los contrayentes?
- 4) ¿Cómo califica la DGRN la institución de la *civil partnership* contenida en el derecho del Reino Unido?

2.7.4. Efectos del orden público

a) Rechazo a la aplicación del derecho extranjero

El primer efecto de la excepción de orden público es descartar la aplicación de la ley extranjera; ahora bien, ¿se tiene que dar un rechazo total a la aplicación del derecho extranjero o solo a las normas concretas que resultan incompatibles con el orden público español? Las diferentes regulaciones de la cláusula de orden público no ofrecen una solución clara a la pregunta, puesto que se refieren genéricamente a «la ley designada...» o a «la legislación declarada competente...». Únicamente el artículo 21 del Reglamento Roma II es más preciso al referirse a «una disposición de la ley de cualquier país designada...». El carácter excepcional que hemos predicado de la excepción comporta que solo se tienen que descartar las normas concretas del derecho extranjero que resultan incompatibles con el orden público español.

Ved también

Encontraréis las diferentes regulaciones de la cláusula de orden público en el subapartado «Regulación de la excepción de orden público» de este módulo.

Excluida la aplicación de las disposiciones del derecho extranjero incompatibles con el orden público, la laguna creada se integra con la aplicación a la causa de la *lex fori*, es decir, del derecho español.

De este modo, se garantiza la protección de los principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico. El resultado puede ser la aplicación acumulativa de normas de dos ordenamientos jurídicos, el **extranjero** en el ámbito en el que no presenta incompatibilidad con el orden público, y el **español**, en sustitución de la de las normas incompatibles.

Ejemplo

El artículo 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, regula de una forma más precisa que en el artículo 12.3 CC la excepción de orden público internacional. Este artículo no solo precisa que la incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público español tiene que ser manifiesta, sino que también ofrece criterios de aplicación de la excepción: interés superior del menor y vínculos sustanciales del supuesto con España; así como indica expresamente que, en sustitución de la ley extranjera, se aplicará la ley sustantiva española.

b) Efecto atenuado

En determinados casos, la excepción de orden público impide la creación en territorio español de situaciones o actos jurídicos. Así, por ejemplo, no se permitiría ante la autoridad civil española la celebración de un segundo matrimonio poligámico a pesar de que el derecho personal de los contrayentes lo permitiera. Pero, en otras ocasiones, el acto o situación jurídica (por ejemplo, el matrimonio poligámico) ha sido creado en el extranjero. En estos casos, el orden público actúa en el ámbito del no reconocimiento de la situación creada en el extranjero. Pero negar cualquier efecto jurídico a la situación constituida en el extranjero, aparte de afectar a los derechos adquiridos, puede atentar igualmente a ciertos valores del propio ordenamiento jurídico. Así pues, negar todo efecto jurídico al vínculo matrimonial de una segunda o ulterior esposa

de un matrimonio poligámico constituido en el extranjero supondría negar, por ejemplo, cualquier derecho en materia de alimentos, pensiones públicas, sucesiones que le pudiera corresponder a la segunda o ulterior esposa que tuviera su origen en el vínculo matrimonial poligámico. En estas hipótesis, y para evitar situaciones que pueden suponer una desprotección jurídica excesiva, se habla de los **efectos atenuados** del orden público. La determinación de las consecuencias jurídicas que se admitirán se llevará a cabo caso por caso ponderando los intereses en presencia.

Ejemplo: pensiones de viudedad y matrimonios polígamos

En la reclamación de prestaciones sociales por viudedad instadas por segundas esposas de matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero se plantea el problema de si las pensionarias pueden ser consideradas «cónyuge superviviente» a los efectos del artículo 174 de la Ley general de la Seguridad Social. En todos los casos, los tribunales de justicia rechazan el reconocimiento del segundo vínculo matrimonial poligámico por ser contrario al orden público español. Algunos órganos judiciales otorgan parcialmente la prestación de viudedad y reconocen ciertos efectos a la relación marital creada en el extranjero (ved la sentencia del TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002); en cambio, otros la rechazan (ved las sentencias del TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 y de 27 de febrero de 2018).

Actividad 10

Madres de alquiler

Hechos: John y Caroline, californianos, firman en Los Ángeles un contrato con la Antonia, de nacionalidad española, que tiene por objeto el alquiler del vientre de Antonia a los efectos de gestar un bebé. La inseminación del óvulo de Antonia se produce con esperma de John. Antonia, de común acuerdo con John y Caroline, decide pasar la parte final del embarazo en Barcelona, pero el nacimiento se produce en Los Ángeles. Después del parto Antonia regresa a Barcelona donde tiene su residencia habitual. Se produce una discrepancia en ciertas partidas económicas derivadas del contrato, ya que John y Caroline consideran que Antonia manipuló ciertas facturas del seguimiento médico del embarazo, siendo el importe motivo de discrepancia de 10.450 €.

Proceda a la lectura del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Recurso 245/2012, y conteste a las siguientes preguntas:

Variante A:

John y Carolina demandan a Antonia ante los juzgados de Barcelona, reclamándole el regreso de € 10.450 pagados indebidamente en cumplimiento del contrato. Qué argumentario defensivo dispone Antonia?

Variante B (Por la parte de reconocimiento y ejecución):

John y Carolina demandan a Antonia ante los juzgados de Los Ángeles, reclamándole devolver los 10.450 € pagados indebidamente en cumplimiento del contrato. El Juez de Los Ángeles emite sentencia por la que estima la demanda. ¿De qué argumentario defensivo dispone Antonia para oponerse al reconocimiento y ejecución de la resolución judicial extranjera?

3. La aplicación del derecho extranjero

3.1. Introducción

Los actos y negocios jurídicos que interesan al derecho internacional privado se caracterizan por presentar elementos fácticos, o jurídicos, extranjeros. Estos elementos son los que, si se recogen en los puntos de conexión de las normas de conflicto, pueden comportar la aplicación de un derecho extranjero. Cuando se plantea un asunto de derecho internacional privado ante un órgano judicial español, estos elementos tendrán que ser alegados y probados para determinar a continuación cuál tendrá que ser el derecho sustantivo aplicable, que, si se trata de un derecho extranjero, igualmente tendrá que ser conocido por el órgano judicial.

Así pues, será clave determinar cuál es el tratamiento procesal que se otorga al derecho extranjero que se reclama aplicable por la norma de conflicto. La respuesta que se dé a esta cuestión marcará el desarrollo del procedimiento judicial.

Si se trata el derecho extranjero del mismo modo que el derecho propio, le será aplicable la máxima procesal de *da mihi factum, dabo tibi ius*. Por el contrario, si el derecho extranjero se equipa a los hechos, la alegación y prueba de parte se volverá la única vía para su final aplicación al caso. Y todo esto sin olvidar la intensidad con la que actúan los principios dispositivo e inquisitivo en los procesos civiles, así como el respeto a los derechos procesales constitucionalizados en el artículo 24 de la CE.

Actos de jurisdicción voluntaria

El artículo 10 de la Ley 15/2015, de 3 de julio, de jurisdicción voluntaria dispone: «Los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes, la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado».

Lex loci regit processum

El artículo 3 LEC establece que los procesos civiles que se sigan en territorio español, con las excepciones que se puedan prever en los convenios internacionales, se regirán únicamente por las normas procesales españolas.

3.2. Presupuestos básicos

3.2.1. Carácter imperativo de la norma de conflicto: artículo 12.6 del Código civil

El artículo 12.6 CC establece el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas al disponer su aplicación de oficio por parte de los tribunales y autoridades. Las consecuencias de esta imperatividad son que los particulares no pueden eludir libremente la aplicación de las normas de conflicto a las situaciones privadas que les afecten y que los órganos judiciales y autoridades también se encuentran vinculados por ellas.

Cuando la consecuencia jurídica de la norma de conflicto es la aplicación del propio derecho, su imperatividad asegura que los particulares no eluden la aplicación del derecho español a sus relaciones privadas; ahora bien, cuando la norma de conflicto reclame la aplicación de un derecho extranjero, esta imperatividad se puede ver condicionada por el tratamiento procesal que se otorgue al derecho extranjero y por las facultades que se le concedan al juez para facilitar su conocimiento y aplicabilidad al caso.

Normas de conflicto en convenios internacionales o en el derecho de la UE

El carácter imperativo también es predicable de las normas de conflicto contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en los reglamentos comunitarios. En estos casos, incluso, se podría hablar de una imperatividad reforzada, ya que su incumplimiento podría considerarse un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español como ratificante del convenio internacional o un incumplimiento del derecho de la UE.

3.2.2. Tratamiento procesal del derecho extranjero: artículo 281.2 LEC

El artículo 281 LEC encabeza el capítulo V del libro segundo dedicado a «La prueba». Tras consagrar en el primer apartado que los hechos son el objeto de la prueba, en el segundo apartado se establece que «también será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero».

El derecho extranjero recibe el tratamiento procesal de elemento objeto de prueba, que tendrá que ser sometido a debate contradictorio durante el procedimiento y que no podrá ser aplicado de oficio por parte del órgano judicial.

Este artículo establece una cierta diferenciación entre los simples hechos, objeto natural de la prueba en el procedimiento, respecto a otras realidades, como la costumbre y el derecho extranjero, que tienen un papel regulador y normativo en el litigio. No obstante, el punto de partida es que el derecho extranjero recibe el mismo tratamiento procesal que los hechos, muy alejado del principio *iura novit curia* que se aplica al propio derecho. Pero esto no significa que se tenga que considerar que la prueba del derecho extranjero como una cuestión de simple interés de las partes procesales. El objetivo del proceso es establecer una decisión justa y amparada en la Ley que, si procede y lo reclama la norma de conflicto, se tendrá que fundamentar en un derecho extranjero. La necesidad de prueba del derecho extranjero no deriva de las alegaciones fácticas que

realicen las partes sino del mandato imperativo de la norma de conflicto. Por lo tanto, son los propios intereses del procedimiento los que reclamarán una actuación proactiva del órgano judicial en la prueba del derecho extranjero.

3.3. Régimen de alegación y prueba

De acuerdo con los presupuestos básicos que se acaban de mencionar, el principio básico es que corresponde a las partes procesales la carga de la alegación y prueba del derecho extranjero.

3.3.1. Alegación de los elementos de extranjería

Un *prius* para la aplicación judicial del derecho extranjero es que las partes procesales aleguen y prueben los elementos fácticos o jurídicos que configuran el punto de conexión de la norma de conflicto.

Si, por ejemplo, la aplicación del derecho extranjero viene condicionada por la nacionalidad de una persona, o su residencia habitual, o por el lugar donde se celebró un negocio jurídico, será necesario que las partes procesales interesadas procedan a su alegación y, si procede, prueba, como cualquier otra circunstancia que configura el objeto y la causa de una acción procesal. Pero si las partes procesales, estratégicamente, ocultan o guardan silencio sobre estos elementos y omiten su prueba, la acción se verá huérfana de los elementos de extranjería que justifiquen la aplicación al asunto de un derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto.

Ejemplo

En una acción de responsabilidad contractual que tiene por objeto un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, en la que un arquitecto, nacional español establecido en París, demanda a una empresa constructora establecida en España, en pago de los honorarios correspondientes a la revisión de unos planes constructivos, si la parte actora pretende que se aplique el derecho francés, se volverá necesario que previamente alegue y pruebe que su residencia habitual se encuentra en París para provocar la consecuente aplicación del artículo 4.1.b) del Reglamento Roma I que establece como ley aplicable el derecho del país de la residencia habitual de quien presta los servicios profesionales, en este caso, el arquitecto. Igualmente podría suceder que la parte demandada, interesada en la aplicación del derecho español basándose en el artículo 3.1 del mismo Reglamento Roma I, de preferente aplicación que el anterior, alegara que de la documentación que configura la relación contractual entre las partes, se pactó la sumisión al derecho español de sus relaciones. En el primer caso, la parte actora tendría que alegar y probar por cualquier medio de prueba el hecho de que reside en París (como empadronamiento, documentos administrativos del ejercicio de la actividad profesional, etc.) y, en el segundo caso, la demandada tendría que probar el hecho de que hubo un pacto de ley aplicable entre las partes (como contrato, documento de encargo profesional, interrogatorio de la partes, etc.). Pero si la parte actora omite cualquier referencia a su residencia habitual en el extranjero, el elemento de extranjería desaparecería de la causa y el caso podría tratarse como un supuesto puramente interno.

Ejemplo

En el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de noviembre de 2003, en la acción de protocolización de testamento hológrafo de un causante de nacionalidad alemana se aplicó el derecho español, por el hecho de que no se indicó que el causante era alemán.

3.3.2. Alegación del derecho extranjero

El artículo 281.2 LEC no menciona expresamente que el derecho extranjero tenga que ser alegado. Una interpretación sistemática del referido artículo con el artículo 12.6 CC permite concluir que **no haría falta su alegación de parte**, puesto que el carácter imperativo de la norma de conflicto comportaría que el órgano judicial de oficio introdujera en el procedimiento el debate sobre el derecho extranjero.

También la jurisprudencia del TS mantiene esta tesis al afirmar que:

«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 de 1 de abril de 2011, de 23 de marzo de 2010 y de 10 de junio de 2005.

Ahora bien, la equiparación del derecho extranjero como elemento procesal objeto de prueba obliga en la praxis a la alegación de parte.

En los artículos 399 a 413 de la LEC, se regula el trámite de alegaciones iniciales en el proceso ordinario. El momento procesal para formular alegaciones y configurar las pretensiones y la acción procesal son los escritos de demanda y contestación a la demanda; y, si procede, de demanda reconvenional y contestación a la demanda reconvenional. Será en este trámite procesal durante el que las partes tendrán que efectuar las alegaciones relativas a los hechos o situaciones jurídicas que provocan que nos encontremos en una situación privada internacional; así como también el momento de alegar la aplicación a la causa del derecho extranjero y de la norma de conflicto que justifica su aplicación.

Jurisdicción social

En el juicio verbal civil, el actor llevará a cabo las alegaciones en su escrito de demanda, y el demandado las formulará oralmente durante el acto del juicio en el momento de contestar a la demanda. En los juicios relativos a contratos individuales de trabajo que se sigan ante la jurisdicción social de acuerdo con la Ley de Procedimiento Laboral, la alegación del derecho extranjero se producirá, por parte del actor, en el escrito de demanda y, por parte del demandado, en el acto del juicio (artículos 80 y 85 LPL).

3.3.3. Régimen de prueba del derecho extranjero

La prueba del derecho extranjero presenta particularidades respecto del régimen general de prueba y se encuentra regulada sucintamente en el artículo 33 LCJI.

Art. 400.1 LEC

La regla establecida en el artículo 400.1 LEC impediría que una acción basada en derecho español que hubiera sido desestimada se reabriera en un ulterior pleito en el que el actor la fundamentara basándose en unos hechos y un derecho extranjero que hubiera podido alegar en el primer juicio; así como también el supuesto inverso en el que la acción desestimada se hubiera fundamentado en un derecho extranjero y se pretendiera iniciar un nuevo litigio con el mismo objeto fundamentado esta vez en derecho español.

LCJI

Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Material Civil LCJI.

1) Carga y momento de la prueba

Es la parte procesal interesada (actor o demandado) en que el derecho extranjero sea aplicable, quien tendrá la carga de su prueba. Esto no obsta a que todas las partes en litigio lleven a cabo la iniciativa en materia de prueba del derecho extranjero.

Respecto a la proposición y práctica de la prueba del derecho extranjero, es de aplicación el régimen general existente en estas materias. La proposición de la prueba del derecho extranjero se llevará a cabo en primera instancia durante el acto de la audiencia previa (artículo 429.1 LEC), si se trata de un procedimiento ordinario, o durante el acto del juicio en el procedimiento verbal (443.4 LEC). Respecto a las pruebas que sean inadmitidas en primera instancia, si la parte formuló oportunamente recurso de reposición y posterior protesta, se podrá reproducir su solicitud en el escrito de interposición del recurso de apelación (460.2 LEC). En todos los casos, la práctica de la prueba del derecho extranjero se llevará a cabo durante el acto del juicio, respetando el **principio de contradicción de parte**.

Ejemplo: prueba en segunda instancia

En el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 23 de abril de 2008, basándose en el artículo 460 LEC, el órgano judicial rechazó la aportación de prueba documental en segunda instancia sobre el contenido y vigencia del artículo 160 del CC colombiano, ya que no se trataba de un «hecho» de nueva noticia y le hubiera sido posible a la parte haberlo aportado en primera instancia junto con su escrito de alegaciones iniciales.

2) Objeto de prueba

El inciso final del artículo 281.2 LEC, así como el artículo 33 de la LCJI, determinan que el derecho extranjero tendrá que ser probado respecto a su **contenido y vigencia**. Existe una consolidada línea jurisprudencial, previa a la promulgación de la nueva LEC 2000, por la que la prueba del derecho extranjero no tan solo comprendía el contenido y vigencia, sino también la **interpretación y la aplicabilidad** de la norma extranjera al caso concreto. Se trata de una prueba rigurosa y concreta que culminaba con la exigencia de que la aplicación del derecho extranjero no «suscitara la menor duda razonable a los tribunales españoles».

El objetivo es permitir que el juez español pueda resolver el asunto basándose en el derecho extranjero del mismo modo que lo haría el juez extranjero, aplicando su propio derecho.

3) Medios de prueba

Hechos admitidos

Sigue persistiendo la carga de la prueba del derecho extranjero incluso en el supuesto de que las partes en litigio estén de acuerdo con su contenido; es decir, una de las singularidades de la prueba del derecho extranjero es que sobre la misma no es predicable la teoría de los **hechos admitidos**, recogida en el apartado tercero del artículo 281 LEC.

Singular fue el caso resuelto por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en sentencia de fecha 26 de abril de 2005, donde se aceptó como prueba del contenido y vigencia del derecho británico la conformidad de las partes y se justificó la decisión para evitar mayores dilaciones en el procedimiento.

Nota

Ved las SSTs de 30 de abril 2008, de 4 de julio de 2006 y de 11 de mayo de 1989.

No existe un listado tasado de mediadores de prueba del derecho extranjero. Las pautas marcadas por la jurisprudencia sobre los medios de prueba del derecho extranjero son las siguientes:

a) La prueba documental. El contenido y vigencia del derecho extranjero se prueba por medio de documentos públicos expedidos por autoridades competentes como:

- Certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros del país del derecho que es objeto de prueba, acreditados en España.
- Certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el país extranjero del derecho que es objeto de prueba.
- Certificaciones expedidas por la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.
- Certificaciones de autoridades habilitadas para informar sobre el derecho extranjero en virtud de los convenios internacionales ratificados por el Estado español.

Las colecciones legislativas privadas, originales o fotocopias, que recojan derecho extranjero se consideran insuficientes para su prueba. No obstante, todo este conjunto de documentos privados puede ser aportado por las partes como indicios de prueba para provocar una posterior actuación del juez en este sentido.

Internet

Interesante es lo que dice, con carácter de *obiter dictum*, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (recurso n.º 2544/2015) en relación con las webs donde se recogen normas de ordenamientos jurídicos extranjeros:

«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).»

Artículo 281.2 *fine* LEC

El artículo 281.2 *fine* LEC prevé que para la aplicación del derecho extranjero, el órgano judicial «pueda valerse de los medios de averiguación que sean necesarios».

Artículo 323 LEC

El artículo 323 LEC regula el tratamiento procesal y fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros que, como se ha visto, son los más idóneos para la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero.

b) Pericial. El artículo 33.4 de la LCJI hace referencia expresa a este medio de prueba. Sobre los requisitos o calificaciones de los peritos, la jurisprudencia española no marca una solución unívoca. En la mayor parte de los casos, se trata de juristas (como abogados, docentes universitarios o notarios) del país del derecho que es objeto de prueba, pero nada impide, y así se ha aceptado expresamente, que se trate de juristas españoles expertos en la materia.

Tal y como sucede en la prueba documental, el procedimiento habitual es que los informes periciales se aporten con los escritos de alegaciones iniciales. Pero del mismo modo sería factible que, en aplicación del artículo 339.2 LEC, las partes procesales, previo anuncio en sus escritos iniciales, solicitaran que por parte del órgano judicial se procediera al nombramiento judicial de perito para la prueba del derecho extranjero.

Actividad 11

Leed las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de enero de 2009 y de la Audiencia Provincial de Gerona de 12 de enero de 2011 donde se elabora un interesante resumen sobre los medios de prueba del derecho extranjero.

3.3.4. Régimen de recursos

Las partes procesales pueden considerar afectados sus intereses en el supuesto de que el órgano judicial dicte resoluciones por las que se haya denegado o dificultado la prueba del derecho extranjero en primera instancia; o cuando, probado éste, consideren que la interpretación o aplicación que se hace es incorrecta. El planteamiento de todas estas cuestiones es posible en el **recurso de apelación** dada la carencia práctica de motivos tasados para la interposición del referido recurso.

a) Recurso extraordinario por infracción personal

El **recurso extraordinario por infracción procesal** (artículos 468 y siguientes LEC) únicamente se podría plantear en los supuestos en los que se ha producido una denegación de medios de prueba del derecho extranjero, o una frustración de la prueba del derecho extranjero instada diligentemente por la parte procesal, que sea imputable a la actuación del órgano judicial y que haya provocado indefensión.

b) Recurso de casación

La infracción de la correcta aplicación del derecho extranjero también podría motivar un **recurso de casación**, basándose en la previsión que se hace en el artículo 477.1 LEC, ya que se trataría de una infracción de normas aplicables para resolver cuestiones objeto del proceso. El problema es que la referida infracción cumpla alguno de los tres requisitos de recurribilidad previstos en el segundo apartado del referido artículo. Especial atención merece el tercer requisito «de interés casacional», ya que, en la praxis, raramente se obtendrán o existirán precedentes de aplicación de un concreto derecho extranjero en

Criterios de valoración de la prueba del derecho extranjero

Los apartados segundo y cuarto del artículo 33 de la LCJI regulan por primera vez los criterios de valoración de la prueba del derecho extranjero, indicando que: a) las reglas de la **sana crítica** determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero; y b) los informes o dictámenes que se presenten sobre el derecho extranjero **no** tendrán carácter vinculante. Estas novedades no suponen un cambio en los criterios que los juzgados y tribunales de justicia españoles venían aplicando para la valoración de las pruebas del derecho extranjero.

Ejemplo

La actuación de los órganos judiciales que motivaron el recurso de amparo constitucional resuelto en la STC 10/2000, sería un claro supuesto que hubiera permitido la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal. Encontraréis este caso en el apartado «El papel del órgano judicial en la alegación y prueba del derecho extranjero» de este módulo.

las sentencias del Tribunal Supremo o de audiencias provinciales que hayan resuelto de forma diferente la interpretación y aplicación de las mismas normas jurídicas extranjeras.

Ejemplo

En la Sentencia del TS, sala civil, de 13 de enero de 2015, el alto Tribunal revisó en casación la correcta aplicación de diversas normas jurídicas de los ordenamientos jurídicos de New Jersey y Arizona.

3.4. El papel del órgano judicial en la alegación y prueba del derecho extranjero

El carácter imperativo de la norma de conflicto y la singularidad procesal del derecho extranjero comportan también que al juez se le requiera una actuación singular en relación con la alegación y prueba del derecho extranjero. La LEC no establece una **regulación específica sobre las obligaciones/facultades del juez** en esta materia. La respuesta la encontramos en los mecanismos genéricos de dirección e impulso procesal que se otorga al órgano judicial con los límites que imponen los principios dispositivo y de contradicción de parte.

Ejemplo

Todavía al amparo de la antigua LEC, la Audiencia Provincial de Madrid ya procedió de oficio a instar en segunda instancia prueba del derecho extranjero frente a la inactividad de parte producida en primera instancia. Para hacerlo, se apoyó en la doctrina emitida por el TC en la Sentencia 10/2000 y por el TS en la sentencia de 3 de marzo de 1997 que establecía literalmente:

«si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable.»

SAP Madrid de 28 de septiembre de 2000.

En la Sentencia 10/2000, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional marcó, tímidamente, una pauta de comportamiento de los jueces en la aplicación y prueba del derecho extranjero, consistente en requerir una activa participación de los órganos judiciales en la prueba del derecho extranjero que no frustre las expectativas de las partes. Esta doctrina mantiene el carácter complementario o coadyuvante del juez respecto a la actuación de las partes, a quienes les sigue correspondiendo la iniciativa y la configuración del objeto del proceso, ya que el requerimiento de actuación judicial tiene como condicionamiento previo una actuación diligente de la parte en la prueba del derecho extranjero.

Caso STC 10/2000

Los hechos que motivaron el recurso de amparo constitucional resuelto por la STC 10/2000 son ciertamente singulares. La señora Charlouian, de nacionalidad armenia y residente en Bilbao, instó ante los juzgados de primera instancia de Bilbao demanda de separación matrimonial contra su esposo, también armenio y residente en Bilbao. El abogado de la parte actora aportó en primera instancia, como prueba del derecho armenio, una copia privada del Código civil de la URSS de 1987 vigente en Armenia y su traducción privada no firmada. Las referidas pruebas documentales fueron admitidas y declaradas pertinentes, pero el juzgado de primera instancia desestimó la demanda al no considerar acreditado el derecho armenio. En segunda instancia, la parte actora solicitó nueva prueba documental pública por la que se dirigiera oficio al Ministerio de Exteriores de Armenia, para que entregara copia del contenido del Código civil de la URSS de 1987 y

certificara su vigencia a Armenia o, alternativamente, entregara copia de la regulación del matrimonio y de las causas de separación y disolución matrimonial de Armenia. Practicada esta prueba, se comprobó la existencia de un error material, ya que la documentación recibida no se correspondía con las normas reguladoras de la separación y divorcio de Armenia. Ante este error, la parte actora tuvo que solicitar la reproducción de la prueba mal practicada. Esta segunda vez tampoco se pudo practicar la prueba porque la comisión rogatoria, sencillamente, se extravió. A pesar de la reiteración y recursos de la parte actora para que se practicara la prueba, la sala consideró que el plazo de prueba en segunda instancia se tenía que considerar precluido y finalmente dictó resolución por la que confirmaba la sentencia de instancia y desestimaba la demanda.

Son varios los mecanismos procesales que tiene el órgano judicial para participar activamente en la alegación y prueba del derecho extranjero.

Hay que recordar, en primer lugar, que en el inciso final del artículo 281.2 LEC se otorga al juez la facultad de valerse de los medios de averiguación necesarios para la aplicación del derecho extranjero. Igualmente, basándose en el apartado segundo del artículo 429.1 LEC le es factible al juez advertir a las partes la insuficiencia de la prueba que proponen sobre el derecho extranjero y orientarlas sobre los medios de prueba que van a proponer. En el mismo sentido, y esta vez de forma excepcional pero con una auténtica iniciativa judicial, el artículo 435.2 LEC permitiría al juez, de oficio o a instancia de parte, acordar la práctica de prueba en la fase de diligencias finales. En este caso, el hecho habilitante sería la insuficiencia o frustración de las pruebas inicialmente acordadas sin que fuera necesaria la previa negligencia de las partes procesales.

Ejemplo

En el supuesto de que la prueba aportada por las partes se limite a documentos privados (por ejemplo, simples fotocopias o extractos de páginas web), basándose en el artículo 429.1 LEC, el juez puede indicar a las partes como medio de prueba proponer los correspondientes oficios para obtener una copia certificada sobre el contenido y vigencia del derecho extranjero.

Ejemplo

En aplicación de la facultad del órgano judicial de valerse de los medios de averiguación necesarios para la aplicación del derecho extranjero (artículo 281.2 LEC), la Audiencia Provincial de Huesca investigó de oficio el contenido del Código de Familia marroquí promulgado el 3 de febrero de 2004 (*Al Mudawana*) a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial sobre información del derecho extranjero. Sin embargo, finalmente esta prueba del derecho extranjero fracasó, ya que el órgano judicial no consideró acreditado que el código de familia marroquí fuera aplicable al caso por razones de derecho transitorio.

SAP de Huesca de 27 de noviembre de 2007.

Procesos especiales (arts. 748 a 781 LEC)

Más activa tendría que ser la participación del órgano judicial en la prueba del derecho extranjero en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores regulados en los artículos 748 a 781 de la LEC, en los que genéricamente ya se le faculta para que de oficio proponga las pruebas que crea pertinentes (artículo 752.1 LEC). En estas materias, el predominio de un interés público permite al órgano judicial suplir la pasividad de parte en la alegación y prueba del derecho extranjero.

Habilitado nuevamente por el inciso final del artículo 281.2 LEC, el conocimiento privativo que el juez pueda tener sobre el derecho extranjero también se tiene que considerar un medio de prueba apto para la aplicación del derecho extranjero (SSTS de 4 de julio de 2006 y de 17 de marzo de 1992). Sin embargo, en estos casos, la cuestión debatida es la afectación que puede tener a los derechos de defensa de las partes y al principio de congruencia la introducción repentina en la sentencia del derecho extranjero sin haber sido alegado en ningún momento por las partes que fundamentaban sus pretensiones jurídicas en derecho español. Ahora bien, la consideración de que la aplicación del derecho extranjero por exclusiva iniciativa judicial puede suponer una injerencia judicial indebida en la configuración del objeto del proceso causante de indefensión ha sido negada por el propio Tribunal Constitucional basándose en el carácter imperativo de las normas de conflicto (STC 8/2011, de 28 de febrero de 2011).

El artículo 216 LEC, al consagrar el **principio de justicia rogada**, limita los elementos decisorios de un proceso a los hechos, pruebas y pretensiones aportadas por las partes, pero admite excepciones en casos especiales previstos legalmente. La aplicación de oficio de las normas de conflicto establecidas en el artículo 12.6 CC se podría considerar como caso especial, a los efectos del artículo 216 LEC, que justificara la plena iniciativa del juez en la materia. Esta tesis no decaería por la necesidad de **congruencia** de las sentencias, ya que una interpretación progresista del artículo 218.1 LEC permitiría igualmente considerar que el derecho extranjero, como norma aplicable al caso, no es necesario que haya sido citado o alegado por las partes. Del mismo modo, en materia de prueba del derecho extranjero, el artículo 282 LEC permite al juez proponer de oficio la práctica de pruebas cuando así lo establece la ley. La necesidad de prueba del derecho extranjero y el carácter imperativo de la norma de conflicto permitirían justificar esta iniciativa del órgano judicial en la prueba del derecho extranjero y extender la aplicación de oficio a la consecuencia jurídica de las normas de conflicto.

3.5. La información sobre el derecho extranjero

Los artículos 34 a 36 de la LCJI regulan el mecanismo para obtener información del derecho extranjero y también el deber de colaboración de las autoridades españolas para informar sobre derecho español que se tenga que aplicar ante tribunales extranjeros. Junto con esta regulación, hay que tener presente que España ha ratificado dos convenios multilaterales que tienen por objeto facilitar la información sobre el derecho extranjero entre los Estados ratificantes a los efectos de la aplicación por parte de sus órganos judicial respectivos.

Estos tratados son los siguientes:

Conocimiento privativo del juez

No son extraños los supuestos en los que un juez, destinado durante años en el mismo partido judicial donde es significativa la presencia de una población extranjera con un mismo origen nacional, haya resuelto en reiteradas ocasiones asuntos idénticos basándose en el derecho personal de la referida población y esté familiarizado en la aplicación y uso de un derecho extranjero concreto.

Convenios bilaterales

España ha firmado algún convenio bilateral por el que se prevé el intercambio genérico de información jurídica sobre el contenido de los respectivos ordenamientos jurídicos (ved, por ejemplo, el artículo 17 del Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre los Reinos de España y Tailandia, hecho en Madrid el 15 de junio de 1998). Ahora bien, en estos convenios no se desarrolla un sistema que permita facilitar la prueba de este derecho extranjero en los procedimientos judiciales.

- El Convenio europeo relativo a la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974).
- La Convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).

La autoridad central

En todos los casos, la autoridad central o de enlace española es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Tanto la LCJI como los convenios multilaterales funcionan por el mecanismo de autoridades centrales o de enlace, que son las encargadas en cada Estado de vehicular las solicitudes de información que formulen los órganos jurisdiccionales.

Solicitud de información

Son los órganos jurisdiccionales los únicos facultados para formular la solicitud de información. Las partes solo pueden plantear al órgano judicial la oportunidad de presentar la solicitud. El mecanismo ordinario de funcionamiento es que el órgano jurisdiccional dirija su petición de información a la propia autoridad central y que esta la remita a la autoridad central del país extranjero; pero existe también la opción de que el órgano jurisdiccional dirija directamente la petición a la autoridad central extranjera. Las peticiones de información tienen que ser concretas y justificadas, incluyendo una exposición de los antecedentes relevantes del caso que permita entender mejor los puntos concretos sobre los que informar. Las respuestas que se emitan podrán incorporar textos legislativos, precedentes jurisprudenciales, así como incluir valoraciones doctrinales sobre el asunto; asimismo, podrán ser emitidas directamente por la autoridad central del Estado requerido o por organismos privados o juristas expertos.

Así pues, las partes procesales pueden activar las peticiones de información del derecho extranjero que se prevén en la LCJI y en los referidos tratados internacionales, al recoger expresamente en su proposición de prueba la solicitud ante el órgano judicial la emisión del correspondiente oficio ya sea dirigido a la autoridad central española o a la autoridad central extranjera. Los términos en los que se formulan tanto las peticiones de información como las respuestas permitirían, por medio de este único medio de prueba, lograr los objetivos de prueba del contenido, vigencia, interpretación y aplicación al caso del derecho extranjero.

Una tercera opción: retrotraer actuaciones

Ante la falta de prueba del derecho extranjero, la solución que adoptó la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en la Sentencia con fecha 9 de octubre de 2002 fue la de retrotraer las actuaciones al momento de presentación de la demanda al amparo de lo que dispone el artículo 429 LEC. Esta opción es minoritaria y no supone una solución ante la carencia de acreditación del derecho extranjero, ya que lo que se produce es una nueva apertura de la fase probatoria para proceder a un segundo intento de prueba del derecho extranjero, que igualmente puede volver a fracasar. En otras palabras, no es una solución que ponga fin al procedimiento.

3.6. Consecuencias de la carencia de alegación y prueba del derecho extranjero

La necesidad de alegación y prueba del derecho extranjero plantea la posibilidad que, en ocasiones, las diligencias procesales que se practiquen tengan como resultado la NO acreditación del derecho extranjero; y esto obliga a los órganos judiciales a prever una determinada respuesta ante el fracaso de la prueba del derecho extranjero. Dos son las opciones: a) aplicar de forma sustitutoria el derecho español, y b) desestimar la demanda.

Causas del fracaso de la prueba del derecho extranjero

Las causas que pueden provocar el fracaso de la prueba del derecho extranjero son heterogéneas: actitud negligente de las partes, o del órgano judicial, incorrecto funciona-

miento de los mecanismos de cooperación internacional, incorrección técnica de la proposición de la prueba, coste económico excesivo que la parte no puede costear, etc.

Ejemplo: prueba diabólica

En el asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de junio de 2008, relativo a una separación matrimonial de dos cónyuges alemanes, se llevaron a cabo las diligencias pertinentes para probar el derecho alemán aplicable a la causa. Esta prueba fracasó porque el derecho alemán no prevé la figura de la separación matrimonial (la prueba era imposible, ya que se trataba de un *hecho* inexistente). Igual problema se presentó en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 24 de junio de 2004. En el primer caso, el órgano judicial optó por aplicar el derecho español, mientras que en el segundo por desestimar la demanda.

3.6.1. Aplicación sustitutiva del derecho español

El apartado tercero del artículo 33 de la LCJI dispone: «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no se haya podido acreditar por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español».

Los tribunales de justicia han recurrido en su mayoría a esta solución por la que, antes de tener que proceder a una desestimación de la demanda que podría suponer una auténtica denegación de justicia contraria al artículo 24 de la Constitución española, optan como solución sustitutoria, por la aplicación del derecho español. En este sentido, en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha manifestado que en los casos en los que, alegado el derecho extranjero por las partes, si estas no procuran ninguna actividad probatoria para su acreditación o la prueba que se practica se vuelve insuficiente, corresponde resolver el asunto de acuerdo con el derecho español. Igualmente y como *obiter dicta*, se expresaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia 10/2000, de 17 de enero de 2000.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 se expresa en los siguientes términos:

«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 de 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).»

Más precisa en la identificación de los supuestos en los que se aplica esta tesis, pero en iguales términos, se expresaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2000 al afirmar lo siguiente:

Estrategias omisivas de las partes

Una problemática diferente la provoca el hecho de que las partes procesales hubieran omitido toda referencia a los elementos de extranjería y/o a las normas de conflicto en presencia y/o aplicación del derecho extranjero, y hayan fundamentado sus alegaciones únicamente en base al derecho español. En estos casos resulta clave la actuación del órgano judicial. Si este, de oficio, toma la iniciativa de la prueba del derecho extranjero, la resolución del caso en base al derecho extranjero que haya quedado acreditado puede suponer una vulneración del principio dispositivo y del principio de congruencia. Por el contrario, si también se mantiene pasivo ante la estrategia omisiva de las partes o las diligencias de prueba que se practicaran resultaran insuficientes, la única solución que garantizaría el respeto al carácter imperativo de las normas de conflicto sería la de desestimación de la demanda.

«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 se ha producido una simple alegación de parte del derecho extranjero, la crítica que se le formula a esta solución es que no permite sancionar actitudes estratégicas de las partes negligentes en la actividad probatoria del derecho extranjero. Ciertamente, se puede considerar que la parte procesal negligente en materia de prueba se arriesga a que le sea de aplicación el derecho español, pero, desde la perspectiva de la parte, este puede ser un riesgo querido y consentido. Asimismo, la adopción genérica de esta solución supone dejar a la libre disposición de parte el objeto del procedimiento y consagrar la norma de conflicto como norma facultativa y no imperativa, cuando comporta la aplicación de un derecho extranjero. Este efecto es especialmente grave en el supuesto en el que el objeto del litigio se corresponde con materias que no son de libre disposición de las partes.

Por el contrario, en los casos en los que la acción judicial se fundamenta exclusivamente al amparo de un derecho extranjero, la resolución de la causa basándose en el derecho español puede afectar a la congruencia de la resolución al producirse una alteración de la pretensión jurídica de las partes.

Ejemplo: congruencia

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (recurso n.º 2544/2015) las partes formularon sus alegaciones en base al derecho extranjero:

«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 la vigencia del derecho extranjero, resulta incorrecta».

3.6.2. Desestimación de la demanda

La literalidad del artículo 33.3 de la LCJI –«con carácter excepcional» y «podrá aplicarse»– permite la pervivencia de esta solución que ha sido seguida por cierta jurisprudencia menor. Concebido el derecho extranjero como elemento objeto de alegación y prueba de parte y a la vez como norma jurídica que debe configurar la pretensión jurídica de la causa, su carencia de alegación y prueba únicamente puede comportar la desestimación de la demanda. Esta tesis lleva hasta las últimas consecuencias lo que dispone el artículo 217.1 LEC, por el que el órgano judicial tiene que desestimar la demanda cuando los «hechos» que el actor tenía que probar no han quedado suficientemente acreditados.

Jurisprudencia

Ved las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 16 de enero de 2009, de la Audiencia Provincial de León de 7 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de junio de 2008 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2008.

En los supuestos en los que las partes sí han alegado el derecho extranjero y lo que se ha producido ha sido una prueba insuficiente del mismo, la desestimación de la demanda puede suponer una sanción demasiado dura si en la insuficiencia de la prueba no ha intervenido negligencia de parte. De acuerdo con la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 10/2000, si el fracaso de la prueba del derecho extranjero es imputable a una actuación omisiva y obstruccionista del órgano judicial, la opción de desestimar la demanda supondría una denegación de justicia causante de indefensión y, por lo tanto, contraria al artículo 24 de la Constitución española.

Ejemplo

El sentido de las resoluciones del juzgado de primera instancia y de la Audiencia Provincial en el caso que dio pie a la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000 serían el de desestimar la demanda por carencia de prueba del derecho extranjero. Curiosamente, de los antecedentes conocidos del caso, la parte actora interesó inicialmente que si el derecho armenio no quedaba acreditado el asunto se resolviera de acuerdo con el derecho español, basándose en la tesis explicada en el apartado precedente.

Actividad 12

Leed las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 155/2001, de 2 de julio, y núm. 33/2002, de 11 de febrero, y responded a las preguntas siguientes:

- 1) ¿Toda desestimación a la demanda que tenga su origen en una carencia de prueba del derecho extranjero supone una denegación de justicia causante de indefensión?
- 2) ¿Por qué solución se inclina el Tribunal Constitucional ante la carencia de acreditación del derecho extranjero?

3.7. Aplicación extrajudicial del derecho extranjero

La aplicación del derecho extranjero por parte de autoridades no jurisdiccionales (notarios, registradores, etc.) se basa igualmente en el artículo 12.6 CC, que indica que los tribunales y las **autoridades** aplicarán de oficio las normas de conflicto. Las normas sectoriales que regulan la actuación de estas autoridades (Reglamento notarial, Ley del Registro Civil, Reglamento hipotecario, etc.) contienen disposiciones específicas en relación con la prueba del derecho extranjero, siendo el artículo 281.2 LEC de aplicación subsidiaria. Así mismo, el artículo 35.1 de la LCJI habilita notarios y registradores para formular solicitudes de información del derecho extranjero a la autoridad central española.

Portal e-Justicia

A tal efecto, esta Dirección General ha recordado reiterada y muy recientemente (cfr., por todas, Resoluciones de 15 de febrero de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017 y 7 de septiembre de 2018) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno e-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley, puedan emitir informes relativos al derecho extranjero, como que los registradores puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción

europea. En este sentido, no cabe desconocer, por ejemplo, con el valor de herramienta informativa, el portal <https://e-justice.europa.eu>, gestionado por la Comisión Europea.

Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 18 de diciembre de 2018).

3.7.1. Aplicación del derecho extranjero por parte de autoridades encargadas del registro civil (art. 100 LRC)

En el registro civil español tienen que constar los hechos y actas inscribibles que afecten a los españoles, ya sean ocurridos en España o en el extranjero, y los ocurridos en España que afecten a los extranjeros (art. 9 LRC).

Ejemplo: matrimonio de extranjeros en España

En el supuesto de que dos extranjeros, nacionales turco y chilena, quieran contraer matrimonio en España, la capacidad de los contrayentes quedará regulada por las respectivas leyes nacionales (art. 9.1 CC). Corresponderá al encargado del registro civil donde se tramite el expediente matrimonial previo la comprobación de la capacidad.

El artículo 100 de la LRC permite acreditar el contenido y la vigencia del derecho extranjero por, entre otros, los siguientes medios:

- Las manifestaciones o informes de un notario o cónsul español.
- Las manifestaciones o informes de un diplomático, cónsul o autoridad competente del país cuya legislación resulte aplicable.
- El conocimiento privativo que tenga el propio encargado del registro civil.

3.7.2. Aplicación del derecho extranjero por parte de notarios

Al autorizar escrituras públicas (compraventas de inmuebles, constituciones de sociedades, aceptaciones de herencia), los notarios se pueden ver obligados a aplicar un derecho extranjero. Destacamos los tres supuestos más representativos.

a) Capacidad de otorgantes extranjeros

Si los que comparecen ante notario para otorgar escrituras públicas son extranjeros, el notario actuante tendrá que efectuar el **juicio de capacidad** y legitimación pertinente de acuerdo con la ley del país de la nacionalidad del otorgante (art. 9.1 CC).

Ejemplo: capacidad para testar de un extranjero

Si una persona de nacionalidad extranjera quiere otorgar testamento notarial ante un notario español, su capacidad para testar viene determinada por su ley personal (nacionalidad) de acuerdo con el artículo 9.1 CC.

En estos casos, el artículo 168.4º del RN permite la acreditación del derecho extranjero por los siguientes medios:

- conocimiento privativo del propio notario,
- certificación del cónsul o representante diplomático en España.

b) Mención del régimen económico matrimonial.

El régimen económico matrimonial de los otorgantes de escrituras públicas también es una mención que los notarios deben consignar cuando las autorizan (art. 159 RN). Este dato resulta importante si el acto que se autoriza tiene trascendencia real y registral.

Compra de inmuebles por parte de extranjeros

Si un matrimonio de nacionalidad extranjera, o en el que uno de los cónyuges es extranjero, pretende adquirir en escritura pública un inmueble situado en España, el notario deberá indicar el régimen económico matrimonial de los compradores del mismo modo que lo haría en el supuesto de que los compradores fueran nacionales españoles (art. 159 RN), y al hacerlo tendrá que utilizar normas de conflicto.

Si los comparecientes se encuentran sometidos a un régimen económico matrimonial previsto en un ordenamiento jurídico extranjero, el notario actuante tendrá que identificar la ley extranjera que resulte aplicable en el régimen económico matrimonial utilizando las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español (art. 9.2 CC o Reglamento UE 2016/1103), pudiéndose valer de su conocimiento privativo u otros medios para hacerlo.

Doctrina de la RGRN

De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (artículo 12.6 del Código civil) y a determinar, de acuerdo con dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 19 de octubre de 2018).

c) Sucesiones

Otro ámbito importante de materias en que los notarios se ven obligados a aplicar derecho extranjero es en los temas sucesorios regidos por un derecho extranjero (testamentos, actas de declaración de herederos y/o aceptación de herencias, etc.). En estos casos, los notarios igualmente pueden utilizar los medios de acreditación del derecho extranjero referenciados en los apartados precedentes.

Doctrina de la DGRN

Realmente hubiera sido deseable, en correcta técnica, que el notario autorizante realizara un juicio expreso en el cuerpo de la escritura, sobre la prueba de la ley aplicable a la sucesión. No obstante, de la lectura del documento resulta que da por probado el mismo por referencia al juicio de ley de notario sueco que acompaña a la copia autorizada formulado directamente en español y apostillado.

Es sabido que el artículo 36 del Reglamento Hipotecario tiene el carácter de norma especial en materia de cooperación jurídica civil y mercantil (disposición adicional primera de la Ley 29/2015) como todas las reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en aquella ley.

Por ello nada impide que el notario español haya formado su convicción aceptando un documento notarial extranjero que expresa un juicio sobre la prueba del derecho y las leyes sucesorias suecas.

Sin que quepa olvidar, como ha reiterado este centro directivo que, tratándose del derecho sucesorio de un estado miembro y existiendo instrumentos suficientes para la prueba del mismo, es de sencilla comprobación si fuera puesta en duda.

Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 14 de marzo de 2019).

3.7.3. Aplicación del derecho extranjero por parte de registradores de la propiedad y mercantiles

a) La calificación registral y el carácter territorial de las normas registrales

La función principal que llevan a cabo los registradores es la de la calificación de la legalidad de los documentos inscribibles en los registros. Estos documentos tanto pueden provenir de una autoridad pública española (en esencia, resoluciones judiciales y documentos notariales), como de una autoridad pública extranjera (en esencia, resoluciones judiciales y escrituras notariales).

Las normas que rigen los registros públicos de la propiedad y mercantil (Ley hipotecaria, Reglamento del Registro Mercantil y normas concordantes) son de estricta aplicación territorial; es decir, la inscripción en los referidos registros únicamente se lleva a cabo si se cumplen los requisitos previstos en la ley española. Esto provoca que las referidas normas prevean disposiciones especiales para regular la calificación de documentos extranjeros y la consecuente inscripción de los actos o negocios que se recogen. El carácter territorial de las normas registrales no obsta que los registradores también se vean sometidos al carácter imperativo de las normas de conflicto (art. 12.6 CC) y que, consecuentemente, se vean en la necesidad de aplicar derecho extranjero.

b) Documentos públicos españoles

Cuando se presentan a inscripción escrituras notariales autorizadas por notarios españoles que contienen elementos de extranjería y/o que han comportado la aplicación de un derecho extranjero, el registrador actuante controlará que el documento cumple los requisitos registrales y con las normas de derecho internacional privado español. En estos supuestos, la actuación del registrador consistirá en esencia en el control de la actuación del notario español y en la correcta aplicación del derecho extranjero.

Ejemplo

Si se pretende la inscripción de la propiedad sobre un inmueble que consta en una escritura de compraventa autorizada por un notario español, en la que la parte compradora se encontró representada en el acto por un poder de representación otorgado en el extranjero, el registrador actuante comprobará la suficiencia del poder para el otorgamiento.

c) Documentos públicos extranjeros

Cuando se presentan en el registro (de la propiedad o mercantil) documentos extranjeros, la inscripción se practicará si los referidos documentos reúnen los requisitos exigidos por las normas de derecho internacional privado español; y además el registrador tendrá que comprobar que el documento extranjero reúne los requisitos de forma y solemnidad que le otorga el ordenamiento jurídico de procedencia, así como la capacidad de los otorgantes. Los medios de acreditación del cumplimiento del derecho extranjero que podrán utilizar los registradores se encuentran recogidos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario (véase también el artículo 5.3 del Reglamento del Registro Mercantil) y son los mismos que constan en el artículo 100 de la LRC:

- manifestaciones o informes de un notario o cónsul español,
- manifestaciones o informes de un diplomático, cónsul o autoridad competente del país cuya legislación resulte aplicable,
- conocimiento privativo que tenga el propio registrador.

Reconocimiento e inscripción en registros públicos

La inscripción de documentos públicos extranjeros también se debe analizar como un supuesto de reconocimiento, a los que le son específicamente aplicables los artículos 58 a 61 de la Ley 29/2015 LCJL. En consecuencia, el epígrafe 3.7.2 c) también se habría podido ubicar en el módulo didáctico «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras».

Resumen

Existe una pluralidad de técnicas de reglamentación de las situaciones de tráfico jurídico externo que responde a los diferentes intereses en presencia y que se inserta dentro del sistema de fuentes del derecho internacional privado.

Las técnicas de reglamentación se clasifican en:

1) **Directas**. Ofrecen una regulación sustantiva a la situación de tráfico jurídico externo y responden al mecanismo común de regulación de la norma jurídica. Dentro de las técnicas directas, encontraremos dos tipos de normas:

a) **Normas materiales imperativas**. Son normas materiales de un ordenamiento jurídico que fundamentan su aplicación en la protección de los principios y valores fundamentales de ese mismo ordenamiento jurídico.

b) **Normas materiales especiales**. Son normas que regulan directa y específicamente situaciones privadas internacionales y, si procede, de manera diferenciada de la prevista para las situaciones puramente internas.

2) **Indirectas**. Ofrecen una regulación mediata y que se centra en establecer un criterio de conexión entre la situación privada y un ordenamiento jurídico que será el que regulará materialmente el asunto. La norma representativa de la técnica indirecta es la **norma de conflicto**.

Las **normas de conflicto multilaterales** tienen la siguiente estructura:

- supuesto de hecho, que está formado por conceptos o categorías jurídicas;
- punto de conexión, que son las circunstancias que expresan un vínculo entre la situación privada internacional y un ordenamiento jurídico determinado; y
- consecuencia jurídica, que será la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto de hecho por medio del punto de conexión.

Por medio de **normas de conflicto unilaterales**, el legislador delimita el alcance de aplicación del propio derecho a supuestos de tráfico jurídico externo.

En el proceso de aplicación de las normas de conflicto se pueden plantear, entre otros, los siguientes problemas:

- La **calificación**. Los problemas de calificación se presentan en el momento de la selección de la norma de conflicto aplicable y, básicamente, cuando afectan a instituciones jurídicas extranjeras desconocidas en el ordenamiento jurídico español. El **artículo 12.1 CC** prescribe que la calificación se efectuará siempre *ex lege fori*.
- El **reenvío**. El problema del reenvío se sitúa en los conflictos negativos entre normas de conflicto de varios ordenamientos, en los casos en los que la norma de conflicto comporta como consecuencia jurídica la aplicación de un derecho extranjero y éste, mediante sus propias normas de conflicto, rechaza la competencia reguladora que le ha sido conferida. Los convenios internacionales y reglamentos de la UE de ley aplicable excluyen el recurso al reenvío. El **artículo 12.2 CC** solo acepta el reenvío de primer grado o retorno.
- La **remisión a un sistema plurilegislativo**. Si las normas de conflicto efectúan la remisión a favor de la ley de un Estado plurilegislativo, se plantea el problema de determinar cuál de las diversas legislaciones locales en presencia debe ser la finalmente aplicable. No existe una solución unívoca de cómo resolverlo. Para las normas de conflicto de origen autónomo, el **artículo 12.5 CC** prevé una solución de remisión indirecta por la que son los criterios de resolución de los conflictos de leyes internos establecidos en el Estado plurilegislativo los que determinen la legislación finalmente aplicable.
- **Excepción de orden público**. La excepción de orden público supone un rechazo a la aplicación del derecho extranjero llamado por la norma de conflicto cuando este es contrario a los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico español.

El artículo 12.6 CC establece el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas al disponer su aplicación de oficio por parte de los tribunales y autoridades. No obstante, cuando la norma de conflicto reclama la aplicación de un derecho extranjero, esta imperatividad se ve condicionada por el tratamiento procesal del derecho extranjero que, de acuerdo con el artículo 281.2 LEC, requiere que sea sometido a prueba.

Son las partes procesales, actor o demandado, las que tienen la carga de la alegación y prueba del derecho extranjero, del que se tendrá que probar su contenido, vigencia, interpretación y aplicabilidad al caso. El TC y el TS mantienen una doctrina consistente al requerir una activa participación de los órganos judiciales, complementaria o coadyuvante respecto a la actuación de las partes, en la prueba del derecho extranjero.

Los **medios de prueba** del derecho extranjero admitidos por la jurisprudencia son la prueba documental pública y la prueba pericial. España ha ratificado el Convenio europeo relativo a la información sobre el derecho extranjero,

Londres 1968, y la Convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, Montevideo 1979, para facilitar la prueba del derecho extranjero durante los procedimientos judiciales.

En caso de fracaso de la prueba del derecho extranjero, el artículo 33.3 de la LCJI prevé como solución sustitutoria que el asunto se puede resolver de acuerdo con el derecho español.

Ejercicios de autoevaluación

Las técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable

1. La norma de conflicto es una técnica de reglamentación que...
 - a) solo se encuentra presente en normas de origen autónomo.
 - b) se puede encontrar presente en convenios internacionales y reglamentos de la UE, pero no en leyes internas.
 - c) se puede encontrar presente en convenios internacionales, reglamentos de la UE y en leyes internas.

2. Se puede orientar materialmente una norma de conflicto si...
 - a) presenta puntos de conexión alternativos.
 - b) presenta puntos de conexión jerarquizados.
 - c) Todas las respuestas anteriores son correctas.

3. La nacionalidad actúa como punto de conexión de naturaleza...
 - a) jurídica, inmutable y rígida.
 - b) fáctica, mutable y rígida.
 - c) jurídica, mutable y rígida.

4. Como técnica de reglamentación en derecho internacional privado, las normas materiales imperativas...
 - a) prevén el elemento de extranjería en su formulación.
 - b) se aplican solo a supuestos que presenten una vinculación personal con el ordenamiento jurídico español.
 - c) tienen vocación de aplicación a todos los supuestos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

5. La pluralidad de técnicas de reglamentación en el sector del derecho aplicable...
 - a) es una característica propia del derecho internacional privado español.
 - b) es una característica compartida en la mayoría de los sistemas de derecho internacional privado.
 - c) es una característica que se explica a partir de la pluralidad del sistema de fuentes del derecho internacional privado español.

6. Las normas de conflicto bilaterales que se encuentran en el ordenamiento jurídico español pueden comportar la aplicación de...
 - a) únicamente un derecho extranjero.
 - b) únicamente el derecho español.
 - c) tanto el derecho español como un derecho extranjero.

7. Las normas materiales especiales...
 - a) son normas cuya aplicación depende siempre de una norma de conflicto que localice el supuesto en el ordenamiento jurídico español.
 - b) son siempre normas de aplicación facultativa.
 - c) son normas pensadas especialmente para regular situaciones privadas internacionales.

8. El artículo 10.1 del CC es una norma de conflicto...
 - a) de formulación unilateral.
 - b) de formulación bilateral.
 - c) de aplicación facultativa.

9. En derecho internacional privado, las leyes de policía...

- a) son únicamente normas de derecho público.
- b) son normas de aplicación territorial no aplicables a supuestos de tráfico jurídico externo.
- c) son normas que pueden descartar la aplicación de un derecho extranjero.

10. Los supuestos de hecho de las normas de conflicto...

- a) prevén el elemento de extranjería en su formulación.
- b) se suelen corresponder con categorías o instituciones jurídicas.
- c) incorporan la *lex causae* en su formulación.

11. El Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980,...

- a) se aplica a todo contrato internacional de mercancías.
- b) se aplica si el comprador y vendedor tienen el establecimiento en el mismo Estado contratante.
- c) se aplica si el comprador y vendedor tienen el establecimiento en diferentes Estados contratantes.

12. El Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, responde a la técnica de reglamentación...

- a) normas de conflicto bilaterales.
- b) normas de conflicto unilaterales.
- c) normas materiales especiales.

13. El Reglamento (CE) número 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), responde a la técnica de reglamentación...

- a) directa.
- b) indirecta.
- c) normas de aplicación.

14. Las comunidades autónomas...

- a) tienen competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes internacionales.
- b) tienen competencia para regular la determinación de la vecindad civil.
- c) tienen competencia para delimitar el alcance de aplicación del propio derecho foral que promulguen.

15. Las normas de conflicto que se encuentran en tratados internacionales...

- a) solo pueden implicar como consecuencia jurídica la aplicación del derecho de un Estado ratificante.
- b) siempre son facultativas, no obligatorias, si tienen como consecuencia jurídica la aplicación del derecho de un Estado ratificante.
- c) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

Problemas de aplicación de las normas de conflicto

16. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable....

- a) se realiza de acuerdo con la ley española.
- b) se realiza de acuerdo con la *lex causae*.
- c) se puede realizar de acuerdo con la ley española o con la *lex causae*.

17. La calificación de una institución desconocida en el ordenamiento jurídico español...

- a) se tiene que realizar necesariamente de acuerdo con el ordenamiento jurídico de donde proviene la referida institución.
- b) se realiza *ex lege fori* a partir de las instituciones o categorías jurídicas presentes en el ordenamiento jurídico español que guardan una equivalencia funcional con la institución extranjera.
- c) provoca necesariamente un conflicto de calificaciones.

18. En derecho internacional privado, los problemas de calificación...

- a) solo se presentan para determinar la norma de conflicto aplicable.
- b) se presentan cuando se trata de calificar instituciones jurídicas extranjeras desconocidas en el ordenamiento jurídico español.
- c) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

19. El reenvío...

- a) supone la existencia de un conflicto positivo entre normas de conflicto de diferentes ordenamientos jurídicos.
- b) supone la existencia de un conflicto negativo entre normas de conflicto de diferentes ordenamientos jurídicos.
- c) supone la toma en consideración de las normas de conflicto contenidas en la *lex fori*.

20. El juez español...

- a) siempre tiene que aceptar el reenvío de retorno a favor de la ley española.
- b) siempre tiene que aceptar el reenvío de retorno y tomar en consideración el reenvío de segundo grado que se pueda producir a favor de leyes extranjeras.
- c) debe tomar en consideración el reenvío de retorno que se pueda producir a favor de la ley española.

21. Los convenios internacionales sobre ley aplicable que España ha ratificado...

- a) suelen aceptar el reenvío si es a favor de la ley de un Estado ratificante del convenio.
- b) tan solo aceptan el reenvío a favor de la *lex fori*.
- c) no suelen aceptar la figura del reenvío.

22. La solución aceptada para la determinación de la ley aplicable a una cuestión previa es...

- a) la aplicación de la ley interna que regule la cuestión principal.
- b) la aplicación de las normas de conflicto del derecho que regule la cuestión principal.
- c) la aplicación de las normas de conflicto del foro que regulen la cuestión previa.

23. Los sistemas jurídicos plurilegislativos de base personal...

- a) al prever una diversidad de legislaciones por razón de la etnia o religión de las personas, son contrarios al orden público español.
- b) resuelven los conflictos internos de leyes de acuerdo con la distribución territorial de las diversas legislaciones locales en presencia.
- c) hacen imposible que, basándose en el punto de conexión de la nacionalidad, se pueda establecer una remisión directa.

24. De acuerdo con el artículo 12.5 CC, para resolver el problema que plantea la remisión a un sistema jurídico plurilegislativo...

- a) habrá que aplicar los criterios previstos en el ordenamiento extranjero para resolver sus conflictos internos de leyes.
- b) habrá que aplicar los criterios previstos en el ordenamiento extranjero para resolver los conflictos internacionales de leyes.
- c) habrá que aplicar los criterios previstos en el ordenamiento español para resolver los conflictos internos de leyes.

25. Si la consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto es la aplicación del derecho español...

- a) no se produce un problema de remisión a un ordenamiento plurilegislativo.
- b) necesariamente se producirá un problema de remisión *ad intra*.
- c) se podrá producir un problema de remisión *ad intra* si la aplicación del derecho español deriva de un reenvío de retorno.

26. De acuerdo con el artículo 9.4 CC, en la determinación de la ley aplicable a una acción de declaración de paternidad, el conflicto móvil se puede plantear...

- a) cuando se produce un cambio en la nacionalidad del presunto padre.
- b) cuando se produce un cambio en la residencia habitual del presunto padre.
- c) cuando se produce un cambio en la residencia habitual del hijo.

27. Para que se produzca un fraude de ley en la aplicación de las normas de conflicto, es necesario que se eluda la aplicación de normas...

- a) imperativas extranjeras.
- b) extranjeras.
- c) españolas.

28. La excepción de orden público regulada en el artículo 12.3 CC supone dejar de aplicar un derecho extranjero...

- a) que contradiga normas de *ius cogens* españolas.
- b) que vulnere los principios universales del derecho internacional privado.
- c) que vulnere derechos fundamentales contenidos en la CE.

29. La excepción de orden público prevista en los convenios internacionales de ley aplicable ratificados por España...

- a) nunca puede suponer dejar de aplicar el derecho sustantivo de un Estado ratificante del convenio.
- b) supone dejar de aplicar un derecho extranjero que manifiestamente vulnere los principios y valores esenciales comunes de los ordenamientos jurídicos del conjunto de los Estados ratificantes.
- c) requiere que la contradicción con el orden público internacional español sea manifiesta.

30. El hecho de que la poligamia sea una institución contraria al orden público español...

- a) impide que en territorio español se puedan celebrar matrimonios poligámicos con contrayentes españoles.
- b) no impide el reconocimiento en España de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero.
- c) impide que en el extranjero se pueda celebrar matrimonios poligámicos con contrayentes españoles.

La aplicación del derecho extranjero

31. Las normas de conflicto presentes en el derecho internacional privado español...

- a) dependiente de la fuente jurídica en la que se ubiquen, son imperativas o facultativas.
- b) son imperativas si comportan la aplicación del derecho español y facultativas si comportan la aplicación de derecho extranjero.
- c) son imperativas.

32. Procesalmente, el derecho extranjero...

- a) recibe el mismo tratamiento que los hechos sometido al principio *iura novit curia*.
- b) recibe un tratamiento singular próximo al del derecho español.
- c) recibe un tratamiento singular próximo al de los hechos.

33. En la Ley de enjuiciamiento civil se establece...

- a) que el derecho extranjero tiene que ser sometido a prueba.
- b) que corresponde a las partes la alegación del derecho extranjero.
- c) que corresponde a las partes la alegación y prueba del derecho extranjero.

34. En el procedimiento civil, los medios de prueba del derecho extranjero...

- a) se encuentran tasados y son la prueba documental y la pericial.
- b) no se encuentran tasados y así las partes no pueden valerse de cualquier medio de averiguación para su aplicación.
- c) son, básicamente, la prueba documental y la pericial.

35. Si las partes procesales muestran su conformidad sobre el contenido del derecho extranjero,...

- a) al tratarse de un hecho sobre el que no existe controversia, no será necesario que sea objeto de prueba.
- b) al tratarse de un hecho sobre el que no existe controversia, no será necesario que sea objeto de prueba, pero sí hará falta que se pruebe su vigencia y aplicabilidad al caso.
- c) será necesario igualmente que sea objeto de prueba el contenido del derecho extranjero.

36. La simple copia documental de una página web que contenga leyes extranjeras...

- a) por sí sola permite acreditar el contenido del derecho extranjero.
- b) no tiene eficacia probatoria plena.
- c) tiene plenos efectos probatorios sobre contenido e interpretación del derecho extranjero si se trata de una web oficial.

37. Ante la carencia de prueba del derecho extranjero, el órgano judicial...

- a) tiene que aplicar de oficio el derecho español solo si la carencia de la prueba del derecho extranjero es imputable a negligencia de las partes.
- b) puede desestimar la demanda si la carencia de la prueba del derecho extranjero es imputable a negligencia de las partes.
- c) tiene que desestimar la demanda si la carencia de la prueba del derecho extranjero es imputable a negligencia de las partes.

38. De acuerdo con el Convenio europeo relativo a la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968,...

- a) las partes de un procedimiento civil se encuentran legitimadas para instar ante la autoridad central del propio Estado la petición de información sobre el derecho extranjero.
- b) los órganos judiciales se encuentran legitimados para instar a la autoridad central de cualquier Estado ratificante la petición de información sobre el derecho extranjero.
- c) las partes de un procedimiento civil se encuentran legitimadas para instar ante los órganos judiciales habilitados de cualquier Estado contratante la petición de información sobre el derecho extranjero.

39. La infracción de la correcta aplicación del derecho extranjero en un procedimiento puede motivar un recurso...

- a) de casación.
- b) extraordinario por infracción procesal.
- c) de reposición.

40. La necesidad de que las resoluciones judiciales respeten el principio de congruencia...

- a) impide al órgano judicial asumir la iniciativa en materia de prueba del derecho extranjero.

- b) obliga al órgano judicial a desestimar la demanda en caso de carencia de prueba del derecho extranjero.
- c) impide al órgano judicial introducir en el proceso elementos fácticos de extranjería que no hayan sido alegados por las partes.

41. Un procedimiento en el que la parte actora fundamentó su pretensión en un derecho extranjero y que ha finalizado con la desestimación de la demanda por carencia de prueba del derecho extranjero...

- a) produce efecto de cosa juzgada formal y se puede volver a plantear de nuevo si la actora basa la pretensión jurídica en el derecho español.
- b) produce efecto de cosa juzgada material y se puede volver a plantear de nuevo si la actora basa la pretensión jurídica en el derecho extranjero.
- c) produce efecto de cosa juzgada material y no se puede volver a plantear de nuevo a pesar de que la actora base la pretensión jurídica en el derecho español.

42. La prueba pericial sobre derecho extranjero puede ser emitida...

- a) solo por juristas del país extranjero cuyo derecho es objeto de prueba.
- b) por juristas españoles.
- c) solo por juristas españoles.

43. En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores regulados en los artículos 748 a 781 de la LEC, el órgano judicial se encuentra especialmente facultado para...

- a) asumir la iniciativa en materia de prueba del derecho extranjero.
- b) advertir a las partes de la insuficiencia de los medios de prueba del derecho extranjero que puedan proponer.
- c) resolver de acuerdo con el derecho español si fracasa la prueba del derecho extranjero.

44. En el supuesto de que se pretenda la inscripción de un documento otorgado en el extranjero, los registradores de la propiedad españoles...

- a) calificarán el documento y el título en el contenido de acuerdo con el derecho extranjero.
- b) procederán a la inscripción del título de acuerdo con el derecho español si no queda acreditado el derecho extranjero aplicable.
- c) comprobarán la legalidad formal del documento de acuerdo con el derecho extranjero que le sea aplicable.

45. Para emitir el juicio sobre la capacidad para testar de un extranjero, el notario español, al autorizar el documento,...

- a) deberá hacer constar expresamente cuál ha sido la fuente que le permite emitir el juicio de capacidad.
- b) tendrá que hacer constar expresamente el contenido del derecho extranjero en función del que se emite el juicio de capacidad.
- c) tendrá que hacer constar expresamente el contenido, la vigencia y la aplicabilidad al caso del derecho extranjero en función del que se emite el juicio de capacidad.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

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